DN. PET. GILKENII, ... COMMENTARIA, IN PRAECIPUOS VNIUERSI...

Pieter ca. Gilkens, Giovanni Battista Coccini

Digitized by Google

...ZIONALE VITT. EMANUELE
13
6-1
29

13 16. 7. 29

Digitized by Google

13-16-9-29

DN.
PET. GILKENII,
I.V. CONSVLTISSIMI, DOCTORIS CLARISSIMI ET EMINENTISSIMI,

Et in Celeberrima Franconiæ Ducatus Academia & Ciuitate VVirceburgenſi Codicis Ordinarii Profeſſoris, & Principis Conſiliarii.

COMMENTARIORVM,
In Præcipuos Vniuerſi Codicis Titulos.

Tomus Secundus.

IN QVIBVS PRAETER ACCVRATAM IPSIVS TEXTVS ENARRATIONEM, infinita, illaq; ardua & illuſtres iuris Quaſtiones, ad materiam contractuum, probationum, teſtium, inſtrumentorum, collationis, vltimarum voluntatum, inſtitutionum & ſubſtitutionum, excuſſis cum veterum, tum etiam neotericorum Interpretum ſententiis, & accommodata congruenti argumentorum ſerie, tandem diſtinctionis fædere, quoad id fieri licuit, componuntur, aut denique admoto iuſta interpretationis lumine, diſſoluuntur, & ad fori noſtri conſuetudinem reuocantur.

Cui accedit

CELEBERRIMÆ ET INTRICATISSIMÆ LEGIS GALLVS, D. de liber. & poſth. hered. inſt. noua & accurata explicatio, cum illuſtratione inſignium & vtiliſſimarum quæſtionum, quæ ab interpretibus, tam recentis, quam veteris memoriæ & ætatis, eodem referri ſoleant.

VNA CVM INDICE MATERIARVM ET RERVM locupletiſſimo.



M. DC VI.

E Collegio Muſarum Paltheniano.

SEC. COLL. ROM. IHS
BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE
Digitized by Google

Digitized by Google

POTENTISSIMO REGI PHILIPPO TERTIO, CATHOLICI REGIS PHILIPPI SECVNDI FILIO, INVICTISSIMI IMPERATORIS CAROLI Quinti Nepoti, Hiſpaniarum, nec non Indiarum, quæ ſolis Ortu & Occaſu terminantur, Monarchæ.

Sereniſſimis Principibus

ALBERTO MAXIMILIANI SECVNDI IMPERATORIS FILIO, FERDINANDI NEPOTI, RVDOLPHI SECVNDI FRATRI,

Et

ISABELLÆ CLARÆ EVGENIÆ, PHILIPPI SECVNDI CATHOLICI REGIS FILIÆ, CAROLI QVINTI IMperatoris & Regis nepti, Philippi tertii Regis ſorori, infanti Hiſpaniarum:

ARCHIDVCIBVS AVSTRIAE, DVCIBVS BVRgundiæ, Principibus Dynaſtiſque Belgarum.

ILLVSTRIBVS, NATALIVM SPLENDORE ET ingenii atq; conſilii luce ſpectatiſſimis viris, arcani atque ſecretioris Belgici ſenatus Præſidi, & conſiliariis.

S. D.

C*Um poſitis,* R*ex maxime, & Sereniſsimi atque Potentiſſimi Principes, Illuſtres & nobiles Belgici & ſecretioris concilii Senatores, politioris literaturæ, & Ariſtotelicæ Philoſophiæ rudimentis, atque auditis Louanii, ex interpretatione Zuerii, Iuſtiniani Inſtitutionibus, me Duacum eo conſilio contuliſſem, vt Boetio eius ætatis celeberrimo iuriſconſulto operam nauarem, atque ibidem per certum tempus ſubſtitiſſem, præter ſpem, vota, & exſpectationem bonorum omnium, repentinus atque fa-*

taliſs ille totius pene Belgii motus ſuperuenit, qui præcipuas patrimonii, atque ditionis Regiæ in Belgio prouincias, vna mali contagione ita corriperet, vt fideles & boni inquietis cedere, & ad eorum conſilia & conatus inuiti conniuere, aut quaſi voluntarium exſilium ſibi conſciſcere cogerentur. Cum itaque animaduerterem Godefridum Gilkenium, fratrem meum maiorem natu, non ita pridem Louanii promotum, per auitæ & paternæ laudis & fidei, nec non aliorum propinquorum, inter quos Ioachimum Hopperum, Belgici ſenatus in Hiſpania præſidem, honoris cauſſa nomino, qui inuictiſſimo Imperatori Carolo, nec non potentiſſimo Regi Philippo ſecundo, in diuerſis Belgii prouinciis a conſiliis fuiſſent, & conſtantiæ ſuæ ad extremum vitæ ſpiritum egregia documenta dediſſent, veſtigia decurrere, & dulce natale ſolum, atque inſtituta in Brabantia praxis curſum & ſtudia relinquere, & Coloniam eo conſilio migrare, vt ibidem, quoad eius mali ſocietate irretiti, artibus illorum, qui huius conſternationis Auctores fuerant, cognitis, & inualeſcentis belli calamitatibus admoniti, ad optatam ſanitatem redirent, & ditioni atque imperio natiui Regis, ſub quo in ſumma felicitate vixerant, ſe reſtituerent, ſecure atque illæſa conſcientia moraretur: officii mei eſſe exiſtimaui, vt ad eius, nec non, quos retuli, præceſſorum exemplum me componerem, & illa loca atque Academias adirem, in quibus ſine vlla offenſione obedientiæ & fidei Regi atque Principi regionis vnde oriundus eſſem, debitæ, cœpta iuriſprudentiæ ſtudia abſoluere poſſem. Delatus itaque Patauium, inde Bononiam, mox Peruſium & Maceratam, clariſſimis atque conſummatiſſimis viris, Panzirolo, Menochio, Mattheatio, Mareſchotto, Alfano Bartoli trinepoti, Sfortiæ Oddo, per ſeptem & amplius annos, viſendo illorum lectiones qua aſſiduitate potui, operam nauandam eſſe duxi, & quidem eoſdem publice profitentes egregie de legali ſcientia mereri, maiorem tamen fructum, & cum laude coniunctum, lucubrationibus ſuis & commentariis ſingulari cura atque induſtria per otium & ſucceſſiuis horis concinnatis, & publice editis, referre, obſeruaui. Cum autem interea cognoſcerem inuictiſſimi Regis Philippi ſecundi arma in Belgio tantum valuiſſe, vt præcipuæ prouinciæ ad officium rediſſe, & quæ ſupereſſent propoſito timore inſtructiſſimæ claſſis, quam Rex inclytæ memoriæ exornauerat, idem facturæ dicerentur, & fratrem meum Godefredum, iam per aliquot annos Regi a conſiliis in Geldria fuiſſe intelligerem, Louanium regreſſus eo conſilio Licentiæ lauream ſumſi, vt ad exemplum patris, aui, atque aliorum operam meam, ſi quo in loco oportuna eſſet, natiuo Regi & Principi offerrem. Ceterum cum lubrica & reflantis fortunæ procellis, & fortaſſe occul-

Digitized by Google

occultioris fati, felicitati ſuccedentis filii, & naturalium Principum auſpiciis, huiuſmodi decoris laudem ſeruantis, deſtinatione, eadem claſsis diſiecta Hiſpanias repetiiſſet, & depulſa hac formidine, inquieti atque pertinaces ad ingenium ſuum rediſſent, deinde excurſionibus atque populationibus ſuis omnia ita infeſta reddidiſſent, vt grauis omnium, maxime doctorum hominum fortuna videretur, ictus his incommodis, ſimul etiam exemplo Praeceptorum meorum accenſus, qui tantum gloriæ publice ſcribendo retulerant, iam aliquot annis in praxi conſumtis, eoſdem pro ingenii mei facultate & talento, imitandos, & ad theoriæ accuratiorem inueſtigationem, quæ cum fructu publico coniuncta eſſe poſſet, mihi redeundum ſtatui. Cum itaque in florentiſsima Ducatus Franconiæ, & Epiſcopatus Herbipolenſis Academia, Digeſtorum profeſsione ſuſcepta, & ordinario enarrationis curſu bis abſoluto, primum ingenii mei partum Herbipolenſi Epiſcopo, Franconiæ Duci atque Principi, cuius ſtipendiis, iam multos annos in eadem profeſsione ſuſtinerer, dedicaſſem, & ex certo interuallo ad alios nonnullos Germaniæ Principes progreſſum, in conſecrandis meis lucubrationibus, feciſſem, temperare mihi non potui, quin, cum idem Princeps noſter, pro egregia in præſtantes conatus adfectione, mihi primariæ lectionis in Codice, cum inſigni incremento ſalarii, & dignitate conſiliarii, detuliſſet, præcipuos eiuſdem voluminis titulos, quantum per occupationes geminæ functionis licebat, meis commentariis ita illuſtrarem, vt nedum ſtudioſæ legum iuuentuti prodeſſe, ſed etiam aduocatis & iudicibus, quid illis in defendendo, his autem in iudicando ſequendum videretur, certa ratione præire poſſent. Non enim nudam legum enarrationem ſuppreſſo meliori fortaſſe auctore, mihi ſuſcipiendam eſſe exiſtimaui, ſed excuſſis, vel omnibus, vel præcipuis, nedum recentis, ſed etiam veteris memoriæ Auctoribus, quid probandum aut non eſſet, ſubiectis ordine argumentis, & iudicii mei, quantum ingenii modus, & multorum annorum exercitatio conceſsiſſent, cenſura, explicandum eſſe duxi. Cum autem huius mei operis tomum primum inuictiſsimo Imperatori Rudolpho, eius nominis ſecundo, Domino meo clementiſsimo, offerri curaſſem, & tomus ſecundus prælo commiſſus, poſt aliquot menſes extremam manum accepiſſet, exiſtimaui me non ingrati animi ſignificationem daturum, ſi hanc ipſam partem, quæ & laborioſior & ſubtilior ratione ſubiectæ materiæ videretur, Chriſtiani nominis potentiſsimo Regi, cuius Imperio nedum Hiſpania & India, ſed etiam Sicilia, Sardinia, & po-

tior Italiæ pars contineretur, quiq; filius, nepos & pronepos Regum & Imperatorum eſſet, ſub quo, nedum me & maiores meos, tanquam vero & legitimo Principe, natos, educatos, ſed eoſdem etiam pacis, iuſtitiæ, & munificentiæ bonis atque commodis ornatos, diem ſuum obiſſe memoria repeterem. Nec non Sereniſsimis & Florentiſsimis Principibus, qui eadem ſtirpe oriundi, parentes, auos, proauos, fratres, Imperatores aut Reges habuiſſent. & adhuc haberent, & vniuerſum Belgiũ hereditario & ceſsionis iure obtinerent. Item Senatoribus ſecreti illorum concilii, quorum ingenio, experientia, aliiſque virtutum ornamentis in rebus arduis & conſultatione dignis niterentur, cum ſumma animi deuotione dedicarem: quod eo propenſiori animi adfectione faciendum mihi eſſe arbitratus ſum, quod exſtinctis in Italia, Germania, Galliis, præcipuis legalis ſcientiæ luminibus, aut potioris lucelli illecebris & dulcedine captis, rariores eſſe animaduertam, qui in hoc genere laudis excellerent, vel laborandum ſibi ſtatuerent, ſimul etiam, vt non ſolum interpretum inclytæ Germaniæ & Italiæ, ſed etiam Hiſpaniarum & Belgii cenſuram, & verum, atque a fuco & inuidia remotum iudicium ſubire poſſem. Plura dicere conantem, non aliena a rerum circumſtantiis conſideratio id facere prohibuit, quod committendum ei non ſit, qui verba apud Principes quorum poteſtas præcipuam totius orbis, maxime Chriſtiani nominis partem complexa eſt, facere velit, vt corpore, geſtu, aut ſermone, verecundiæ vel reuerentiæ modum excedat. Accipite igitur Potentiſsime Rex & tot prouinciarum Monarcha, Sereniſsimi & Florentiſsimi Principes, Illuſtres, nobiles, atque præſtantiſsimi Senatores munus, ſiquidem ex pretio æſtimetur, exiguum, ſed promptiſsimo & deditiſsimo animo, atque eo conſilio oblatum, vt gratiæ atque deuotæ cogitationis, atque vinculi naturæ & origine contracti, teſtimonium locuples exſtare, ſimul etiam ſub vmbra & tutela tantorum Principum, me aduerſus Zoili & obtrectatorum morſus, tanto ſecurius tueri poſsim. Data Herbipoli, Metropoli Ducatus Franconiæ die 17. Aprilis Anno 1606. ſtylo nouo.

S.R.M.&C.

Humillimus & ad imperata paratiſſimus

Petrus Gilkenius.

Digitized by Google

AD LECTOREM.

QVod Lector candidiſſime, me initio operis facturum eſſe recepi, vt in Iuſtinianei Codicis præcipuos titulos ſcribens, non turbato rerum ordine, vt illi qui obſeruationes aut miſcellanea contexunt, ſed ſecundum huius voluminis ſeriem arduas & illuſtres quæſtiones in vtramque partem diſputatas, cum ipſa textus enarratione exhiberem; eius promiſſionis fidem me ita præſtitiſſe confido, vt optatum iudicii tui ſtudium cum beneuolentia coniunctum, excitare poſſit. Et quamuis conſtitutiſſimum habeam, me multorum verborum commendatione impetraturum non eſſe, quod res ipſa adferre nequeat, tamen, quod nonnullos eſſe animaduertam, qui ea, quæ ingenio complecti, aut ſtudio ſuo adſequi non poſſint, aut detrectent, temere criminari, & vulgarem illam perſuaſionem atque a re gerenda alieniſſimam, certis verborum phaleris ornare ſuſtineant, nihil amplius ſcribi, quod ab aliis ſcriptum non ſit: talem ſcrupulum eximendum, ſimul etiam conſilii & conatus mei rationem explicandam eſſe duxi. Inficiari profecto non poſſum, cum recentis, tum maxime veteris memoriæ interpretes optime de noſtra iuriſprudentia meritos eſſe, & multũ lucis ſuis commẽtariis ſiue aliis ſcriptis attuliſſe: fatendum tamen e diuerſo eſt, paucos noſtræ aut coniunctæ ætatis exſtitere, qui perpetua & titulis reſpondentia commentaria in Iuſtiniani Codicem conſcripſerint. Occurrit vnus aut alter, vt Donellus & Sichardus, quorum hic, quæ Bartoli, Caſtrenſis, Iaſonis erant, ſæpe ad verbum deſcribit, ille vero auctores per quos profecit, more ſuo & quorundam aliorum ſupprimit, & carpendi ſtudio impulſus, atque quotidiani vſus & praxeos ignarus, ſæpe a vero ſcopo recedit. Exſtant deinde lucubrationes Iulii Pacii, non quidem contemnendæ, ſed in vnum duntaxat Codicis librum exaratæ, quæque ad fori noſtri conſuetudinem cum fructu conuenienti commode deflecti non poſſunt. Quod ſi autem veterum, qui ante multos annos, vel aliquot ſecula floruerunt, monumenta inſpicere velimus, certum eſt illos, vt Bartolum, Albericum, Baldum, Angelum, Caſtrenſem, Alexandrum, Iaſonem, & id genus alios Auctores, diligentiæ ſuæ in omnes aut præcipuos titulos ſcribendo, egregium quidem ſpecimen exhibuiſſe, ſed tamen, ſi cum puritate & elegantia legum noſtrarum, & vera atque genuina ſententia illarum conferantur, multum offenſionis apud eruditas legentium aures contrahere. Rudes enim politioris literaturæ, nedum inemendate ſcribũt, ſed etiam verum verborum ſenſum ſæpe non percipiunt, vel auctoritate Accurſii, vel alterius cuiuſdam ducti, & neglectis difficultatum anfractibus, ſæpe præcipites feruntur. Accedit quod natura ita comparatum eſſe videamus, vt certorum hominum ingenio ſe committere noluerit, ſed maxima rerum varietate inducta, ſingulis ætatibus ſua officia & ornamenta reliquerit. Certum itaque eſt & noſtra ętate ea animaduerti & ſcribi, quę maiores noſtros fugerint, aut dies poſtea aperuit. Circumſcripta deinde hac inani opinione, nihil in lucem edi, quod literarum monumentis antea conſignatum non ſit, quis tamen negabit illius operam non male collocari, qui aliam orationis ſtructuram, & a legibus non alienum ſermonem adferat: qui deſignatis & recognitis Doctorum, qui vltro & citro pugnent nominibus, ea quæ ab illis citra delectum & ordinem per obſeruationes, quæſtiones, miſcellanea, coniecturas, conſilia, tractatus, expoſita ſunt, in vnum conferre, & quaſi in propria ſede conſtituere, & ad fori conſuetudinem reuocare non dubitarit, qui denique poſt conuenientem argumentorum ſeriem diſtinctionis fœdere, quæ diſſidere videbantur componit, aut illato verioris interpretationis lumine, caliginem & tenebras, quibus innumera iuris reſponſa vrgebantur, faceſſere cogit: vt is demum diiudicare poteſt, qui

Digitized by Google

leges ipſas, cum veterum, tum recentiorum ſcripta & commentaria cum hiſce noſtris lucubrationibus contulerit: Temerarium eſſe conſtituens ſi his non excuſſis quis iudicium ſuum interponere, aut tanquam cœcus de coloribus pronuntiare velit. Exſpecto itaque, lector integerrime, tuum de hac ipſa re iudicium, quod ſi, vt ſpero, ſecundum erit, atque noſtris conatibus conſentiens, non vulgare calcar & ſtimulos adhibebit, vt ſi qui ſint tituli, qui eandem operam deſiderent, tanto alacrius eorum conuenientem illuſtrationem ſuſcipere poſſim. Reſtat vnum quod ſcire te volui, te noſtras lucubrationes multo caſtigatiores habiturum fuiſſe, ſi præſens ea, quæ prælo commiſſa ſunt, emendare, & ad fidem conceptæ orationis atque ſententiæ reſtituere potuiſſem. Spero tamen huius vltimæ partis correctorem, promiſſionis ſuæ memorem, quod culpę in priori parte contractum eſt, ſua diligentia redemturum eſſe. Datæ VVirceburgi die 17. Aprilis. Anno 1606.

Digitized by Google

CODICIS LIBER QVARTVS.

Ad titulum primum, de rebus credit. & iureiurando.

Circa præludia.

SVMMARIA.

1 *Ratio ordinis, quomodo hic titulus & liber cum ceteris cohereat.*
2 *Cauſſa, quod hic titulus de rebus creditis inſcriptus ſit.*
3 *Quare titulus de iureiurando præcedat titulum, ſi cert. pet.*
4 *Quid ſecundum Iuriſconſultos ſit Credere?*
5 *Definitio iuriſiurandi, ſecundum Hoſtienſem.*
6 *Alia definitio Weſenbecii & Cuiacii.*
7 *Difficultates circa propoſitas definitiones.*
8 *Diuiſio iuriſiurandi.*
9 *Iuramētum aliud aſſertorium, aliud promiſſorium, cum deſcriptione.*
10 *Iuramenti aſſertorii varia genera, calumniæ, malitiæ purgationis, item deciſionis.*
11 *Deciſorium iuramentum, aliud voluntarium, aliud neceſſarium, aliud autem iudiciale.*
12 *Quid iudiciale iuramentum differat a voluntario & neceſſario.*
13 *Explicatio Græcorum & Cuiacii.*
14 *Alia expoſitio Goſſæ & aliorum interpretum.*
15 *Titulum de iureiurando, etiam mentionem facere de iuramento, quod extra iudicium deferatur.*

CVm ſuperiori libro, titulo primo, & nonnullis ſequentibus, de iudiciis & perſonis iudicum atq; litigantium expoſitū eſ-
1 ſet, & conſequenter † tractatus incidiſſet de actionibus, qui in iudicium deducerentur, primam partem merito vindicarunt illæ actiones, quæ in rem conceptæ erant, aut ad naturam eius, quam proxime accederent, vt ſunt tituli de petitione hereditatis, de inofficioſo teſtamento, de rei vindicatione, familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, denique de religioſis & ſumtibus funerum: non incommode Imperator hoc libro illas actiones perſequitur, quæ in perſonam collatæ ſunt. Quo conſilio idem Imperator, *Inſtit. de action.* cum §. *1. & ſequent.* de actionibus in rem diſſeruiſſet: tandem § *in perſonam, eodem tit. &* §. *ſic itaque diſcretis.* §. *appellamus, & ſequen.* illas actiones exponit, quæ ex perſonali obligatione originem ſu-
meren t. † Quibus ex cauſſis autem hunc 2
titulum de rebus creditis Iuriſconſulti inſcripſerint, non diſſimulat Vlpianus, *l. 1. ff. eodem titul* quod cum legislatoribus propoſitum eſſet, de multis ad contractus varios pertinentibus, diſceptare, rerum creditarum titulum præmiſerint, cum credendi generalis ſit appellatio, item & rei, *vt l. rei. 5. l. creditores, 10. cum duabus legibus ſequentibus.*
ff. de verborum ſignificat. † Quæ quidem cum 3
ſatis ſint expedita, ita ſane facilis non eſt coniectura, quorſum ſtatim de iureiurando ediſſerat, cum in digeſtorum libris præcedat pars tituli, *ſi certum petatur*, idque ex naturę ordine, cum generalis ſit, & iuriſiurandi obligationē & actionem in ſpecie complectatur. Hic igitur omiſſis aliorū diuinationibus, facile aſſentior Cuiacio, in ſuis paratit. ordinis prærogatiuam in digeſtis ex generali comprehenſione, hic autem ex dignitate rei, de qua tractetur, conſtitui, cum iuiurandum diuini numinis inuocationem, vt ſe vindicem vel affirmationis teſtem præbere velit, contineat. Vnde adeo euenire videmus, vt architecti Codicis ſtatim a titulo de ſumma Trinitate & fide Catholica incipiant, quod a dignioribus plerumque incoandum ſit. Hanc iuriſiurandi obligationem ad titulum de rebus creditis pertinere, inde colligere licet, quod
cum credere † auctore Vlpiano, *dict. leg. 1.* 4
ſit aſſentiri de re aliqua, alienam fidem ſecuti, & mox quid ex tali conuentione re-

Digitized by Google

cepturi, hic effectus proprie in iureiurando deprehendatur, cum vt etiam animaduertit Franciſcus Duarenus, is qui defert alteri iuſiurandum, cum conſtituat quodammodo iudicem & teſtẽ in ſua cauſſa & hoc modo potiſſimum eius fidem ſequatur, *l. fin. infra. de fideicom. & l. 1. ff. quarum rerũ actio non detur.*

5 Hoſtienſis *in ſua ſumma* † *extra. de iureiur.* iuſiurandum eſſe definit, aſſeuerationẽ, vel negationem de aliquo licito, poſſibili, & honeſto, ſacræ rei atteſtatione firmatam.

6 Weſenbec. *in ſuis paratit.* iuſiurandum conſtituit eſſe inuocationem Dei, qua petimus, vt teſtis ſit noſtræ adſeuerationis, & puniat fallentes. Cuiacius autem *in ſuis paratit.* in eandem ſententiam ſcribit, iuſiurandum eſſe affirmationem religioſam, qua pleraque firmentur inter homines, Deo immor-
7 tali interpoſito, tum iudice, tum teſte. † Ceterum cum illa definitio, quæ omnia definiti membra non complectatur, *l. 1. ff. de dolo mal. l. Fulcinius. §. quid ſit autem. ff quibus ex cauſſis. in poſſ. eatur* vitioſa cenſeri debeat, & iuſiurandum non ſemper obteſtationem diuinam contineat, ſed per ſalutem, aut alio modo fieri poſſit, *l. qui per ſalutem 33. ff. de iureiur.* item per nomen aut genium Imperatoris, *l. ſi quis maior. ſupra. de tranſactio. & l. 2. hoc tit.* Duarenus, præterea Donellus, amputant ſequentia verba, & conſtituunt iuſiurandum nihil aliud eſſe, quam affirmationem religioſam. Porro, quamuis pro defenſione definitionis Cuiacianæ, atque ipſius Weſenbecii multa in medium adduci poſſint, tamen ne prolixiores ſimus, id in præſentia omittimus, & Hoſtienſis definitionem amplectimur, quam probant etiam Azo *in ſua ſumma*, Albericus *in rubric. huius tit. num. 3.* cuius membra ab ipſo auctore & aliis ſatis accurate excutiuntur.

8 Iuriſiurandi variæ † ſunt diuiſiones. Ceterum omiſſis ſuperfluis, illa cõſectabimur, quæ magis ad rẽ pertinere exiſtimabimus.

9 Iuramentũ † aliud eſt, quod de re non controuerſa, aliud quod de re controuerſa interponi conſueuit. *Duarenus c. 1. de iureiurando, Vulteius diſceptationũ ſcholaſticarum 7.* Hoc aſſertorium, illud vero promiſſorium appellari a noſtris ſolet, *Specul. libr. 2. part. 2. tit. de iuramenti delatione. num. 1.* Promiſſoriũ quod interponitur ad adſtringẽdam rei præſtandæ fidem, *l. 1. ſupr. ſi aduerſ. vendit. authent. ſacramenta eod. tit. l. ſi quis maior ſupra. de tranſact. Speculat. lib. 2. part. 2. tit. de iurament. delat. num. 1.* Aſſertorium autem eſt, quod interponitur ad confirmandum id, quod factum eſſe dicimus, vel in iudicio adhuc explicandum eſt, vt maior fides noſtræ aſſertioni adhibeatur. Hoc autem genus eſt multiplex. Nam vt omittamus illa iuramenta, quæ a iudice, aduocato, *l. rem non nouam, ſupr. de iudic.* teſtibus, *l. iuriſiurãdi, infr. de teſtib.* religionis iniiciendæ cauſſa præſtari ſolẽt, varia genera † inueniuntur quæ in perſonis litigãtium 10
locum habẽt, vt iuramentũ de iudicio ſiſti, *auth. generaliter. de epiſcopis & clericis*, calumniæ, de quo *l. 1. & tot. tit. ſupr. de iurament. propter calumniam dando*, malitiæ, *c. in appellationibus §. in omnibus. de iuramen. calum. in 6.* purgationis *l. final. §. ſicubi. ſupr. qui ad eccleſ. confug. l. fi. §. licentia. infr. de iur delib. l. fi. infra. de fid. inſtrum.* aliud denique eſt, quod ſcilicet litium expediendarum cauſſa inuentũ eſt, *l. 1. ff. de iureiur.* Hoc idem iuſiurandum, ſecundum inſcriptionem tituli cuius mentionem fecimus, rurſum triplicem diſtinctio-
nem † admittit, vt ſit voluntarium, neceſſa- 11
riũ aut iudiciale. Vnde ille † ſcrupulus, quid 12
iudiciale differat a voluntario & neceſſario, cum & hoc in iudicio deferatur. Hunc ſcrupulum meo iudicio non admodum † inco- 13
lorate Græci Baſil. 22. t. 5. c. 1. Harmenop. 7. Cuiac *in ſuis paratit.* eximere conãtur, dum conſtituunt voluntarium iuſiurandum eſſe, quod alter litigatorum alteri in iudicio defert, *l. qui iuraſſe, 26. §. 1. l. ſed et ſi, 25. l. fi. ff. hoc t.* Et ſi quis inſtet, cur nõ propoſuerint exemplũ in perſona ipſius, qui extra iudicium hoc faciat, eidem reſpondent de huiuſmodi delatione, in toto tit. digeſtorũ & codicis minime tractari. Iuramẽtum aũt neceſſarium eſſe pronuntiant, q. illi, qui antea iuſiurandum detulerat, refertur, *l. iuſiurandum 34. §. datur autem & § fi. ff. de iureiur. l. generaliter. §. ſed iuramento, hoc noſtro tit.* Iudiciale aũt illud eſſe, quod a Iudice ex officio deferatur, *l. 3. hoc noſtro tit. & l admonendi. ff eod.*

Et quamuis hæc explicatio mihi ſatis arrideat, tamen religio eſt a recepta traditione † diſcedere, cuius mentionem facit gloſ- 14
ſa, *in l. 1. in verbis, niſi ſpecialiter Bartolus, Baldus, Iaſon & alii in rubric. digeſtorum, titul. de iureiurand.* quamque etiam hoc loci ſequitur Ioannes Sichardus. *num. 10.* Hugo Donellus. *in rubric. huius tit. nu. 4.* Weſenbec. *in ſuis paratit. de iureiur. numer. 7.* Duaren. *in tit. de iureiuran. cap 2.* voluntarium iuſiurandum illud dici, quod per modũ tranſactionis extra iudicium ex cõuentione partium defera-

Digitized by Google

deferatur, *l. 17. & 39. de iureiurand.* Neceſſarium autem appellari, quod inopia probationis a Iudice litigatori imponitur, *dict. leg. 3. hoc titul. & l. admonendi. ff. eodem.* quod ipſum recuſari non poteſt ſine iuſtiſſima cauſſa, *leg. generaliter. §. ſin autem, hoc titul. capit. final. extra. de iureiur.* Iudiciale autem, quod a parte parti in iudicio defertur, iudice imminente & inſtante, vt vel ſuſcipiatur, vel referatur, *l. iuſiurandum 34. §. ait prætor. ff. eodem.* Id enim mixtam quodammodo naturam obtinet, voluntarium enim eſt, *vt recte expendit Donellus in rubr. numer. 7.* ſi factum deferentis ſpectemus, aut ſi in perſona eius, a quo exigitur, intueamur referendi poteſtatem. Neceſſarium autem eſt, quod is, a quo iuſiurandum petitur, ſoluere aut iurare cogatur, aut ſaltem aduerſa-
15 rio referre. Et hanc diuiſionem † amplecti cogor, non ſolum ex illa cauſſa quod receptior ſit, ſed etiam, quod animaduertam concidere præcipuum Græcorum fundamentum, qui negant titulũ de iureiurando mentionem facere de iuramentis, quæ extra iudicium ex conuentione partium præſtentur. Refellit enim hanc aſſertionem, *l. iuſiurandum 17. l. in duobus, 28. §. final.* quæ aperte de tali iureiurando loquantur. Huc etiã referri poſſunt, *§. ſi quis iurauerit, cũ multis. § ſequentibus. l. ſi duo. 13 ff. eod. tit.*

Lex prima.

Svmmaria.

1 *Cauſſam religione ſacramenti ſemel finitam, prætextu periurii non reſuſcitari, & rationes.*

2 *Multæ difficultates, quæ circa præcedentem inſpectionem occurrunt.*

3 *Intereſſe inter cauſſam voluntariæ delationis, & illam quam Iudex ex officio facit.*

4 *Plura coniuncta aliam definitionẽ accipere, quam ſingula retuliſſent.*

5 *Teſtes facilius corrumpi poſſe, quam inſtrumenta.*

6 *Iuſiurandi religio non prodeſt, quando res eſſet cum alieno damno quam deferentis coniuncta.*

7 *Non prodeſt iuramenti religio, quæ ex cõditione delata non eſt.*

8 *Iuramenti conditio circa futura obſeruationem eius requirit.*

HÆc lex effectum iuriſiurandi ex conditione delati demonſtrat atque exhibet, adeo ſcilicet, eo ſubſequuto cauſſam deci-
1 di, vt nec prætextu periurii retractari poſſit, *vt hic & l. proxima, item l. quod ſi deferente. ff. de dolo mal.* Quæ res ſi aliquem admiratione conuertat, quod videatur quis lucrum ex periurio ſentire, is mirari deſinet, ſi perpendere velit, non abſurdam hanc ſententiam eſſe, ſi perſonam deferentis vel præſtantis, ſpectemus. Deferentis, quod vnuſquiſque ius ſuum deterius ex pactione facere poſſit, *leg. penultima. Cod. de pactis. l. pactum. ff. eodem.* quodque is non videatur decipi, qui ſciat & conſentiat *l. non videtur ff. de reg iur.* in perſona autem præſtantis, quod iniquum ſit de periurio ipſius quæri, quodque committatur vltioni diuinæ, *leg. ſecunda, hoc titul.* † Sunt tamen multæ leges, quæ 2
negotium faceſſere videntur, vt primo *l. admonendi. ff. de iureiurand.* Secundo, authent. *nouo iure. infra, de pœna iudicis. qui male iudicatu.* Tertio, *lex. ſi ex falſis. ſupra, de tranſact.* Quarto, *l. final. hoc titul.* Quinto, *authentic. hodie, infra. de repudiis.* Sexto, *l. de periurio. ff. de crimine ſtellionat.* Septimo, *lex. ſi duo. ff. de iureiurand. §. final.* vbi ſi quis per genium Principis iurauerit & peierauerit, fuſtibus caſtigari iubetur. Octauo, *l. quotiens ſeptem. infra. de dignitate. libro duodecimo.* quæ declarat peierantem infamia notari, & ab officio remoueri. Nono, *l. ſi quis maior. ſupra. de tranſaction.* Decimo authentic. *vt non luxurientur contra naturam, §. quoniam ſidem.* Sed facilis erit, quod ad primam difficultatem attinet, ſolutio, † intereſſe ſcili- 3
cet, inter cauſſam voluntariæ delationis, & iudicialis, quam Iudex inopia probationum defert, *vt l. tertia. hoc titul.* Eadem ratio eſt authenticæ, *ſed nouo iure.* Lex, *ſi ex falſis*, duplex facinus peierantis continet: concinnationem falſi † inſtrumenti vel v- 4
ſum, deinde & periurium. Lex finalis hoc titul. concepta eſt ſuper inſtrumentis † vl- 5
timæ volũtatis, quæ poſtea reperta, omnem difficultatem eximerent. Eodemque pertinet, *l. de his 6. ff. de tranſactio.* Et ſane alia ratio eſſe videtur, quãdo quis per inſtrumenta, quæ ex redemtione vel ſubornatione ita corrumpi non poſſunt, quid probet, quam ſi per teſtes illud fieret. Authentica, *hodie, de repudiis*, concepta eſt in caſum, qui cum alieno † damno & violatione thori cõiun- 6
ctus eſt. Vnde & res retractatur, & pœna in iurantem ſtatuitur. Lex *de periurio.* facile conciliari poterit, ſi perpendamus ibidem non conſtare de facto creditoris, iuramentum deferentis, ſed debitoris, qui ſponte ad † fallendum creditorem, ita iurat, & pu- 7
nitur non tam periuriũ, quam crimen ſtellionatus periurio cumulatũ. Lex. *quotiens. C. de dignitatibus*, non in factum preteritum,

Digitized by Google

8 ſed futurum † concepta eſt, & nõ tam voluntarium intelligi debet, quam neceſſarium. Lex. *ſi duo.* item lex. *ſi quis maior. C. de tranſact.* non de retractatione, ſed de pœna loquuntur, de qua mox apertius idem in Nouell. *vt non luxurientur. §. quoniam fidem.*

Lex ſecunda. eod. tit.

SVMMARIA.

1 *Intellectus l. ſi duo. §. fin. ff. de iureiur.*
2 *Quæ impetu aut calore aliquo fiũt, venia digna videntur, non quæ conſulto.*
3 *Peierans per Deum, diuinum numen fallere nõ poteſt, Principem poteſt.*
4 *Improbato more iurans punitur.*

CONſtitui in prioris explicatione legis contemtã religionẽ iuriſiurãdi Deum vltorem habere, idemque confirmari auctoritate præſentis legis, eſſe tamen non-
1 nihil negotii cum † *l. ſi duo 13. ff. de iureiur. §. fin.* qua caueatur fuſtibus caſtigatum, eundem dimitti, & ita ſuper indicendum *προπετῶς μὴ ὄμνυε,* id eſt, *petulanter ne iurato,* item Nouell. *vt non luxurientur contra naturam 77. §. & quoniam, & §. præcipimus,* vbi ſtatuitur, illos, qui ſacramenta de Deo iurant, aut per capillos, aut caput Dei ſua verba cõcipiunt, etiam vltimo ſupplicio afficiẽdos. Tertio, quod obſtet, *l. ſi quis maior, ſupra. de*
2 *tranſact. o.* † Scrupulus itaque primo loco motus ſubmouebitur, ſi meminerimus intereſſe inter factum calore quodam per Principis venerationem peierantis, vel denique conſulto aut conſuetudine. Nam ſi priori caſu tractetur de crimine læſæ Maieſtatis, vel periculo corporis, illa infligi non ſolet: diuerſam rationem poſteriori caſu videri, Claros *in §. periurium, circa finem.* Iſernia *cap. 1. §. ſimiliter, verſic. ſacramentum, de conſuetud. feud. gloſſ. in verb. non placet, item Salicetus hic.* Admitti deinde & alia ſolutio poteſt quod *dict. l. ſi duo, de iuramento* per genium Principis concepto, intelligenda ſit, vt ſcilicet non habeat locum lex Iulia Maieſtatis, ſed alia minor, vt fuſtibus coer-
3 ceatur: ratio, quod peierans † per Deum, fallere diuinum numen & eius pœnam nequeat, Principem poſſit. Porro quod ad difficultatem ſecundo loco propoſitam attinet, illa facilem ſolutionem inueniet, ſi me-
4 minerimus † intereſſe inter verba, blaſphema quædam proferentis, aut improbato more iurantis, & inter iuſiurandum litis deciſorium, ex voluntate partis delatum. Lex. *ſi quis maior. C. de tranſact.* locum habet in iuramento conuentionali, vt ſuo loco expoſui.

Lex tertia. eod. tit.

SVMMARIA.

1 *Inopia probationũ controuerſia iuramẽto decidi põt.*
2 *Regulariter quem abſolui debere, ſi aduerſarius non probet intentionem ſuam.*
3 *Caſus in quibus reo ad purgationem ſui iuramentum imponatur.*
4 *Ceſſare definitionem l. qui accuſare, ſi actor intentionem ſuam ſemiplene probarit.*
5 *Repetita regula l. qui accuſare. ſupr. de edend.*
6 *Prima declaratio, ſi reus præſumtionem iuris aduerſantem habeat.*
7 *Secunda declaratio, ſi actorem omnes alia probationes deficiant, cum argumentis & auctoritatibus.*
8 *Declaratio tertia, ſi actor ſemiplene ſuam intentionem probauerit.*
9 *Confutata interpretatio Franciſci Duareni circa l. admonendi. ff. de iureiur.*
10 *Domeſtica inſtrumenta, an vim ſemiplenæ probationis habeant.*
11 *Comparationem literarum vim ſemiplene probationis obtinere.*
12 *Fuga alicuius, quando vim ſemiplenæ probationis complectatur.*
13 *Teſtis vnius aſſertionem vim ſemiplenæ probationis habere, & de quo teſte hoc intelligendum?*
14 *Cur textus cauſſæ cognitionem deſideret.*
15 *An actori iuramentum deferendum, an vero reo eo caſu, quo actor ſemiplene intentionem ſuam probarit, & reus exceptionem ſuam ſemiplene.*
16 *Quid probandum ſit, ſi actor plene, reus ſemiplene id præſtiterint.*
17 *Diſtinctio Caſtrenſis, an exceptio directe contraria ſit, an minus, vt hic reo deferatur, illic actori.*
18 *Alia ſententia Panormitani.*
19 *Confirmata opinio Caſtrenſis cum argumentis.*
20 *Quo caſu ſententia Panormitani procedere poſſit?*
21 *In cauſſis criminalibus delationi iuramenti locum non eſſe, nec etiam in cauſſis grauioribus.*
22 *An Iudex ſine vlla litigantium petitione, id ex officio facere poſſit?*
23 *Sententia Bartholi id negantis.*
24 *Contraria ſententia Panormitani.*
25 *Confirmata ſententia Panormitani.*
26 *Iudicem poſſe tale iuramentum deferre, non tamen teneri.*

INtelligimus ex diſpoſitione † præſentis 1
legis, nedum in bonæ fidei contractibus, ſed ẽt in ceteris cauſſis, inopia ꝓbationum, per iudicẽ iureiurando, cauſſa cognita, rem decidi oportere. Sed faceſſere negotiũ videtur, *l. qui accuſare. ſupr. de edend. l. 2. infra. de probat.* quibus cauetur, actore nõ probante reũ abſolui, ſed ſi gloſſæ credim⁹, in verb. *decidi,* cõponi vniuerſa diſcordia poterit cõſtitura regula & certis declarationib⁹, vt † ſcil. 2
regulariter verum ſit, reũ hoc caſu abſolui

debere:

3 debere: exſiſtere † tamen nonnullos caſus,
in quibus reo ad purgationem ſui, lex iuſiu-
randum deferat, *vt l. fi. §. ſicuti. ſupr. de his qui
ad eccleſ. confug. l. fi. infr. de fid. inſtrum. cum aliis*
4 *legibus a gloſſa allegatis.* Deinde referre, † an
actor ſemiplene probauerit ſuã intentionẽ,
an minime. Priori caſu poſſe rem in iuriſ-
iurandi cõditionem deduci, poſteriori non
poſſe. Quæ gloſſæ traditio quãuis mihi non
diſpliceat, requirit tamen aliquã & emen-
dationem & illuſtrationem.

Tuebimur itaque regulam a gloſſa poſi-
tam, vt ſcilicet, quo caſu actor nihil nec ple-
ne, nec ſemiplene, vt ita loquar, probarit;
reus abſolui debeat, nulla iuriſiurãdi neceſ-
ſitate illata, *l. qui accuſare, ſupr. de eden. ca. fin. §.*
5 *vlt. extr. de iureiuran.* † Hæc definitio certas
declarationes admittit. Primo enim non
6 procedit, ſi reus iuris præſumtionem † ex a-
liqua ſuſpitione aduerſantẽ habeat, vt pur-
gare ſe per iuriſiurandum cogatur, *vt l. fi. §.
ſicubi. ſupr. de his, qui ad eccleſ. confug & l. fi. in-
fra. de fid. inſtrum. l. fi. §. licentia. infr. de iur. de-
lib. l. prætor. §. ſed ſi ſeruus. ff. de eden.* † Secũdo
7 hæc eadem regula non videtur eſſe admit-
tenda in perſona actoris, reo iuſiurandũ in-
ferentis, ſi aliæ probationes deficiant, *l. ma-
nifeſtæ. 38. ff. de iureiur.* qua comprehenditur
manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſſe,
nolle iurare, nec iuſiurandum referre: item
l. tutor. 35. eod. qua edocemur, tutorẽ pupilli
omnibus aliis probationibus deficientibus,
iuſiurandum deferentem audiendum eſſe.
Accedit, *l. cum de indebito. §. in omnibus. ff. de
probat.* item *c. ſi §. ſane. extr. de iureiur. in verb.
etiamſi in probatione defecerit,* item *l. ſi quis iuſ-
iurandum, ſupr. eod. in verb. & cum etiam deſpe-
rauerit. l. Marcellus, § 1 ff. rerum amotar. l. fi.
§. licentia. infra. de iure. deliber.* vbi traditur,
quod ſi omnes aliæ probationes defecerint,
poſſit iuramentum deferri, *Iaſon in repetit. l.
admonendi. ff. de iureiurand. num. 72. Boer. deciſ.
95. num. 5. Crauet. conſ. 207. num. 5.* vbi magis
communem ſententiam dicit Oſaſc. *deciſ.
Pedemont. 97. num. 10. Franciſ. Aret. in cap. 2. de
probat. in 4. notab.* idque argum. *l. generaliter,
in princip. hoc noſtro tit.* Et quamuis diſſen-
tiant *Speculat. in titul. de iuramen. delat. §. 1.
princip. verſic. ſi autem actor. Marſil ſingul. 83.
Socinus conſil. 184. libro ſecundo. Baldus, Sa-
licetus, Caſtrenſis, Ioannes Andreas relati a
Maſcardo concluſ. 957. item Panormitanus in
capit. fin. extra. de iureiurand.* argumento eius
textus, vbi conſtituit ita ſentire Ioannem
Andreã præterea gloſſam, *in l. admonendi. ff.
de iureiurand.* Tamen contraria ſententia in
caſu quo, quis compertam rei veritatem ha-
bere poteſt, & actor prius iuramentum ca-
lumniæ præſtet, *dict. leg. cum de indebito. §. in
omnib. ff. de prob.* videtur eſſe & probabilior,
&, vt Iaſon *dict. leg. admonendi. numer. 72.* ma-
gis communis, quod ipſum cõfirmat Schra-
derus *in ſua repetit. ad leg. admonendi. numer.
239.* Item Maſcardus *concluſio. 957. nume-
ro ſexto.*

Tertia declaratio eſt, ſi actor intentio-
nem ſuam ſemiplene probauerit, † *l. admo-* 8
nendi 31. vbi eundem textum ita gloſſa &
Doctores intelligunt, *Bartol. numer. 57. Curt.
numero ſecundo, & numer. 288. Iaſon numer. 75.*
Marant. part ſexta. actio. 9. nu. 4. Et † quam- 9
uis me non fallat, Franciſcum Duarenum,
libro ſecundo, diſputatio. capit. 33. longe alium
intellectum legi allegatæ adſcribere, vt lo-
cum habeat, ſi actor & reus ex æquo inten-
tionem ſuam probauerint, exempli gratia,
actor probat emtionem pure contractam
eſſe, reus quod ſit collata in conditionem,
capit. cum haberet. extra. de fide inſtrument. aut
actor docet per duos teſtes, ſe pecuniam
mutuo dediſſe, reus per totidem teſtes ſe
eodem tempore abfuiſſe oſtendit, *leg. opti-
mam. Cod. de contrahend. & committend. ſti-
pulat.* In hac perplexitate, iudicẽ auxilium
a iureiurando mutuari, & talem explicatio-
nem Hugonem Donellum mire extolle-
re; tamen eandem probare non poſſum:
Nam abſurdum exiſtimaui, maximum re-
medium expediendarum litium, *leg. prima,
ff. de iureiurand.* ad vnum eundemque raro
euenientem caſum reuocari, contra diſpo-
ſitionem *legis, iura. ff. de legibus.* Accedit,
quod in propoſita ſpecie, vix videatur eſſe
cauſſa deferendi iuriſiurandi, cum hoc mo-
do futurum ſit, vt ſemper oneretur reus vel
ſolutione vel iureiurando, contra notiſſi-
ma iura. *l. fauorabiliores. ff. de regul. iur. l. in-
ter partes. ff. de re iudic.* Præterea refellunt
hanc commentationem verba præſentis le-
gis, item *cap. fin. §. vlt. extr. de iureiur. cap.
vnico. §. Sacramentum, extr. de conſuetud.
feud. §. ſi vero moriantur. § ſi vero nullus. No-
uell. 73. de inſtrument. cautel. & fide. item §.
ſuper hoc, Nouell. 128. de collatoribus.* item
praxis & vſus communis, vnde ſequitur
conſideratio legis, *cum de interpretatione. ff.
de legibus.*

Vim ſemiplenæ probationis gloſſa no-
ſtra conſtituit primo in † domeſticis in- 10
ſtrumentis, allegat. *l. inſtrumenta, infr. de*

Digitized by Google

10 *probat.* quæ ita ſeſe habet, *Inſtrumenta domeſtica, vel priuata teſtatio, ſeu annotatio, ſi non aliis quoque adminiculis adiuuetur, ad probationem ſola non ſufficiunt.* Eodem pertinet *lex. rationes, eodem titul.*] Quomodo autem hæc intelligi debeant, docet Bartolus, *leg. admonendi ff. eodem titul. Alexand. Iaſ. in ſua repetit. numer. 78. & ſequen. Rudolphus Schraderus. numer. 253.* & nos volente Deo id ſuo loco proſequemur.

11 Secundo eandem † vim adſcribit comparationi literarum *Nouellus. 73. de inſtrumen. cautel. & fid. §. ſi vero moriantur, & §. ſi vero nullus,* de qua re erit diſſerendi locus, *in leg. comparationes, infra de fid. inſtrum.*

12 Tertio, ſemiplenam fidem metitur † ex fuga ipſius, qui conſtituto tempore in prouincia morari debuit, & illis, qui actionem ipſi inferre poterant, reſpondere, *Nouell. 128. §. ſuper hoc, cum §. ſequen.* Qua in re animaduertendum eſt, labi Bartolum, qui *hic numero tertio,* exiſtimet, ex ſententia gloſſæ fugam id regulariter efficere, vt ſemiplenam probationem inducat. Habet enim illa res longam diſtinctionem, vt videre licet apud Iaſonem, *dict. ſua repetit. nu. 167. cum ſeq.*

13 Quarto, hunc effectum attribuit † aſſertioni vnius teſtis, quod fulcire conatur nonnullis legibus. *vt l. 1. §. fin. ff. quemadmodum teſtamenta aperiantur, l. Theopompus. ff. de dote prælegata, l. ſi duo, in fin. ff. eodem tit. l. ſi quis decurio, infra, ad legem Cornel. de falſ. l. non omnes. §. a barbaris. ff. de re milit.* Sed hæ leges, ſi bene ponderentur, ægre partes impoſitas tueri poterunt: Amplectenda igitur ratio eſt, quam eadem gloſſa ſubnectit: quod ſi duo plenam probationem faciant, conſectarium quoque eſſe, vt dicta vnius ſemiplenam fidem impetrent, *argument. l. quæ de tota ff. de rei vindicat.* requirimus tamen, vt hic teſtis omni exceptione maior ſit, *vt tradunt gloſſa. in verb. idoneos. Inſtitut. de inutil. ſtipul. gloſſa. in cap. 1. in verb. maiores, extra. de conſanguin. & affin. Bartol. dict. l. admonendi. num. 37. Iaſon. nu. 178. Schrad. num. 283.*

Porro, quod textus noſter cauſſæ cogni-
14 tionem † requirat, illud otioſum non eſt. Venit enim in diſquiſitionem præter ea,
15 quæ iam explicauimus, cui † deferendum ſit iuramentum, actori an reo. Ponamus enim actorem ſuam intentionem ſemiplene probaſſe, idemque eueniſſe in exceptione rei, & dubitari, quis in iurando præferri debeat: qua in re licet pugnantes ſint ſententiæ, *vt refert gloſſa. in verbo decidi,* omiſſa longiori altercatione, puto potiorem eſſe conditionem ipſius rei, *dicta leg. admonendi 31. l. cum etiam, hoc titul. l. Ariani. ff. de obligat. & action. l. cum fauorabiliores. ff. de reg. iur. l. inter pares. ff. de re iudic. gloſſ. in verb. decidi, Iaſ. dict. leg. admonendi. num. 270 Bartol. in hac leg. num. 4.* Quod tamen eo caſu exaudimus, quo vterque rei veritatem æque compertam habere poteſt, atque dignitas vel qualitas perſonæ eodem modo concurrat. Nam ſi quid in perſona vnius præponderet, is audiendus erit, *argumen. l. generaliter, hoc titul. l. maiorem, 8. cum leg. ſequen ff. de pact. Bartol. hic numer. 4. gloſſ. in verb. decidi.* Quod ſi autem 16
fingamus actorem † intentionem ſuam impleuiſſe, reum autem ſola ſemiplena probatione inſtructũ eſſe, & ambigi, quid ſtatuendum ſit, exiſtimant Caſtrenſ. *d. l. admonendi. nu. 37. Poſt Petrum, Cyn. & alios, Alexander nu. 54. Iaſon. nu. 268. Schrader. nu. 315. Ioan. Andr. in c. fin. extr. de iureiur. Bald hic num. 38. Fulg. num. 9.* diſtinguendum eſſe, † an agatur de 17
vno eodemque facto, ita vt probatio vna alteri directe contraria ſit, vt in caſu, *c. cum haberet, extra. de fide inſtrument.* an vero verſetur circa actus diuerſos, puta actor probauit numerationem pecuniæ mutuæ, reus producit vnum teſtem, qui aſſerat eandem pecuniam ſolutam eſſe, vt hic obtemperetur voluntati ipſius rei per iuramentum, quod probationi deſit, ſupplere volentis, illic autem potior ſit cauſſa actoris. † Sed hæc di- 18
ſtinctio diſplicuit Panorm. *in c. fin. de iureiur. nu. 10.* poſt Ant. de Butr. a quib. non multum videtur diſſidére, Bald. ibidem, quod ex quo actor idoneam probationem præſtiterit ſuæ intentionis, reus autẽ deficiat in probatione exceptionis, cum ſolũ vnum teſtem ſolutionis factæ producat, ſatis ſit, quod actor, qui ſine alio adminiculo obtinere debuerat, nunc oneretur iureiurando, vnde debeat etiam in alio releuari, *l. cum. ff. eod. tit.* vt ſcilic. hoc modo eius probatio, quæ aliquo modo eliſa videbatur, ſuppleatur.

Sed hoc ipſum nõ inconſiderate meo iudicio oppugnat Iaſon *d. l. admonendi. in repet. nu. 267.* q cum hoc iuſiurandũ obtineat officium ſupplendi, q idoneæ probationi deeſt, id in perſona actoris euenire non poſſit, cum quod perfectũ ſit, aliud ſuffragium vel adminiculum non requirat, *capit. ſecundo, extra. de probat.* & id, quod non ſit, quoque nullum ſupplementum recipiat, *cap. 1. §. ſacramentum, de conſuet. feud.* Quæ expoſitio Iaſonis, cum ſatis intricata ſit, euidentiorẽ interpre-

Digitized by Google

19 terpretationem exigit. † Sciendum itaque
eſt, hic tria in controuerſiam venire. Primo,
an plena probatio actoris ex iureiurãdo fo-
mentum recipiat? Et non recipere arguit *d.*
c 2. & naturæ iuſta conſideratio. Quemad-
modum enim id, quod meum eſt, amplius
meum fieri non poteſt, *l.non vt ex pluribus, ff.*
de regul iur. l.& an eadem, 14. §. actiones, ff. de
exceptione rei iudicatæ, ita quod ſemel conue-
nienter probatum eſt, aliã probationẽ non
requirit, cum ſit otioſa, *arg.l.1.ff.ad municipa-*
lem, & l.ſi quando, ff. de legat.1. Et vitioſa eſt
collectio Panormitani: probatio actoris pro
parte infirmata fuit, ergo, vt reſurgere poſſit,
requirit aliud auxiliũ. Cum enim exceptio
rei non impugnet intentionẽ actoris, rema-
net & illæſa eſt etiam illius probatio, *l.ſiqui-*
dem, C.de except. Circa exceptionẽ rei & pro-
bationem ab eodẽ factã, duo in cognitione
verſantur: primo, an is legibus cognitã pro-
bationem præſtiterit: ſecundo, an actor au-
ctoritatem probationis contrario teſtimo-
nio eliſerit. Porro, quod ad perſonam rei at-
tinet, ſtatuimus illũ ſemiplenam probatio-
nem habere, actorem aũt in cauſſa eliſionis
nullam. Vnde nõ animaduertimus, quo pa-
cto illud ſarcire velimus, quod non ſit cõtra
definitionem. *l. Celſus, ff. de vſurpat. & vſucap.*
& ſimiles. Nec mouet, quod actor intẽtionis
ſuæ plena fundamenta iecit, & diuerſum ſit
in perſona rei. Nam & is, qui ab aliquo con-
uenitur ex cauſſa mutui, vel ſimili obligatio-
ne plene inſtructam ſuã intentionẽ habet,
quod actori nihil debeat, *l.1.2.l.fruſtra, infr.*
de probat. Et tamen ſi actor per vnum teſtem
docuerit, ſe pecuniam numeraſſe, quod de-
eſt iuſtæ probationi per iuſiurandũ ſuppleri
poteſt, *vt hac noſtra leg.l.admonendi, ff.eod.tit.*
c.fin.extr.eod. Abſurdum aũt eſt, non permit-
ti reo, quod actori licet, *l.non debet, ff.de regul.*
iur.l.fauorabiliores, ff.eo.tit. Sed quis nõ inco-
20 lorate fortaſſe † contenderit, Panormitani
ſententiã eo caſu poſſe præcedere, quo de-
fenſio rei directe oppugnaret intentionem
actoris, vt in quæſtione, an contractus pure,
an ſub cõditione inſtitutus ſit, *c.cum haberet,*
de fid.inſtr. aut ſi reus ſemiplene abſentiã ſuã
probaſſet, *c.ex tenore, de teſtib. l.optimam, C. de*
cont.& comm.ſtip. de qua quæſtione *in l.iuriſ-*
iurandi, de teſtib. Sane ſi reus intentionem a-
ctoris de proprio facto rei procedentis ne-
gaſſet, & poſt probationem ad hanc allega-
tionem confugeret, audiendus non videre-
tur, *arg.l.is qui fidem, cum auth.ſeq.inf.de excep.*
non num.pecuniæ, item l.fin. inf.de fideicommiſſ.

Quamuis dici poſſit, iuramentum hoc caſu
neceſſarium non eſſe, per leges allegatas, &
rationes ſupra dictas.

Præterea in cognitione verſatur, quarum
rerum aut cauſſarum nomine tale iuſiuran-
dum deferatur. Certum enim eſt, quod in
cauſſis criminalibus hæc delatio † locũ non 21
habeat, *l.fin.inf.de probat. l.qui ſententiam, inf.*
de pœnis. Item in cauſſis magnæ quantitatis,
& aliis, de quibus diſſeremus *l.cum proponas,*
6.hoc titulo.

Cum hac eadem lege caueatur, quod o-
porteat iudicem illud facere, & alia ſit defi-
nitio, iudicem non poſſe adcõmodare par-
tes ſuas † non petenti, non immerito in diſ- 22
ceptationem reuocari poſſit, an & hic talis
petitio requiratur, an vero iudex ex officio
ſuo tale iuramentũ deferre poſſit? † Negant 23
Bart.*d.l.admonendi, ff. de iureiur.n.59. & ſequ.*
Curt.*nu 75.* Iaſ.*n.316.* poſt Ant.de Butr. Cyn.
& alios ab eodẽ adductos, Caccialup.*n.240.*
Capitius *dec.35.n 3.* Ioſeph.Maſc.*concl.955.n.*
46. vbi plures refert: & hanc ſententiã com-
munem eſſe aſſerit Sichard. *hic n.57. arg.d.l.*
4.§.hoc autem iudiciũ, ff.de dam.infect. & l.iam
tamen, §.pen.ff.iudicat.ſolui, l.fin.in verſ.ſi petet.
ff.de iure deliberan. quo referri etiam poteſt *l.*
non eſt nouum, ff. de legib. quod ſcilicet vna le-
gis enuntiatio interpretationem ſuam ab a-
liis accipiat. Diſſentiunt † autem Panor.*in c.* 24
fin.& §.ſane, extr.eo.n 16. Ant.de Butr. in c.1.n.
13.extr.de iudiciis. Salyc.in hac lege nu.29. Andr.
Gail lib.1.obſ.108.nu.6. vbi addit, ita pro tribu-
nali Spirenſi iudicatũ fuiſſe, maxime illa cõ-
ſideratione admiſſa, quod clauſula ſalutaris
id impetrare ſoleat, *Donell hic n.9. Roma.l.ad-*
monendi, n.115.ff.de iureiur. Imol.c.1.de iudiciis,
quem refert & ſequitur Salyc.hic n.29. itẽ Alex.
ab Imo.*cõſ.53.n.5.lib.1.* Bar.ſibi cõtrarius *d.l.*
4.§.hoc autem iudicium. Et ſane hæc † vltima 25
ſententia legis noſtræ verbis applaudere vi-
detur, cum neceſſitatẽ iudici id faciendi in-
ferat. Huc pertinet etiam *c.fin.§.fin.in verb.*
deferre poteſt. item *l.vbicunque, ff.de interrogat.*
actionib. poſſe iudicẽ, vbicunq; æquitas mo-
uerit, facere interrogationem. Cõmendat
deniq; hanc ſententiam *l 1.2.& 3.ff.de teſtib.*
vbi in cauſſa probationis iudex, vt cõſtet de
rei veritate, ex officio inquirere poteſt, de o-
mnibus circumſtãtiis teſtiũ ibidẽ relatis. Vl-
timo vrget c.*cum Ioannes, ext.de fid.inſtr.* vbi ſi
iudex videat, vnã partẽ deficere in cauſſa ꝓ-
bationis, ſi veriſimile ſit, id adhuc pſtari poſ-
ſe, ex officio ſuo vtrã q; partẽ interrogare po-
teſt, vt ex illarũ confeſſionib. de rerũ veritate

tanto melius conſtare poſſit. Qua de cauſſa, ſi rem ad iuris auctoritatem deflectere velimus, conſtituo hãc ſententiam veriorẽ eſſe, ꝙ nõ ſit ratio, cur generalis diſpoſitio *legis 4. §. hoc autem iudicium, ff. de dam. infect.* non debeat potius reſtringi per has leges & canones, quam quod e diuerſo id faciamus. Puto tamen priorem opinionem tutiorẽ eſſe, ꝙ eandem *d. l. admonendi,* nedum Bartolus parum ſibi conſtans defendat, *Baldus hic nu. 37.* ſed Sichardus *nu. 57.* & Iaſon *in d. l. admonendi, nu. 316.* illã profiteantur cõ munem. Vnde
26 etiam non † improbo interpretationẽ Donelli *hic nu. 7.* verbum, *oportet*, hac lege comprehenſum, non continere neceſſitatem præciſam, ſed deferre hoc ius ipſi iudici, *argum. l. admonendi, ſi coniungatur cum l. 1. infr. de ſent. & interloc. om. iud. item l. non quidquid, ff. de iudiciis:* quamuis communis expoſitio iudici, ne hoc quidem permittat, vt dictũ eſt.

Lex, Si ad excludendum. 4.

SVMMARIA.

1 *Pupillus iuramentum deferendo, cauſſam deteriorem facere non poteſt.*
2 *Pupillus nullam rerum ſuarum adminiſtrationem habet.*
3 *Tutelæ actio quando dari ſoleat?*

QVamuis iuſiurandum, quo quis ex conditione delata ſe obſtrinxerit, actionẽ, vel exceptionẽ tribuere ſoleat, *l. actori, 8. hoc*
1 *tit.* † tamen ſi pupillus tutori ad excludendã tutelę actionem iuſiurandũ detulerit, poſtea eandem exercere nõ prohibebitur. Ratio, quod pupillus ſine auctoritate tutoris, nullã
2 adminiſtrationem † rerum ſuarum habeat, neque ex vllo contractu obligari poſſit, *l. obligari, 9. ff. de auctor. & conſenſu tutor. & curat.* Accedit, quod legitimam perſonam ſtandi in iudicio non habeat, *l. 1. & tot. tit. ſup. qui leg. per.* item quod tutor in re propria hanc auctoritatem accommodare non poſſit, *l. pupillus, ff. eo. tit.* Incidit autem legis noſtræ de-
3 finitio in ſcrupulum, quod † cum tutelæ actio ſiue directa ſit, *l. 4. ff. de tut. & ratione contrah.* ſiue contraria, non detur, niſi finito officio, *l. 1. §. finito, ff. de contraria tutelæ & vtili actione:* hic tamen contrarium inſinuari videatur. Reſponſio facilis erit, ſi perpendamus, tutorem a parente etiam ſub conditione dari poſſe, *l. 11. ff. de teſtam. tutel.* & vſq; ad certam conditionem, *§. ſed & vſque, Inſtit. quib. mod. tut. finiatur*, item cõſtitui poſſe ad certum tempus, *§. præterea, eod. tit.* Eueniente igitur conditione, vel tempore elapſo, tutelæ actio exerceri poteſt. Idem quoque probandum erit, ſi tutor vt ſuſpectus a tutela remotus fuerit, *§. fin. eod. tit.*

Lex, cum etiam, 5.

SVMMARIA.

1 *Procurator & defenſor regulariter compelli non poteſt, vt iuret.*
2 *Nedum ab his, quibus legati compendium relinquimus, ſed etiam ab ipſorum tutoribus relinquere poſſumus.*
3 *Tutor ratione ſuſceptæ fidei in cauſſa legati, vel fideicommiſſi iurare cogitur, & quomodo illud intelligendum.*

CVm *l. iuſiurandum † & ad pecunias, 34. §. procurator, ff. hoc tit.* caueatur, neque procuratorem, neque defenſorem compelli poſſe, vt iurent, ſed ſufficere ad plenam defenſionem, ſi iudicium accipere parati ſint: Præterea in tutoribus pupilli, vel curatoribus adoleſcẽtis ſtatuatur, *l. 4. ff. de in litem iurando,* illos non cogi in litem iurare: in diſceptationem reuocari non immerito potuit, an tutor ſuper fideicommiſſo a ſe, reſpectu pupilli relicto, ad iuſiurandum vrgeri queat? Et poſſe declarat præſens conſtitutio, quod is, qui pupillum heredem conſtituit, nedum a pupillo, † ſed etiam a tutore, vel adminiſtratore ipſius legare, vel fideicommittere poſſit, *l. etiam, infr. de fideicommiſſ. l. peto, 69. §. mater, ff. de legat. 2. l. Thais, 41. §. 2.* & tutor ratione conſcientiæ propriæ, an fideicommiſſum ſuſceperit, rectè iuſiurandum ſubire cogatur, quod cum gloſſa noſtra intelligimus, ſi inficiantem tutorem aliqua præſumtio oneret, *vt c. fin. §. vlt. extr. de iureiur. & argu. l. fin. infr. de fideicomm. & ibidem gloſſ. in verbo, ſubire.*

1 (margin, line 1 of Lex 5)
2 (margin, "a pupillo")

Lex, cum proponas, 6.

SVMMARIA.

1 *An iuramentum locum habeat, ſi quis in ſeruitutem vindicetur, cum auctoribus & argumentis id aſſerentium.*
2 *Diſtinctio auctoris cum argumentis contrariis.*
3 *Intellectus præſentis legis.*
4 *In cauſſis magni præiudicii iuramentum ſuppletorium locum non habere.*
5 *Intellectus l. final. ſupr. de tranſact.*

EDocemur ex præſenti lege † generis & ingenuitatis quæſtionem religione iuriſiurandi decidi poſſe. Sed quæſtionis eſt, an id etiam locum habeat, ſi quis in ſeruitutem vindicetur? Et habere, videtur innuere, *l. 3. ff. de iureiur. §. quacunque autem*, quo cauetur, quod quacunq; actione conueniatur quis, ſi iurauerit, proficiat ei iuſiurandum, ſiue in perſonam, ſiue in rem, ſiue in factum, ſiue pœna-

Digitized by Google

pœnali actione, vel quauis alia agatur, ſiue de interdicto: item *l iuſiurandum, 34. eodem.* declaretur iuſiurandum & ad pecunias, & ad omnes res locum habere, etiã de operis iuſiurandum deferri poſſe. Vnde Bartolus in præſenti lege ita argumentum eius concipit, ſuper cauſſis ſtatus poteſt iuſiurandum deferri. Gloſſa vero in verb. *conſulet*, ait, ſimpliciter tale iuſiurandum ſeruandum eſſe, idemq; aperte hoc loci defendit Hugo Donellus *num. 4.* dum caſum huius legis depingere conatur: ſed meo iudicio res longa di-
2 ſtinctione indiget. † Statuo enim, prætorem iuſiurandum tueri debere, ſi quis iurauerit, ſeſe ingenuum eſſe, vel filium alicuius, *l. 1. §. ſed et ſi de conditione, ff. de iureiur. l. fin. ſup. de tranſact.* Quod ſi autem is, qui præiudicio experitur, iurauerit, aliquem ſeruum ſuum eſſe, hoc caſu vna cum Salyceto *num. 3.* non exiſtimo, idem admittendum eſſe, propter grauitatem præiudicii, quod inde exſiſtere ſolet, idque argum. *l. nec ſi volens, infr. de liberal. cauſſ.* quæ ita concepta eſt: *nec ſi volens ſcripſiſſes, ſeruum te eſſe, non liberum, præiudicium iuri tuo aliquod comparaſſes, quanto nunc magis, cum eam ſcripturam dare compulſum te eſſe teſtaris.* Huc pertinet *l. ſi iurauero, 14. ff. de iure patronat.* vbi iuramentum ab illo, qui dicit, ſe patronum, præſtitum, non prodeſt ipſi ad ſucceſſionem eius, quem libertum ſuum iurauit. Tertio, moueor auctoritate *l. inter ſtipulantem, § ſacram ff. de verborum obligation.* quæ manifeſtat, nullam obligationem ratione liberi hominis, qui in ſtipulationem deductus ſit, cõtrahi poſſe. Quarto facit deciſio gloſſæ *in l. fin. C. de tranſaction. in verb. ſeruili*, & Bartol. *ibidem num. 1.* Quinto confirmat hoc ipſum *l. cum ſcimus, C. de agricol & cenſit. lib. 11.* vbi in cauſſa ſtatus confeſſio ſemel interpoſita non nocet. Sexto,
3 vrget *l. non diſtinguemus, §. de liberali, ff. de recept. arbitr.* quæ decernit, ne compromiſſum quidem in cauſſa ſtatus inſtitutum valere.

Nec ad rem pertinet, quod in textu noſtro pronuntietur, decretum arbitri ſeruandum eſſe: Enimuero Doctores † noſtri, *vt Baldus hic num. 1. Angel. num. 1. Fulgoſ. numer. 2. item gloſſ. in verbo, conſulet*, conſtituunt arbitrum eo conſilio aditum eſſe, vt declararet, an talis conuentio valeret, & ipſum iuxta iuris definitionem pronuntiaſſe: vel melius ex ſententia eiuſdem gloſſæ dici poterit, arbitrum de hereditate, vel aliis bonis quid adiudicaſſe ei, qui ex conditione delata iurauerat, ſe ingenuum eſſe, & capacem hereditatis. Quod cum ita ſeſe habeat, facile intelligimus, multo minus iudicem id ex officio ſuo facere poſſe, quamuis quis per vnum teſtem probauerit, aliquem ſeruum ſuum eſſe, quod in † omnibus cauſſis magni præiu- 4
dicii iuramentum ſuppletorium locum non habeat, cum illæ comparentur cum cauſſis criminalibus, *argum. l. propter litem, ff. de excuſatio. tutor. item l. fin. infr. de reuocand. donatio.* in quibus plena & indubitata probatio requiratur, *l. fin. C. de probat.* gloſſa *de cauſſis magni præiudicii* loquens, *l. in bonæ fidei, ſupr. hoc tit. in verb. decidi. glo. in cap. fin. extr. de iureiur. Bart. d. l. admonendi, num. 53. Alexand. num. 50. Iaſon num. 271. Curt. num. 321. Menoch. de arbitr. iudic. ſent. caſ. 190. num. 18 lib. 2. Marant. in ſuo ſpecul. act. 9. nu. 7. Zaſ. conſil. 3 num. 27. vol. 2. Andr. Gail lib. 2. obſer. 49. nu. 2. Maſcard. concl. 956. num. 30.* Quod autem illud in cauſſa ſtatus locum habeat, hac in lege tradiderunt Baldus *num. 3. & Andr. Barbat. in addit. Iaſon in repetit. d. l. admonendi, num. 280.* His ita digeſtis, † obſtare videtur *l. fin ſupr. de tranſact.* 5
Sed dici poterit, aliam tranſactionis, aliam iudicii cauſſam eſſe. Accedit, quod, vt ibidem etiam oſtẽdi, communis traditio ſcrupulo non careat.

Lex, nec filius, 7.

Svmmaria.

1 *Factum cuique ſuum non alteri nocere debere.*
2 *Filius deferendo iuramentum parentis cauſſam deteriorem reddere non poteſt.*

Regula eſt notiſſima, & ex ipſo æquitatis fonte profecta, factum vnicuiq; ſuum † non alteri nocere debere, *l. 155. ff. de regulis iur.* eaque tam late patet, vt neque factum 1
fratris fratri, *l. 1. infr. res inter alios iudicatas aliis non nocere*, neque factum mariti, ipſius vxori, *l. 1. & toto tit. infr. ne vxor pro marit.* neque patris filio, *l. 1, & toto tit. ne filius pro patre*, neque contra filii ipſius parenti, aliquod præiudicium inferre poſſit: ſiue patrem, *l. multo magis, 24. §. final. ff. eodem titul. l. filius, infr. de pact. l. depoſui, §. 1. ff. de peculio*, ſiue matrem eſſe ponamus, *l. mater, ſupr. de rei vendic* Conſequens itaque eſt, † vt deferendo iuramentum, filius parentis cauſſam 2
non poſſit deteriorem reddere, quod ſcilicet intelligimus eo caſu, quo nihil aliud interceſſerit, cuius contemplatione, quod geſtum eſt, ratum habere cogatur, *leg. iuſiurandum, quod ex conuentione, 34. §. fin. ff. eod. tit.*

Digitized by Google

Lex, actori, 8.

Svmmaria.

1 *Ex delatione iuramenti naſcitur actio in factũ, ad exemplum rei iudicatæ.*
2 *Non poſſidenti actio, poſſidenti autem exceptio inde decernitur, & quomodo illud intelligendum.*
3 *Diſtinctio, quæ actiones ex iuramenti præſtatione deſirantur.*
4 *Quibus caſibus actio in factum locum habeat.*
5 *Improbata communis traditio circa quæſtionem præcedentem.*
6 *Confeſſio ſine certa cauſſa expreſſione, nullius momenti eſt.*
7 *Ex pacto nudo, ſi iuramento confirmatum ſit, an actio naſcatur?*
8 *Formulæ generalibus verbis conceptæ, ad confirmationem ſui, ſpecialis cauſſa expreſſionem requirunt.*
9 *Quid iuris ſit, ſi poſt litem conteſtatam iuramentum delatum ſit, ex ſententia Donelli.*
10 *Donelli diſtinctionem in præcedenti quæſtione abſolutam non eſſe; & quid deſideretur?*
11 *An actio, quæ ex iuramento extraiudiciali defertur, paratam exſecutionem habeat?*
12 *Confeſſionem in iudicio factam paratam exſecutionem habere.*

1 HOc reſcriptum † Imperatoris effectum
iuriſiurãdi inſinuat, vt ſcilicet ex delatio-
ne vel retorſione præſtitum, præbeat nobis
actionem in factum, ad exemplũ rei iudica-
tæ. Pro explicatione præſentis cõſtitutionis
ſciendum eſt, intereſſe, vtrum extra iudiciũ,
2 † an in iudicio poſt litis conteſtationem iuſ-
iurandum deferatur. Si extra iudicium *l. in
duobus, 28. §. fin. ff. eo. tit.* referre putamus, poſ-
ſideat, nec ne. Si non poſſidet, decernitur
ipſi actio, *d. l. in duobus, §. ſi al. & l. nam poſtea-
quam, 9. §. fin.* idque aduerſus eum, qui rem in
iuriſiurandi conditionem admiſit, *d. §. fin. cũ
3 l. ſequ.* Et quidem † ſi obligatio, cuius gratia
iuſiurandum interceſſerat, certum nomen
haberet, veluti quod fundum Titianũ eme-
rat, vel in dotem acceperat, vel ex cauſſa ſo-
cietatis, permutationis, vel ſimili eundem ſi-
bi deberi aſſerat, tunc ipſi deferetur vtilis a-
ctio ex emto, *l. ſi duo, 13. §. ſi quis, ff. de iureiur.*
pro ſocio, §. *idem dicemus*, *d. l. ſi duo*, ex ſtipu-
latu, §. *Marcellus, ead. l. ſi duo*, depoſiti, *l. in a-
ctione, hoc noſtro tit.* pignoratitia, *d. §. Marcel-
lus*. Quod ſi autẽ factum, cuius nomine iuſ-
iurandum interceſſit, nõ incidat in certum
contractus vel ſimilis obligationis nomen,
nec habeat illam materiam, quæ ſit apta ad
producendam actionem, vt videre licet to-
to tit. *de præſcript. verb.* Hoc caſu actio in fa-
4 ctum † ipſi decerni ſolet. Idemque etiam e-
uenit in actionibus in rem, ſi quis deferente
poſſeſſore, rem ſuam eſſe iurauerit, *l. 11. §. 1.
ff. de iureiur. ita Oldendorpius in ſuis claſſibus in
explicatione eiuſdem actionis. Mynſinger. in §.
ſi quis poſtulante, num. 31.* Et † quamuis diſſen- 5
tiant Doctores noſtri, *vt gloſſ. hic in verb. in
factum, Bartol. in princip. & Alexand. in addit.
Bald. num. 1. Alexand. in l. ſi duo patroni, §. ſi quis
iurauerit. Iaſon numer. 1.* & paſſim alii exiſti-
ment, tunc actionem in factum compete-
re, ſi informiter iurauerit, non exprimen-
do aliquam cauſſæ ſpeciem, *argument. l. nam
poſteaquam, §. ſed etſi quis, item l. ſed etſi ſeruus,
25. l. in duobus, 28. § final. ff. de iureiurand.* vbi
deprehenduntur hæ iuriſiurandi formulæ,
aduerſarium ſibi decem dare oportere, ſine
vlla commemoratione cauſſæ. Tamen iiſ-
dem minime aſſentiendum puto, quod re-
cepta † ſit illa iuris definitio, confeſſionem 6
ſine certæ cauſſæ declaratione nullius eſſe
momenti, *l. cum de indebito, § final ff. de prob.
cap. ſi cautio, de fid. inſtrument. & l. 2. §. circa, ff.
de except. doli mal.* Accedit, quod hanc expli-
cationem illa abſurditas † conſequutura ſit, 7
vt nedum ex pacto nudo, ſi modo iuramen-
tum intercedat, naſcatur actio, quod ne-
gant, (bene, an perperam, in præſentia non
excutio) *gloſſ. l. 1. hoc tit. in verb. vtriuſque par-
tis, Bart. ibid. n. 4. Bal. n. 14. Salyc. glo. & Bart. in
l. ſi quis pro eo, ff. de fideiuſſ. Bald. l. cum antea, ſup.
de recept. arbitr. num. 10. argum. eius textus. An-
gel. l. iuris gentium, §. quinimo, ff. de pact.* quam
ſententiam communem dicit Iaſon *l. ſi quis
mater, numer. 23. ſupr. de tranſact.* ſed etiam, vt
iuramentum illud poſſit, cum nulla, vel pla-
ne inutilis interuenit obligatio. Nec mo-
uent leges ſupra allegatæ, cum † formulæ 8
generalibus verbis conceptæ ad confirma-
tionem ſui, requirant cauſſę ſpecialis expreſ-
ſionem, *l. 1. ff. de edendo, cap. dilecti, extr. de li-
bell. oblat.* idque euidenter apparet ex §. *1. In-
ſtit. de actio & §. ſic itaque diſcretis*, vbi eædem
formulæ referuntur, niſi quis pro defenden-
da communi ſententia conſtituat, eam vim
eſſe iuriſiurandi, vt quæri non oporteat de
cauſſa obligationis, ſed ſufficiat religio iu-
rantis, *l. 2. ff. de iureiur.* & tacita confeſſio de-
ferentis. Quod ſi autem † in iudicio poſt li- 9
tem conteſtatam res in iuriſiurandi condi-
tionem admiſſa ſit, hoc caſu Donellus *hic
num. 14.* exiſtimat, actori nullam actionem
ex iuramento tribuendam eſſe, quod ea ne-
ceſſaria non ſit: quippe, quæ iam in iudi-
cium deducta eſt, neque etiam reo cõpete-
re exceptionẽ, quod & illa quoq; ſuperua-
cua ſit: quia ait, poſtquã ille iurauit, perinde
habetur,

habetur, quaſi probauerit, ſe non debere,
vt nil ſuperſit, niſi vt abſoluatur. Proinde his
caſibus id faciendum eſſe, quod præcipitur
l.iuſiurandum & ad pecunias, 34 § fin. ff. eod.
vt iudex iurantem abſoluat, referentem audiat:
& ſi actor iuret, condemnet reum, nolentem iura-
re reum, ſi ſoluit, abſoluat, non ſoluentem conde-
mnet, ex relatione, non iurante actore abſoluit
reum Atque huius ſententiæ illum effectum
eſſe, vt appellari non poſſit, *l.generaliter, §.1.*
hoc tit. Et hæc Donelli opinio conſentanea
eſt traditioni Petri, cuius mentionem facit
gloſſa, *argum l.cum quærebatur. ff. iudicat.ſol-*
ui, quod iura non ſoleant ſuperuacuis actio-
nibus & remediis vti, *l licet, §.ea obligatio, ff.*
de procurator. item, quod huiuſmodi effectus
cauſſæ proximę adſcribi debeat, *l.ſi Stychum,*
8.§ final.cum l.ſequen. ff.de nouat. Idemq; ſen-
tire Cynum, & N col. de Mat. teſtatur Bal-
dus, quos & ipſe ſequitur in iuramento ne-
ceſſario, ſiue a iudice inopia probationum
delato, cum, vt ait, probatio non pariat ob-
ligationem, *l.ſed etſi poſſeſſori, § final ff. eodem*
titul. & iuramentum ſit altera pars proba-
tionis.

Sed non animaduertit idem Donellus,
10 hanc ſuam obſeruationem † abſolutam non
eſſe. Quid enim, ſi non ſequatur ſenten-
tia, quod vel pars id non petierit, vel quid
aliud id fieri prohibuerit. Abſurdum enim
erit, ſi hoc caſu ipſi denegemus actionem,
vel reo exceptionem, cum religio extra iu-
dicium interpoſita, hoc præſidii deferre ſo-
11 leat. Sed † an talis actio paratam habeat ex-
ſecutionem, non ſatis expediunt noſtri In-
terpretes. Et quidem, ſi ſententia iudicis
confirmata ſit, non puto, hæſitanti locum
eſſe, ſiue huic decernamus actionem iudi-
cati, vt in aliis ſententiis, *l.intra dies, 7. ff.*
de re iudicata, ſiue actionem in factum, vt
videtur ſentire gloſſa *d l.1.* dum eidem duas
actiones in factum adcommodat. Quod
ſi vero nihil tale acciderit, adhuc idem eſ-
ſe putarim, argument. præſentis legis, quæ
indiſtincte concepta eſt, & *l.poſt rem iudi-*
catam, 56. quæ ita ſeſe habet: *poſt rem iudi-*
catam, vel iureiurando deciſam, vel confeſſio-
nem in iure factam, nihil quæritur poſt oratio-
nem D. Marci, quia in iure confeſſi pro iudica-
tis habentur. Exiſtimarim tamen, hoc ca-
ſu condemnatoriam ſententiam iudicis, o-
miſſa omni alia inquiſitione & ſolemnita-
te iudicii neceſſariam eſſe, vt exſecutionis
partes adcommodare poſſit, *d.l. iuſiuran-*
dum & ad pecunias, §.final ff. de iureiurand.

Sed an ſolemnitas libelli, litis conteſtatio-
nis, & id genus alia omitti poſſint, etiam in
iuramento extraiudiciali, quæ controuer-
ſiam ex voluntate partium dirimat, apud
me expeditum non eſt. Putauerim tamen, ſi
de huiuſmodi conuentione liquido con-
ſtet, puta, ex confeſſione partis idem fauore
religionis, *l.2. ff de iureiuran.* probandum eſ-
ſe. Si enim confeſſio obligationis contra-
ctæ, quæ in iure interceſſit, hunc effectum
habet, *d.l.poſt rem, 56 l.ſi debitori, 21. ff. de iu-*
dic cur non idem complectetur, & poterit
confeſſio, quod res in iuriſiurandi condi-
tionem admiſſa, illudque conſecutum ſit.

Lex, delata, 9.

SVMMARIA.

1 *Qui poſtulat ab alio veritatis iuramentum, prius de calumnia iurare debet.*
2 *Quibus perſonis hoc iuramentum remittatur?*
3 *Examinata lectio l.34.§.final.ff.de iureiur.*

HOc reſcriptum † de neceſſitate ſuſcipi- 1
endi iuriſiurandi loquitur, de qua re diſ-
ſeretur *inf.l generaliter, hoc eodem tit.* Interea
autem notandum eſt, ab eo, qui hoc poſtu-
lat, prius de calumnia iurandum, quod & i-
pſum traditur multis aliis in locis, *vt l.34.§.*
qui iuſiurandum, l. ſi non fuerit, 37. ff de iure-
iur. l.fin. infr. de fideicommiſſ. Hoc tamen iuſ-
iurandum † certis quibuſdam perſonis re- 2
mittitur, vt parentibus atque patrono, *l.7.§.*
3.ff.de obſeq. parent.præſtand. l ſi patronus, 16.ff.
de iureiurand. Sed repugnare videtur *l.34.§.*
† *qui iuſiurandum, in fin. ff eodem tit.* vbi hæc 3
verba deprehenduntur: *hoc iuſiurandum de*
calumnia, neque patrono, neque parentibus re-
mittitur, ſi obſeruemus lectionem Pande-
ctarum Florentinarum. Noricus tamen tex-
tus aliter conceptus eſt, vnde Cuiacius *9. obſ.*
37. ſecutus auctoritatem Baſilicorum, *c.32.*
item Donell. *hic num.5.* putant, legendum
eſſe: *hoc iuſiurandum de calumnia æque patrono*
atque parentibus remittitur.

De lege 10. tractatum eſt l.6. hoc
eodem titulo.

Lex, ſi quis, 11.

SVMMARIA.

1 *An & quando quis iuramentum ſemel delatum reuocare poſſit?*
2 *Iuramenti declaratio tacitam conditionem adiunctam habet, vt aut ſtatim præſtetur aut ex interuallo, ſi non ſit mutata voluntas.*
3 *Iuramenti conditione deficiente, quomodo iudex ſententiam ferre potuerit.*

4 *Intellectus l cum iudex, de ſent. & interl. om. iud.*
5 *Quamuis ſententia ſub conditione ferri non debuerit, tamen ſi feratur, valet.*
6 *Facultas ſæpe variandi non immerito improbata.*

TRia potiſſimũ in præſentis legis deciſionem deducuntur, poſſe quem ſemel oblatum iuſiurandum reuocare: deinde id non poſſe poſt ſententiam definitiuam. Tertio, hac reuocatione ſemel facta, non poſſe quẽ ſecundo facultate delationis vti. Prius con-
1 ſtitutionis membrum † in certas difficultates incidit, quod non opus ſit reuocatione, vbi quis ipſo iure ſit tutus, *l. in cauſſa, 16. ff. de minor. in integr. reſtit.* eſſe quem in hac quæſtione ipſo iure munitum, coarguunt *l. 5. §. fin item l fin. 6 ff eod. tit.* quæ declarant, quod ſi quis nõ ſuſceperit iuſiurandum, licet poſtea paratus ſit, illud præſtare, illum audiendum non eſſe. Deinde, quod abſurdum videatur, quod quis id, quod ſemel placuit, reuocare queat, *cap. quod ſemel, de regul iur. in 6. l. Pomponius, 15. ff. de negot. geſt. l. nemo poteſt, ff. de regul iur.* Primum ſcrupulum ita eximere conatur Donellus, vt ſtatuat textũ noſtrum intelligendum eſſe, ſi certum tempus præfinitum ſit, intra quod liceat iurare. Hoc enim caſu eſſe reuocationi locum, quod in his, quæ arbitrii noſtri ſint, liceat nobis mutare ſententiam, *l. qui pecuniam, 30. ff. de rebus credit. ſi cert. petat. l. 3. & 5. ff. de cond. cauſſ. dat. cauſſ. non ſec.* Sed ſane talis expoſitio diuinationi proxima eſt, cum nulla de certo tempore in lege noſtra mẽtio fiat. Exiſtimo itaque, delationem ſemel factam ſufficere, neque reſcindi poſſe, quod ſemel placuerit, ſiue certum tempus adſcriptum ſit, ſiue non ſit, ſed debere illum, qui tali conditione vti velit, ſtatim declarare, quid animi ſui ſit. Nã ſi ab initio recuſet, amplius altero inuito audiendus nõ eſt. Quod ſi vero taceat: aut tẽpus deliberãdi petat, nõ debet inique ferre, quod alteri poteſtas ſit reuocandæ delationis, aut illi, ſi poſtea paratus ſit iurare, cõtradicendi, quod in idem pene recidere videtur, cum vtriuſque eadem debeat eſſe ratio.
2 † Enimuero hæc res tacitam conditionem adiunctam habet, vt aut ſtatim præſtetur, *d. l. 5. in fin. & 6. ff. eodem t. t.* aut ex interuallo, ſi non ſit mutata voluntas. Vnde illum ferendum non puto, qui cum aduerſarius ipſius poſt delationem iuramenti, interpoſito temporis ſpatio, illo præſente iuraret, tacuerit, ſi poſtea cauillari velit huiuſmodi iuſiurandum non tenere, *argum. cap. qui tacet, de regul. iur. in 6. & l. 1. ſupr. vt quæ aduocat. deſunt, & l. cum, ff. de probat.* Debuerat enim in præſentia reluctari, vel antea reuocaſſe hanc facultatem.

Porro, quod adiicitur, poſt ſententiam diffinitiuam amplius iurari non poſſe, ſatis impeditam habet interpretationem. Quomodo enim † iudex ſententiam ferre po- 3
tuit, deficiente conditione iuriſiurandi, in quam res deducta fuit. Exiſtimo itaque cum Baldo *hic num 3.* ſententiam fuiſſe prolatam ſub conditione, ſi iuraſſet, *l. generaliter, hoc tit.* nec obſtare *l. cum iudex, 11. infr. de ſentent.*
& interloc. omnium iud. † quæ ita concepta 4
eſt: *cum iudex in definitiua ſententia iuſiurandum ſolummodo præſtari præcipiat, non tamen addat, quid ex recuſatione vel præſtatione fieri oportet, huiuſmodi ſententiam nullam vim obtinere, palam eſt.* Promta enim ſolutio eſt, legem in caſu ſuo exaudiendam. Quod ſi vero ex præſtatione iuriſiurandi, vel recuſatione, reum condemnet, vel abſoluat, & iuriſiurandi religio ſubſequatur, non exiſtimamus, huiuſmodi ſententiam repudiandam, modo illud fiat in continenti, *vt videtur ſentire Bartol. hic & Baldus num. 4. & idem Baldus poſt Petr. de Bellapert. l. generaliter, num. 10. hoc*
tit. Bartol. num. 4. Sichard. nu. 3. Quamuis † e- 5
nim ſententia ſub conditione ferri non debeat, *l. 1. §. biduum, ff. quand. appell. ſit:* tamen ſi feratur, valet, *d. §. biduum.* Idque in propoſita partis ſpecie indubitatum eſt, *l. generaliter, in princ. hoc tit. item d. l. cum iudex.* Negat enim Baldus, Sichard. *in loc. deſign. item Iaſon l. ait prætor, §. ſi iudex, ibidem Alex.* conditionem, quæ intrinſeca ſit, veluti, ſi erit probatum, in pronuntiatione ſentẽtiæ reſpuendã. Quod præterea lege noſtra comprehenditur, reuocantem iuſiurandum delatum, non poſſe eo auxilii amplius confugere, rationi cõſentaneum eſt, cum ſæpius variandi facultas, atque inconſtantia, non immerito improbetur, *l in cauſſa cognitione, 27. ff. de procurat. l. de reb. ff. rerum amotarum, l fideicommiſſa, 11. §. ſi quis decem, ff. de legat. 3.*

Lex, generaliter, 12.

SVMMARIA.

1 *Appellatione pendente nihil temere nouandum.*
2 *Incommoda huius obſeruationis in cauſſa iuramenti.*
3 *Iuramentum nedum in fine, ſed etiam in principio, & fine litis, appellatione non obſtante præſtari poſſe.*
4 *Probationis facultatem anguſtandam non eſſe.*
5 *An iudex in principio litis iuramentum deferre poſſit ex officio?*

6 Quare

Digitized by Google

6 *Quare iuramentum ſub ipſo iudice praſtandum?*
7 *Differentia inter iuramentum principalis perſona & heredis ipſius & cauſſa.*

1 CVm appellatione pendẽte † nil nouan-
dũ, *l.1. ff. nihil nouan. appell. interpoſ. c. non
ſolũ, de appell in 6.* & omnis iuriſdictio iudicis
interea ſuſpẽſa ſit, *c. ſi a iudice, eod. tit.* euenie-
2 bat, † vt ſi iudex per ſententiam interlocu-
toriam vel definitiuam actori vel reo in ſup-
plementum probationis iuſiurandum ob-
tuliſſet: vel ſi actor reo, vel contra, conditio-
nem iuramenti propoſuiſſet, & ab vna vel al-
tera parte prouocatum eſſet, vt dilata iuriſ-
iurandi præſtatione, mortuo principali con-
trahente, qui rei notitiam habebat, facultas
probationis præcideretur, cum heres in lo-
cum ipſius ſuccedens, facti alieni plerumq;
3 ignorantiam habeat. Qua † de cauſſa Iuſti-
nianus huic difficultati, promulgata genera-
li lege, medendum arbitratus eſt. Statuit ita-
que, liberam eſſe iudici facultatem, item &
partibus, ut vel in principio litis, vel in me-
dio, vel in ipſa diffinitiua ſententia, poſſint
tale iuſiurandum ſub ipſo iudice deferre,
neque appellationem interpoſitam id effi-
cere, quo minus effectum ſuum habeat.

Multa ſunt notabilia, quę ex præſenti cõ-
4 ſtitutione excerpi poſſunt. Probationis † fa-
cultatem anguſtandam non eſſe, *vt l. final.
ſupr. de hæret. l. cuncti, ff. de teſt. capit. quoniam,
extra vt lite non conteſtata,* idque adeo proce-
dere, vt etiam appellationi derogetur ſe-
cundum legem *in toto iure, 80 ff. de regul. iuris.*
Præterea iuſiurandum exigi poſſe in qua-
cunque iudicii parte, quod in partibus ex-
5 peditum eſt, in iudice † requirerem, vt pro-
bationis tempora finita ſint, *argum. l. prope-
randum, §. & ſi quidem, & § ſin autem item, ſu-
pra de iudiciis, l. 1. ſupr. de dilationibus.* Poſſunt
tamen præſumtiones, & præiudicia alia, id
etiam citeriori tempore iudici tribuere. De-
inde edocemur, tale iuſiurandum ſub ipſo
6 iudice † præſtandum eſſe. Ipſius enim eſt
exiſtimare, quantum fidei iuramento, & a-
liis probationibus tribuendum ſit, *argument.
l 3. §. tu magis ſcire, ff. de teſtibus, item l. non e-
rit, 5. §. dato, ff. de iureiurand.* Nam ſi tractetur
de iuramento neceſſario, ad confirman-
dam, vel labefactandam fidem iuriſiuran-
di: multum proderit diligens conſideratio,
qua conſtantia, aut trepidatione iuramen-
tum præſtet: item, an in dictis ſuis variet,
an minus, *l. de minore, 10. §. penultim. ff. de quæ-
ſtion.* veriſimilia, an non proferat, *d. l. 3. §. e-
iuſdem, ff. de teſtibus.* Vltimo notandum eſt,
quod multum interſit, inter religionem,
qua ſe obſtringit principalis perſona, &
eam, qua heres ſe obligat. Etenim quiſque
de ſuo facto non † alieno inſtructus eſſe po- 7
teſt, *l quanquam, ff. ad Senatuſconſult. Velleian.
l. magna, de contrahen. & committen. ſtipulat l.
2. de iure emphyt. l. cum falſum, 46 ff. de acquir.
& omitten. heredit. l. final. ff. pro ſuo, l. qui in al-
terius, 42. ff. de regul. iuris.* Vnde heres non
immerito tale iuramentum recuſare po-
teſt, & ſi iuret, non cogitur reſpondere, ni-
ſi de ſcientia propria, quæ ſane ſi naſcatur
ab auditu, non adeo multum auctoritatis
habet, *cap. licet, extr. de teſtibus.* Eſt deinde &
aliud diſcrimen, quod illi, qui ſit receptæ
grauitatis, & dignitatis conſpicuæ, poſſit a-
lius ſuccedere, qui notæ inconſtantiæ ſit, vel
leuitatis, *l. cuius bonis, 9. ff. de curat. furioſ. & l. ſi
quis, ff. de edend. §. 1.*

§. Sed iuramento, 1.

SVMMARIA.

1 *Qui iuramentum rite delatum recuſat, pro conuicto haberi ſolet.*
2 *Perſonæ conditio ſæpe efficit, vt iuramentum recuſari poſſit, vt pupilli, furioſi, &c. ſiue deferentis, ſiue praſtare debentis perſonam ſpectemus.*
3 *Qui certo in loco non compellitur, iudicium ſuſcipere, nec iurare cogendus eſt.*
4 *Item natura actionis inſtituta, id impetrare poteſt,*
5 *Is, qui exceptione tutus eſt, tale iuramentum recuſare poteſt.*
6 *De facto alieno quis iurare temere non compellitur.*
7 *An in cauſſa relationis iuramẽti hac exceptio ſit admittenda.*
8 *Vbi timor periurii verſetur, iuramentum temere deferendum non eſt.*
9 *Iuramentum recuſari poteſt, quando iurantis conditio hoc modo deterior reddi poſſit.*
10 *Qualitas iuramenti ſæpe facit, vt recuſari poſſit.*
11 *Iuramentum an ille recuſare poſſit, qui pecuniam debitam ſolus ſoluit, cum antea eandem ſolus accepiſſet, & ibidem excuſſa varia reſponſionis formula.*
12 *Recuſari iuramentum poteſt, ſi quis non iurauerit de calumnia.*
13 *Si quis ſemel iuramentum delatum reuocet, amplius id deferre inuito non poteſt.*
14 *Poſt concluſionem in cauſſa quis ad inſtantiam partis iurare non compellitur.*
15 *Intellectus præſentis §. in quo videtur concedere, vt ſimpliciter iuramentum recuſari poſſit.*
16 *An cauſſa allegatio in prima inſtantia omiſſa, in appellationis proſecutione ſuppleri poſſit?*

ARgumentum huius §. quis ex Bartolo, Baldo, & aliis interpretibus depromere

poteſt. Concluſiones notabiles ſatis multæ
1 ſeſe offerunt. Præcipua † autem in eo verſatur, quod non liceat hoc iuſiurandum recuſare, alioquin quem pro conuicto haberi, maxime, ſi ex relatione præſtandum ſit. Habet tamen & hoc pronuntiatum ſuam declarationem, vt demum obtineat, niſi iuſta ſit recuſationis cauſſa, quas octo numero recenſet Bartolus *in l. manifeſta, ff. de iureiurand.* & eaſdem etiam perſequitur Baldus *in hoc* §. *num. 16. Bartholom. Socinus in ſuis fallentiis, in verb. iuramentum. Iaſon in* §. *ſi quis poſtulante, Inſtit. de action. Mynſinger. ibidem num. 8. & ſequen. & num. 19. 20. &c. Donellus in l. delata, hoc titul. num. 9. & ſeq. Ioſeph. Maſcard. concluſ. 957. n. 10. & ſeqq.* Prima recuſan-
2 di cauſſa † ſumitur ex perſona referētis, puta, ſi pupillus, furioſus, prodigus, iuſiurandū deferant, *l. 35. §. 1. ff. de iureiur. & l. ſi ad excludendum, h. tit.* aut ſi procurator tale iuſiurandum exigat, cui nominatim id mandatum non ſit, vel qui liberam bonorū adminiſtrationem non habeat, *l. iuſiurandum, 17 §. fin. cū l. ſeq. ff. de iureiur.* Secundo iuſtam abnuendi cauſſam præbet cōditio perſonæ, cui defertur iuramentum, *l. iuſiurandū & ad pecunias, § pupillo, ff. eod. &* §. *procurator, eod.* Tertio cō-
3 ſideratio † ipſius loci id quoque complecti poteſt. Nam qui Romæ non compelluntur iudicium accipere, vt ſunt legati prouinciales, nec iurare compellendi ſunt, *l. tutor, 35. §.*
4 *fin. ff. eod.* Quarto natura † actionis inſtitutæ, id etiam largiri poteſt, *l. ſi patronus, 16. eod. tit.*
5 Quinto, idem † multo magis probandū erit, ſi nobis patrocinetur aliqua exceptio, puta, rei iudicatæ, iuriſiurandi, *l. in duobus. 28. §. fin. cum l. ſeq. præſcriptionis, l. in contractibus,* §. *illo, infr. de non numerata pecun.* Et licet Iaſon *d. l. manifeſte, num. 6.* huius legis allegationem in Bartolo reprehendat: tamen poſtea eodem relabitur, cōtendens, quod ex quo reus fundatam ſuam intentionem habeat, non poſſit amplius ad iuramentum compelli, *cap. 2.*
6 *extr. de probat.* Sexta cauſſa † recuſationis eſt, ſi is, a quo iuramentum poſtulatur, rei veritatem compertam non habeat, forte, quod tractetur de facto alieno, *l. iuſiurandum, & ad pecunias, 34. verſ. quia tamen: &* §. *non ſemper, item in princip. noſtræ legis.* Accedit ratio *l. videamus, 4. ff. de in litem iurando. item l. Marcellus, 11. ff. rerum amotarū,* §. *iurare autem,* vbi hęc verba ſeſe offerunt, *Iurare autē tam vir, quam vxor cogetur. Pater autem amouentis iurare non cogitur, cum iniquum ſit, de alieno facto alium iurare. Is igitur cogitur iurare, qui amouiſſe dicitur, & idcirco nec heres eius, qui, quæve, amouiſſe dicetur, iurare cogitur.* Et quamuis hanc declarationem probent poſt Bart. Alexan. *nu. 5. Bald. n. 3. d. l. manifeſte, Iaſon num. 6. Caſtrenſ. num. 2. Iaſon in repetit. leg. admonendi, ff. eodem tit. num. 312. Curtius num. 279. Menoch. libr. 2. de arbitr. iudic. quæſt. caſu. 192. num. 3. Felin. in c. ad reprimendum, extr. de offic. ord. Natta conſil. 3. vol. 1. Hug. Donell. d. l. delata, n. 11. Sichard. hic nu. 4.* Non deſunt † tamen, qui in cauſſa rela- 7
tionis iuramenti, hanc declarationem non probent, ſed pronuntient, nihilominus eſſe cogendum aliquem, vt iuret, idq; arg. *l. iuſiurandum & ad pecunias,* §. *1. &* §. *ait prætor, Salyc. in l. delata, hoc tit. nu. 2. Crauetta conſ. 203. Menoch. caſu 189. nu. 8. Maſcard. d. concl. 203. nu. 16.* quod puto tamen ita intelligendum, vt arbitrio iudicis iuriſiurandi formula temperetur. Neque enim ad anceps periuriū compelli debet, ſed iurare de eo, quod ipſe ſciat, cū potuerit, fortaſſe adfuiſſe, vel ex ſcriptura defuncti, aut aliis argumentis indubitatis inſtructus eſſe: ita exaudio *d. l. iuſiurandum & ad pecunias, verſ. quid tamen &* §. *nō ſemper, &* §. *ait prætor, ita accipio quoque Tiraquellū de retract. tit. 1. glo. 1.* §. *2. nu. 30. Menoch. cent. 2. caſu 190. num. 9. vbi plures referunt. Maſcard. concluſ. 956. num. 64.* Septima † declaratio Bartoli eſt, 8
ſi dubitet quis, ne alio agente, periuriū ipſius detegatur, *l. alias, 18. ff. eod. tit. & ibidem Caſt. num. 10. Iaſ. n. 6. Cacher. deciſ. 11. n. 3.* inferendo, quod ſi tractetur de re, quæ ſubiaceat reſtitutioni, poſſit eo caſu recuſari iuſiurandum, ne eueniente conditione reſtitutionis, rurſum periclitetur, aut detegatur ipſius periurium. Octaua declaratio † eſt, non eſſe ac- 9
quieſcendum deferenti iuramentum, ſi hoc modo ius actoris pro parte exhauriri poſſit, vt in caſu legis, *eum qui 30. ff. de iureiuran.* Si enim actio ex inficiatione creſcat, & actor paratus ſit, plene probare ſuam intentionem, iuramentum ſuſcipere, & ita cauſſam decidere non cogetur. Nona † declaratio 10
eſt, vt ex qualitate iuriſiurandi id nonnunquam conſtituatur, *l. 34. §. ſi de qualitate, & §. non ſemper.* Vnde edocemur ex præſenti noſtro §. hanc iuramenti delationem in iudicio ab actore reo, vel contra factam non alias vim habere, quam ſi a iudice approbata fuerit. Ipſius enim eſt, ſi de conceptione iuramenti aliqua difficultas oriatur, eam auctoritate ſua componere. Bald. *hic n. 3. Cache. dec. Pedem 60. n. 9. Stiatic. in pract. iudic. c. 20. nu. 57. Marant. in ſuo ſpecul. parte 6. act. 9. num. 23.* Hinc Iaſ. illud ipſum notabili exemplo illuſtrat,

Digitized by Google

11 ſtrat, *d. l. manifeſte, n. 7.* quid ſi, inquit is, qui † remotis arbitris a te ſolo pecuniam mutuo acceperat, tibi ſoli reſtituerit, & tu, vel heres tuus nō ſuper reſtitutione, ſed numeratione mutui iuramentū deferatis, hic nihil peccati cōmittere patronum, qui ei auctor ſit, vt ad hūc modū iuret: Si aliquid mihi mutuaſti, id me tibi reddidiſſe iuro, iuxta doctrinā gloſſæ *l. ſi quidem, infr. de except.* Vel iuro, quod mihi nihil mutuaſti, ex quo ſim tibi debitor, ſecūdum ea, quæ ſcripta reliquerūt Imola & Gemin. poſt Pet. de Anch. *in c. cupientes, in prin. ſuper gloſſ. in verb. malignantium, de elect. in 6. & Barthol. Veronenſ. cautel. 89.* Incumbere aūt officio iudicis, vt perſpectis rerum & perſonarum circumſtantiis talē cautelam admittat, vel iuriſiurandi neceſſitatē ita periclitāti condonet. Accedant Alciat. *in l. 1. §. ſi quis ſimpliciter, n. 74. ff. de verb. oblig. Bald. in rubric. infr. de fi. l. inſtrum nu. 54.* vbi exiſtimat, illum negare poſſe mutuum, *Alexan. ibid. in addit. idem Alex. in l. qui totam, 45. ff. ad SC. Trebell. n. 4. Andr. Tiraq. de retract. conſang. in princ. n. 70. Didac. Couar. var. reſolut. lib. 1. c. 2. n. 3. arg. l. cum pater, 77. §. Titio, ff. de legat. 2.* Nec enim videtur, ait Iuriſconſultus, dolo feciſſe, qui fraudem excluſerit, *item c. dominus, & ibid. gloſ. in verb. ex inſidiis, 23. q. 2. accedit l. quotiens, ff. de*
12 *reg. iur.* Decima † cauſſa recuſandi iuramentum eſt, ſi is, qui hoc deſiderat, prius de calumnia non iurauerit, *l. iuſiurandum & ad pecunias, 34. ff. de iureiurand. l. cum de indebito, §. in omnibus, ff. de probat. l. ſi non fuerit, 37. ff. de iu-*
13 *reiur.* Vndecima † cauſſa eſt, ſi quis ſemel detulerit iuſiurandum, & deinde reuocet, *l. ſi quis iuſiurandum, ſupr. eod.* Duodecima cauſſa eſt, ſi actor plene intentionem ſuam antea probauerit, *arg. c. 2. ext. de probat.* aliud autem obtinere, auctore Iaſone *in d. §. manifeſte, n. 3. verſ. tertio quæro item. Purpurato ibid. nu. 13. Curtio iuniore nu. 8. Boerio deciſ. 95. nu. 2. Cacherano deciſ. Pedemonta. 11. n. 2.* Si nondum probatio facta eſſet, ſed actor paratus eſſet ple-
14 ne probare. Decimotertio † is quoque recte iuſiurandum detrectat, cui pars aduerſa poſt concluſionem in cauſſa tale iuramentū defert, *Bart. l. admonendi, nu. 60. Iaſ. n. 318. Caccialup. n. 242. Andr. Gail obſeru. 108. num. 2.* vbi cōmunem opinionē eſſe teſtatur. Dixi, *ſi pars parti deferat.* Nam in iudice quid ſentiā, non diſſimulaui, *l. 3. hoc noſtro tit.* Hæc de cauſſis, ex quibus iuſiurandum recuſari poſſit, dixiſſe ſufficiat. Neq; eſt, quod quem in contrarium moueat textus noſter, qui ſimpliciter videtur concedere, vt poſſit recuſare tale iuramentum: quamuis nulla iuſta cauſſa id faciendi comprehendatur. Senſus enim † le- 15
gis eſt, inuitum non poſſe compelli, vt id faciat, ſed ſuccedere effectum iuris, vt pro cōuicto habeatur, quod idem puto admittendum, ſi iudex cauſſam ab eodem allegatam, pro idonea nō habuerit. Porro in cauſſa appellationis poterit iudex ſuperior, ſi quid iniquitatis commiſſum erat, corrigere, & recuſanti ius auxilii ſui expedire, vt tradit noſter textus, & cōfirmant interpretes in præſenti §. *Bartolus num. 4. Baldus nu. 9.* vbi oſtendunt, cauſſæ † allegationem in prima inſtan- 16
tia omiſſam poſſe ſuppleri in proſecutione appellationis, *l. eos, § 1. infr. de appellat.* ſed negotium faceſſit clement. *appellanti, de appellat.* quæ in appellatione a ſententia interlocutoria requirit deſignationem cauſſarum. Quare Sichard. *hic num 4.* ita hunc ſcrupulum eximendum ſtatuit, vt in prouinciis imperio ſubiectis, ius ciuile, in pontificia ditione ius canonicum ſequamur: quæ declaratio ſatis periculoſa eſt. Si quod ordinatione tribunalis Spirenſis comprehenſum eſt *lib. 3. cap. 31. §. 10* ſpectare velimus.

§. Hæc de præſentibus.

SVMMARIA.

1. *Cum iuramentum defertur, perſona domini exigitur, & rationes.*
2. *An per procuratorem hæc res explicari poſſit, pugnantes ſententiæ conſiderata.*
3. *Iudicem ex circumſtantiis ſtatuere poſſe, vt perſona principalis præſentiam ſui facere cogatur.*
4. *Eſſe in arbitrio iudicis, an curare velit, vt partes ad ſe veniant, an vero in prouinciis tale iuramentum ſubeant.*
5. *Cuius expenſis hic actus explicari poſſit, aut debeat.*
6. *Si ab vno articulo cauſſæ appelletur, non inhibebitur propterea cognitio aliorum articulorum.*

QVamuis cuique liberum ſit, per ſe, aut alium negotia ſua explicare, & iudicia proſequi, *l. 1. §. vſus, ff. de procurat.* tamen ſi tractetur † de iureiurando, perſona domini 1
exigitur, *l. 2. §. ſin autem abſuerit, & authent. principalis, ſupr. de iuram. calum.* Qua de cauſſa etiam Imperator idem requirit in præſenti ſanctione, vbi agitur de iureiurando veritatis. Nam & antea admonui, ad illuminandam rei geſtæ fidem diligentem inquiſitionem iudicis plurimum facere, *l. de minore, §. penult. ff. de quæſt. l. 3. §. eiuſdem, ff. de teſtibus.* Hinc Baldus *hic num. 2.* negat, hunc actum expediri poſſe † per procuratorem, ſi ius ci- 2
uile ſpectemus. Diſſentit Salycetus *numer. 8.* Sichardus *num. 3.* & paſſim alii, Etenim ani-

Digitized by Google

maduertimus, aliud cautum eſſe in iuramento calumniæ, vbi procurator, ſi mandatum ſpeciale habet, admittitur, *cap. final. de iuramento calumn. in 6. cap. penult. extr. de iurament. calum.* eodem referri poteſt *cap. 1 §. perſonam, per quos fiat inueſtitura, cap. 1. §. nomina, de pace conſtant. & ibidem Bald. num. 2. Bartol. l. 2. §. ſin autem, num. 1. C. de iureiuran. propt. cal. dand. And. Gail lib. 1. obſeruat. 83. num. 1.* vbi ait, id olim controuerſum fuiſſe, ſed hodie expeditum, loquens ſcilicet de iuramento calumniæ, oſtendens, ſtylum conſiſtorii Spirenſis cum hac interpretatione conuenire. Quam opinionē cum inualuiſſe videamus, non eſt, quod fruſtra luctemur. Si tamen veritatem in conſilium adhibere velimus, Baldi ſententia prælucebit, cum non loquatur de iure canonico, neque feudali. Communis tamen doctorum expoſitio admitti cum illa moderatione poteſt, cuius mentionem
3 facit Salyc. † hic, qui auctor eſt *num. 8. verſic. ego puto, quod iudex ex cauſſa poſſit ſtatuere*, vt ſui præſentiam principalis cogatur facere, ſi ſcilicet circumſtantiæ hoc ſuadeant, *argum. l. final. ſupr. de procurat. & ibidem gloſſ. in verbo, iuſtiores, Bart. ibid. num. 1. Bald. num. 4. Caſtr. n. 2. Salyc. num. 1. Iaſon num. 3. & 4. Felin. in c. 1. extra de re iudic. Brunus conſ. 114. num. 363. Sichar.*
4 *hic nu. 4.* Committitur autem iudicis † arbitrio, an velit curare eundē, ſi abſit certis indiciis datis, accerſi, an vero, ſi in longinquo ſit, id magiſtratibus eius loci delegare velit, vt ſcilicet ſub actorū teſtificatione iuramentum ab eodem detur, vel referatur, vel denique recuſetur, vt ſingulis caſibus euentus in hac lege definitus, imponatur. Sciendum tamen eſt, citationem, vel monitionē aduerſæ partis, vt adeſſe poſſit in ipſa iuramenti præſtatione, neceſſariam eſſe. Quod quamuis hac lege diſerte nō exprimatur, cum ait, *hanc licentiam parti alteri dandam eſſe, vt poſſit ad eundem actum occurrere.* Tamen id colligimus ex aliis legibus, *vt l. de vnoquoque, ff. de re iudic. & l. iudices, infr. de fid. inſtr. auth. ſed etſi quis, inf. de teſt.* quod & ipſum obſeruauit hic
5 Bart. *n. 3.* Sichard. *n. 8.* Relinquitur † præterea definitioni iudicis, cuius expenſis hic actus explicari debeat. Et quãuis Bald. exiſtimet, illum hos ſumtus agnoſcere debere, qui deſiderauit, vt id in remoto loco fieret, *argu. l. quoniã liberis, inf. de teſtib. l. cum ſæpe de erogat. militar. annon. lib. 12.* & in eandem ſententiã etiã inclinet Salyc. dum ait, has expenſas abſenti ex ea cauſſa adſcribēdas, quod nō opus fuiſſet, iiſdē, ſi alter in iudicio ſui poteſtatem feciſſet: tamen multæ circūſtantiæ occurrere poſſunt, ex quibus contrarium ſtatuendū ſit. Vltimo ſingularis eſt huius §. deciſio in explicando effectu appellationis ab vno articulo interpoſitæ, non propterea † inhiberi 6
cognitionem aliorum articulorum, ſiue cōtrouerſiarum, quibus prior articulus præiudicare non poterat, *Bart. hic n. 5. Alex. in add. Salyc. circa fin. Bald. n. 6.*

§. In omnibus.

SVMMARIA.

1 *Ex perſonarum conditione aut dignitate ſtatuendū, an iuramentum in iudicio præſtandum ſit.*

2 *Conſilium legiſlatoris non fuiſſe, vt ea, quæ de iureiurando cauta eſſent, corrigeret, ſed vt ſuppleret.*

QVod ſuperiore §. diſpoſitū erat, ſub ipſo iudice hoc iuramentū pręſtandū eſſe, id præſēs † definitio ita moderatur, vt ſecundū 1
perſonarū qualitatē id in loco iudicii, ſiue in ædibus fieri poſſit, tactis ſacroſanctis Euangeliis, vel alio modo. Si eñ a perſonis egregiis huiuſmodi iuramentū exigatur, aut iis, qui valetudine impediuntur, domū mitti oportet ad iurandū, *l. ad perſonas, 15. ff. de iureiu.* quo pertinet authent. *Sed iudex, ſup. de epiſ. & cler.* quæ declarat, quid obtineat in epiſcopo & ſacerdote, ſcilicet, iudicē mittere nonnullos de ſuis miniſtris debere, vt propoſitis ſacroſanctis Euãgeliis, ſecundum quod decet, ſacerdotes dicant ea, quæ nouerint: non tamen iurent, quod ſane nō dubito faciendū, ſi tractetur de iuramento teſtis. Vtrum aũt illud generaliter ẽtiã in caſu noſtro procedat, conſuli interpretetes poterunt. Eodem pertinet auth. *principales, ſup. de iureiur. propt. cal. dand.* vbi etiã in muliere peculiare eſt, vt in propriis ædibus huiuſmodi iuramentum ſubeat. Ex fine noſtræ legis intelligimus, nō fuiſſe Imperatoris † conſilium, vt ea, quæ de 2
iureiurando propter calumniam dando, atque in aliis legibus ſtatuta ſunt, corrigeret: ſed quæ deeſſe viderentur, ſuppleret: item, obſcuriora ſua interpretatione illuſtraret, *l. ſi quando, ſupr. de inoffi. teſtam. l. præcipimus, inf. de appell. l. fin. infr. de ædific. priuat.*

Lex finalis.

SVMMARIA.

1 *Singularis caſus, in quo iuramento non obſtante repetitioni locus ſit.*

2 *Ratio quare controuerſia iureiurando determinata, prolatis teſtamenti tabulis poſſit reſuſcitari.*

3 *Sæpe conſtitutiones nouas promulgari ad tollendam ambiguitatem, quæ ex re non bene percepta oriri poſſit.*

4 An

Digitized by Google

4 *An fauor vltimæ voluntatis in propoſita quæſtione ſit conſiderandus.*

5 *An idem probandum ſit in teſtibus, ſi per eoſdem de veritate rei geſtæ quis docere velit.*

LEx 1. & 2. definitur, iuramento ſemel delato & præſtito, non amplius retractatio-
1 ni locum eſſe: hic autem ſingularis caſus † occurrit, in quo pecunia, quæ ex iureiurando delato & præſtito perſoluta fuit, repetitur. Ratio in textu redditur, ne quis ex periurio & delicto ſuo impium emolumentum ſentiat. Sed, *nunquid hæc ratio etiam in ceteris caſibus locum habeat? vt idem quoque ius admitti debeat?* L. ex, *illud. ff. ad leg. Aquil. l. regula, §. fin. ff. de iur. & fact. ign.* L. ex *A Titio, ff. de verb. obl. gloſ. in verb. lucrum, & gloſſam ſecuti Baldus nu.*
2 *3. Fulgoſ. nu. 1.* exiſtimant, † id propterea fieri, quod talis ſit natura teſtamenti, vt quemadmodum tranſactio niſi inſpectis & cognitis verbis teſtamẽti, non valet, *l. de his, C. de trãſact.* ita etiã nec iuramentũ, quod ex delatione ſubſecutũ ſit, cum iuramentũ vim tranſactionis habeat. Hanc ſolutionem impugnat Donell. q̃ illa admiſſa conſequens quoq; videatur, non opus fuiſſe noua conſtitutione Iuſtiniani. Sed non perpẽdit Donell. ad tol-
3 lendam † dubitationẽ, quæ ex re non bene pcepta oriri poſſit, ſæpe ferri conſtitutiones *l. fin. infr. de indict. vid. toll. l. generaliter, hoc tit.* Deinde magnã eſſe iuriſiurandi venerationẽ, *d. l. 1. & 2. ſup. h. t. l. 1. ſupr. ſi aduerſ. vend.* ita vt iudices merito fluctuare potuerint. Quãuis enĩ iuſiurandũ ad tranſactionis naturam accedat: nõ tamen ſequitur par vtrobiq; ius eſſe. Deinde, ne illud quidẽ expeditũ erat, tranſactionẽ non inſpectis verbis teſtamẽti interpoſitũ, ſi iuramentũ acceſſiſſet, nullius eſſe momenti. Merito itaq; talis quæſtio de-
4 finienda fuit. † Aliena igitur a mente legis cenſeri debet ab illo allata ratio, fauorẽ vltimæ voluntatis id impetraſſe, cum hæc condictio pertineat ad reſolutionem eius, quod ex voluntaria conuentione proceſſerat, & quiſq; ius ſuum deterius conſtituere poſſit, *l. pen. ſupr. de pact.* Longe alia igitur conſideratio id effecit, euidentia ſcilicet rei, quæ oculis obuerſetur, *arg. § fin Inſtit. de grad. cognat. c. fraternitatis, de frigidis & maleſ.* & horũ monumentorum incorrupta fides, *arg. l. teſtium, infr. de teſtib.* Vnde æquiorem eidẽ Donello me præbiturus ſum in ſequẽti quæſtione, an
5 idem obtineat, ſi teſtes † quis velit producere, per quos de veritate rei geſtæ doceat, & obtinere concludit gloſ. *in verb. manifeſtum, Bart. n. 3. Salyc. n. 1.* Diſſentit Donellus & ante illum Folgoſ. & Placentin. & nõnulli alii, & hoc definitioni legis magis conſentaneũ arbitror, cum negatiua per inſpectionẽ teſtamenti facile probari poſſit, tanquam circumſcripta membranæ verbis, *vt docent glo. Bart. n. 1. Bald. n. 6. Fulgoſ. n. 3. Salyc. n. 2.* Sed nõ tam facile hæc in teſtibus procedunt, cum quædam aduertiſſe non potuerint, & memoria eorum labilis ſit.

Ad tit. 2. Si certum petatur.

SVMMARIA.

1 *An tituli inſcriptio definitum nomen actionis, an factum duntaxat complectatur.*

2 *Quæ actio ex hoc titulo, ſi de mutuo tractetur, deferatur, an condictio generalis, an vero ſpecialis.*

3 *Auctores & argumenta illorum, qui defendũt duntaxat vnam condictionem eſſe certi, generalem.*

4 *Auctores & argumenta contrariæ ſententiæ, quod duæ ſint cõdictiones; vna generalis, altera ſpecialis.*

5 *Defenſores tertiæ ſententiæ, quod vna, ratione mutui ſit condictio ſpecialis.*

6 *Vtilitates præſentis inueſtigationis.*

7 *Confirmata ſententia communis, quod duæ ſint condictiones, vna generalis, alia autem ſpecialis.*

8 *Genus & ſpeciem ſeparata cenſeri; & quomodo?*

9 *Quare legiſlatores actionem ex mutuo naſcentem, ſpeciali nomine non diſtinxerint, vt ceteras actiones?*

10 *Multas res eſſe, quæ pronuntiationem generis & ſpeciei retinuerint.*

11 *An condictio certi generalis in his, quæ pondere, numero, & menſura conſtant, certa ratione proponi poſſit, quæ condictio ſpecialis locum non habeat.*

12 *In dubio condictionem certi ſpecialem motam videri, & quare.*

13 *Effectus huius conſiderationis.*

14 *Definitio mutui ſecundum Bartolum.*

15 *Expedita facultas, quæ a Fulgoſio mota eſt circa definitionem.*

16 *Difficultas alia ex l. Lucius, ff. depoſiti, ſublata.*

SVnt, qui putent, hanc † inſcriptionem, ſi 1
certum petatur, nomen definitæ actionis continere, *vt l. 1 ff. de triticar. act. l. 1 ff. de interrog. act.* ſed potior videtur illorũ ſentẽtia, qui ſtatuunt, his verbis factum comprehendi, & tacite ſignificari ſub hoc titulo explicari illas quæſtiones iuris, quę ad huiuſmodi factum referri poſſunt, idq; adeo in multis titulis etiam euenire animaduertimus, vt digeſtis, ſi vſusfructus petatur, ſi ſeruitus vindicetur, ſi menſor falſum modum renuntiauerit: Item ſupra *lib. 2. ſi tutor vel curator interuenerit,* ſi aduerſus rem iudicatam reſtitutio poſtuletur, ſi aduerſus venditionem, ſi aduerſus donationem, ſi aduerſus tranſactionem, & infinitis aliis in titulis. Quod ipſum cum ſatis expeditum ſit, ita ſane magnæ cõtentionis eſt, quæ actio † ex hoc titu- 2

Digitized by Google

lo, ſi de mutuo diſceptetur, deferatur, vtrum condictio certi, quam generalem vocant, an vero & alia, quæ ſpecialis ſit, & quæ ad ſolam mutui cauſſam accommodari debeat.
3 Enimuero vnam eſſe † condictionem, eamque generalem conſtituunt Petr. de Bellapert. Guilielm. Cuman. Iacob. de Aren. Iacob. de Bellouiſo, Iacob. de Butr. relati a Salyceto *hic nu.2.* Præterea Cynus *hic in rubric. huius tit.* Fulgoſ. *num.1. & 2.* Zaſius *l. certi condictio. num.10. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* Portius *in princ. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. n.11. & ibidem Petr. Ricciard. num.250. Vacon. lib.3. decl. 96. Paul. Caſtr. l. certi condictio, Ioan. de Prato n. 2.* Mouentur his potiſſimũ argumentis. Primo, quod diuerſitas actionum cognoſcatur ex medio concludendi, *l. iuriſgentiũ, §.1. item l. non debet, in fin. ff. de dol. mal. c. litera, extr. de dilat.* Sed hic vnum medium concludendi exſiſtere, quod ſcilicet certum petatur. Ergo etiam vnam actionem inde dari, *l. licet, §. obligatio, ff. de procurat.* Secundo, quod leges noſtræ non ſolẽt indulgere ſuperfluas actiones, *l.1. §. fin. ff. de calumniat. l. qui bis, ff. de verb. oblig.* vbi qui bis idem ſtipulatur, vnam ſolum actionem habet, *l. heredes, §. de pluribus, ff. famil. erciſc.* maxime, ſi ſint eiuſdem poteſtatis & formæ, *vt hic.* Tertio, quod iura loquẽtia de certi condictione, concepta ſunt in numero ſingulari, ideo non poſſunt referri ad plura, *l. fin. ff. ad SC. Trebell. & l. vbi numerus, ff. de teſtib.* per argumentũ a contrariis. Quarto, quod quæ diſtant effectu, ſolent etiam diſtingui nominibus, *l. ſi idem, C. de codicill.* Sed hæc talem diſtinctionem nõ habent. Quinto, quod de hac re ſit textus expreſſus *in l. certi condictio, §. quoniam, ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* Sexto, certi condictio generalis & ſpecialis non differunt inter ſe, neq; origine, cum eadem ſit, puta certũ, nec materia, quæ etiam eſt eadẽ, contractus ſcilicet re inſtitutus, nec forma agendi, *vt antea dictum,* nec etiã fine, cum vtrobiq; ad eundem finẽ agatur. Septimo ad cõciliationem ſpeciei opus eſt differentia, maxime propria, quæ illã conſtituat, *l. ius ciuile, ſup. de iuſt. & iur.* vt animaduertere licet in animali. Ad conſtituendã enim ſpeciẽ hominis requiritur differentia, maxime propria: quod ſit animal rationale, quod in certi condictione, quam ſpecialẽ vocãt, non euenit. Octauo Zaſius *d. l. certi condictio, n.10.* dum cõmendat hanc ipſam opinionẽ, ita argumentatur: *Tu breuiter dicas, opinionẽ vltramontanorum eſſe verã, & indubitatã, quod tantũ vna ſit certi condictio generalis, quæ tamen ſub ſe multas ſpecies habeat, vtpote ſpeciales actiones tanquã genus, quod ſpecies cõtinet. Et ſic intelligitur Imperator d. tit. quib. mod. re contrah. oblig. certi condictionẽ dari ex mutuo, verũ eſt, ſpecialẽ, quæ contineatur ſub genere. Nã, vt poſtea ex ordine dicetur, certi condictio generalis concurrit cũ omni actione, ex qua certũ petitur. Vnde ſicut genus non ſeparatur a ſpeciebus, ſed cõtinet ſpecies in ſeſe, ſicut animal hominẽ & brutũ, ita in propoſito hoc genus nõ ſeparatur a ſpecialibus actionibus, id eſt a ſuis ſpeciebus: & hoc patet ad ſenſum, nec eget probatione. Eſt igitur vna certi condictio, quæ in ſuo genere vna eſt, ſed multiplex in ſpecieb. quod poſtea declarabitur. Denique, cum genus ſit quiddam intellectuale, vt dicit Bal. in l. incendiũ, C. eo. tit. non poteſt venire in ciuile cõmercium, niſi per ſpecies, & ſic vera eſt opinio Gallorũ, excepto, &c.* Eadẽ pene, nulla Zaſii mẽtione facta, tradidit Pet. Ricc. *Inſtit. quib. mod. re contrah. obl.* in hęc verba: *Ego tamen, vt libere loquar, in ea ſum opinione, quod vnica ſit certi condictio.* Ait itaq; vnã eſſe tantũ certi cõdictionem in genere, quæ ſub ſe continet plures ſpecies: ſicut plures ſunt cauſſæ, ex quibus certũ peti poteſt, videlicet certi condictio ex ſtipulatu, *l. certũ, ff. de reb. cred. ſi. cert. pet.* Certi condictio ex teſtamento, *l. non ſolũ, §. pen. ff. de liber. leg.* Subnectit deinde omnes idem ante ſenſiſſe Ludou. Bologn. quamuis dubitanter, & poſtea nonnullos alios.

Contrariæ ſentẽtiæ auctores, q; duæ † ſint condictiones, vna generalis, altera ſpecialis, 4
ſunt gloſſ. *ff. in rubr. ſi cert. pet. gl. in l. certi cõdictio, ff. eo. item Inſt. de oblig. quæ re contrah. Bart. d. l. certi condictio, 9. nu.3. Iaſ. nu 12. Alciat. n.22. Bartholom. Soc. n.9. & n.14. Dec. n.2. & 3.* & illã magis cõmunem teſtatur Bolog. *in rubr. eiuſdem tit. nu.38.* Fundamenta, quorum fiducia in hanc ſententiã conceſſerunt, pro inſigni parte ſubiicimus. Primo adducitur text. *Inſt. de oblig. quæ re contrah.* in hæc verba: *Et ex eo contractu naſcitur actio, quæ vocatur condictio, cum antea de cauſſa mutui diſſeruiſſet.* Dictio aũt *ex*, cauſſam proximam deſignat, *l. ex eo tempore, §. fin. & ibi Bart. ff. de pecul.* Secundo affertur textus *l.1. ff. de condict. triticar.* qui certam pecuniam numeratã petit, illa actione vtetur, ſi certum petetur, qui aũt alias res, per triticariam condictionem petet. Tertio Bartolus ita argumentatur: Ex medio concludẽdi cognoſcitur diuerſitas actionis, *l. nõ debet, ff. de dol. mal.* Porro ſi in certi cõdictione generali mediũ cõcluſionis eſt, *quia certũ, ideo peto, &c.* In cõdictione ſpeciali medium cõcludendi eſt, *q a mutuo dedi, ergo, &c.* Quarto mo-

Digitized by Google

to mouetur idẽ Bartolus,quod ſicut omnes alii contractus nominati, & iuris gentium, habent actionem ſpecialem, vt patet in depoſito,commodato,& aliis, & nihilominus decernitur condictio generalis, ideo inconueniens videri, ſi actio ex mutui numeratione profecta, ſpeciali nomine careret. Quinto,quod quemadmodum is,qui indebitum ſoluit, re contrahit obligationem, §.*is quoque. Inſtitut. de obligat. quæ re contrah.* & nihilominus habet duas actiones, condictionem certi generalem,item ſpecialem actionem, ſcilicet condictionem indebiti, *leg. 9. ff. de rebus credit. leg. prima, & tot. titul. ff. de condictio. indebit.* ita quoque hoc ipſum probari debeat in actione, quæ ex mutuo naſcitur. Sexto, Baldus *in rubric. noſtri titul.* alio argumento vtitur, quod genus non excludat ſuam ſpeciem, *l. 1. ff. de adopt.* Septimo, quod prouiſio generalis non excludat ſpecialem, ſed potius diuerſum pro-
5 cedat, *l. ſanctio legum. ff. de pœnis.* † Non deſunt,qui tertiam opinionem defendunt, eſſe ſolam vnam condictionem, ſed ſpecialem, *vt Thobias Nonius, in princip. Inſtitut. quibus modis re contrah. obligat. numer. 48.* Primo,quod certi condictio generalis inueniri nequeat. Secundo, quod illud coarguat medium concludendi. Non enim ita concludimus,quia certum ſimpliciter, ſed opus etiam eſt adiicere cauſſam remotam, quia mutuatum,quia venditum,legatum, &c. *d. l. certi condictio.* Ergo talem actionem intentatam non eſſe generalem, ſed ſpecialem, *arg. l. in agris. ff. de acquir. rer. dom.* idem quoque ſentire videntur nonnulli alii auctores relati a Petro Ricciard. *dict. loco, num. 250.* ita quoque poteſt intelligi Cuiacius *in ſuis paratit.* dum ait: *fateor creditum dici κοινῶς obligationem omnem, & ἰδίως obligationem ex contractu, ſed ἰδιαιτάτως obligationem ex mutuo, & creditorem eum, qui pecuniam mutuam dedit, ceteros haberi creditorum loco, l. 10. & 11. de verborum ſignificatio.* Priuſquam in hac opinionum conflictatione, quid meæ ſententiæ ſit, expediam, e re facturum me eſſe exiſtimaui, ſi excuterem, an huic inueſtigationi ſua vtilitas conſtare poſſit. Et quidem Bar. *d. l. certi condict. n. 4.* duos effectus huius rei oſtendit, qui ſane cum nõ ſint adeo magni momẽti, ſatis habeo lectorẽ eo reieciſſe. Tertius aũt effectus eſt ſecundum nonnullos Doctores, quod cum ex cõdictione furtiua quædam infamia inferatur, illud ceſſet in condictione certi, *l. ceſſat ff. de obligat. & actio.* Sed hic effectus quamuis ſit notabilis, ſi conferatur cum illis actionibus, quæ infamiam conflare ſolent, tamen non poteſt accommodari ad præſentẽ inſpectionem, cum condictio certi ſpecialis in ea conditione non ſit. Quartum effectum hoc loco tradit Baldus, quod is, qui intẽdat actionem ſpecialem, inſtituat illam cum ſuis priuilegiis & præceptis ſingularibus, *l. ſingularia. ff. de reb. credit. ſi cert. pet.* Aliud autem obtinere in cõdictione generali: Sed hunc effectum impugnat Iaſon, *l. certi condictio. num. 12.* quod is non actioni ſit attributus, ſed contractui, *d. l. ſingularia.* Porro Alberic. *in l. ſi a furioſo. ff. de reb. cred.* verum & neceſſarium effectum ſe deprehendiſſe confidit. Statuit enim ad deferendam certi condictionem ſpecialem non ſolum requiri numerationem pecuniæ, ſed etiam verum vtriuſque partis conſenſum, *l. mutum. ff. de rebus cred.* Quod ſi vero ſola numeratio & ſecuta conſumtio nobis actionem tribuat, *vt in l. ſi a furioſo, & l. certi condictio. §. quoniam, & ſimilibus,* hic non poſſe nos confugere ad condictionem certi ſpecialem, ſed generalem, quo referri poſſit doctrina Baldi *in l. edita, in 4. columna ſupra. de edend.* dum contendit, certi condictionem ſpecialem non cõcludere, niſi in mutuo naturali, cuius ſententiam refert & ſequitur Iaſon *dict. l. certi condictio num. 12. circa fin.* Sed hæc differentia commendat vtilitatem condictionis generalis, non autem ſpecialis. Porro, ne quidquam omittamus, quod ad cauſſam pertineat, aliũ effectum huius diſtinctionis, videtur oſtendere Bart. *d. l. certi. nu. 35.* & Bartolum in lectura antiqua ſecutus Bald. *n. 17.* Ang. *n. 3.* Alciat. *n. 28.* Decius *n. 17.* quod cõdictio certi ſpecialis oriatur ante diem obligationis, quamuis obſtet exceptio, non aũt condictio generalis, *l. certi condictio. ff. de reb. cred.* cum propter interuſurium medii temporis non poſſit recipere ſuã certitudinem, *arg. l. ſi conſtante. §. quoties. ff. ſol. matr. & l. 1. §. diem. ff. de eden.* ſed & hanc differentiã repudiat Bal. *in rubr. huius tit. n. 9.* Barth. Soc. *in l. certi condictio. nu. 21. Iaſ. nu. 38.* ex rationibus, quas apud eos deprehẽdere licet, maxime *l. mandatum. ff. mandat.* His bene ponderatis animaduertimus eſſe quidẽ aliquos effectꝰ, ſed dubios & non tam magni momenti: refert tamen plurimum ad ſolennem & congruentem libelli conceptionem. Qua de 7
cauſſa, ſi quid mei iudicii ſit, expromere liceat, exiſtimo mediã eamq; cõmunem ſen-

Digitized by Google

lo, ſi de mutuo diſceptetur, deferatur, vtrum condictio certi, quam generalem vocant, an vero & alia, quæ ſpecialis ſit, & quæ ad ſolam mutui cauſſam accommodari debeat.

3 Enimuero vnam eſſe † condictionem, eamque generalem conſtituunt Petr. de Bellapert. Guilielm. Cuman. Iacob. de Aren. Iacob. de Bellouiſo, Iacob. de Butr. relati a Salyceto *hic nu. 2.* Præterea Cynus *hic in rubric. huius tit.* Fulgoſ. *num. 1. & 2.* Zaſius *l. certi condictio. num. 10. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* Portius *in princ. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. n. 11. & ibidem Petr. Ricciard. num. 250. Vacon. lib. 3. decl. 96. Paul. Caſtr. l. certi condictio, Ioan. de Prato n. 2.* Mouentur his potiſſimũ argumentis. Primo, quod diuerſitas actionum cognoſcatur ex medio concludendi, *l. iuriſgentiũ, §. 1 item l. non debet, in fin. ff. de dol. mal. c. literæ, extr. de dilat.* Sed hic vnum medium concludendi exſiſtere, quod ſcilicet certum petatur. Ergo etiam vnam actionem inde dari, *l. licet, §. obligatio, ff. de procurat.* Secundo, quod leges noſtræ non ſolẽt indulgere ſuperfluas actiones, *l. 1. §. fin. ff. de calumniat. l. qui bis, ff. de verb. oblig.* vbi qui bis idem ſtipulatur, vnam ſolum actionem habet, *l. heredes, §. de pluribus, ff. famil. erciſc.* maxime, ſi ſint eiuſdem poteſtatis & formæ, *vt hic.* Tertio, quod iura loquẽtia de certi condictione, concepta ſunt in numero ſingulari, ideo non poſſunt referri ad plura, *l. fin. ff. ad SC. Trebell. & l. vbi numerus, ff. de teſtib.* per argumentũ a contrariis. Quarto, quod quæ diſtant effectu, ſolent etiam diſtingui nominibus, *l. ſi idem, C. de codicill.* Sed hæc talem diſtinctionem nõ habent. Quinto, quod de hac re ſit textus expreſſus *in l. certi condictio, §. quoniam, ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* Sexto, certi condictio generalis & ſpecialis non differunt inter ſe, neq; origine, cum eadem ſit, puta certũ, nec materia, quæ etiam eſt eadẽ, contractus ſcilicet re inſtitutus, nec forma agendi, *vt antea dictum,* nec etiã fine, cum vtrobiq; ad eundem finẽ agatur. Septimo ad cõciliationem ſpeciei opus eſt differentia, maxime propria, quæ illã conſtituat, *l. ius ciuile, ſup. de iuſt. & iur.* vt animaduertere licet in animali. Ad conſtituendã enim ſpeciẽ hominis requiritur differentia, maxime propria: quod ſit animal rationale, quod in certi condictione, quam ſpecialẽ vocãt, non euenit. Octauo Zaſius *d. l. certi condictio, n. 10.* dum cõmendat hanc ipſam opinionẽ, ita argumentatur: *Tu breuiter dicas, opinionẽ vltramontanorum eſſe verã, & indubitatã, quod tantũ vna ſit certi condictio generalis, quæ tamen ſub ſe multas ſpecies habeat, vtpote ſpeciales actiones tanquã genus, quod ſpecies cõtinet. Et ſic intelligitur Imperator d. tit. quib. mod. re contrah. oblig. certi condictionẽ dari ex mutuo, verũ eſt, ſpecialẽ, quæ contineatur ſub genere. Nã, vt poſtea ex ordine dicetur, certi condictio generalis concurrit cũ omni actione, ex qua certũ petitur. Vnde ſicut genus non ſeparatur a ſpeciebus, ſed cõtinet ſpecies in ſeſe, ſicut animal hominẽ & brutũ, ita in propoſito hoc genus nõ ſeparatur a ſpecialibus actionibus, id eſt a ſuis ſpeciebus: & hoc patet ad ſenſum, nec eget probatione. Eſt igitur vna certi condictio, quæ in ſuo genere vna eſt, ſed multiplex in ſpecieb. quod poſtea declarabitur. Denique, cum genus ſit quiddam intellectuale, vt dicit Bal. in l. incendiũ, C. eo. tit. non poteſt venire in ciuile cõmercium, niſi per ſpecies, & ſic vera eſt opinio Gallorũ, excepto, &c.* Eadẽ pene, nulla Zaſii mẽtione facta, tradidit Pet. Ricc. *Inſtit. quib. mod. re contrah. obl.* in hęc verba: *Ego tamen, vt libere loquar, in ea ſum opinione, quod vnica ſit certi condictio.* Ait itaq; vnã eſſe tantũ certi cõdictionem in genere, quæ ſub ſe continet plures ſpecies: ſicut plures ſunt cauſſæ, ex quibus certũ peti poteſt, videlicet certi condictio ex ſtipulatu, *l. certũ, ff. de reb. cred. ſi. cert. pet.* Certi condictio ex teſtamento, *l. non ſolũ, §. pen. ff. de liber. leg.* Subnectit deinde omnes idem ante ſenſiſſe Ludou. Bologn. quamuis dubitanter, & poſtea nonnullos alios.

Contrariæ ſentẽtiæ auctores, ꝙ duæ † ſint 4
condictiones, vna generalis, altera ſpecialis, ſunt gloſſ. *ff. in rubr. ſi cert. pet. gl. in l. certi cõdictio, ff. eo. item Inſt. de oblig. quæ re contrah. Bart. d. l. certi condictio, 9. nu. 3. Iaſ. nu 12. Alciat. n. 22. Bartholom. Soc. n. 9. & n. 14. Dec. n. 2. & 3.* & illã magis cõmunem teſtatur Bolog. *in rubr. eiuſdem tit. nu. 38.* Fundamenta, quorum fiducia in hanc ſententiã conceſſerunt, pro inſigni parte ſubiicimus. Primo adducitur text. *Inſt. de oblig. quæ re contrah.* in hæc verba: *Et ex eo contractu naſcitur actio, quæ vocatur condictio, cum antea de cauſſa mutui diſſeruiſſet.* Dictio aũt *ex,* cauſſam proximam deſignat, *l. ex eo tempore, §. fin. & ibi Bart. ff. de pecul.* Secundo adfertur textus *l. 1. ff. de condict. triticar.* qui certam pecuniam numeratã petit, illa actione vtetur, ſi certum petetur, qui aũt alias res, per triticariam condictionem petet. Tertio Bartolus ita argumentatur: Ex medio concludẽdi cognoſcitur diuerſitas actionis, *l. nõ debet, ff. de dol. mal.* Porro ſi in certi cõdictione generali mediũ cõcluſionis eſt, *quia certũ, ideo peto, &c.* In cõdictione ſpeciali medium cõcludendi eſt, *quia mutuo dedi, ergo, &c.* Quarto mo-

Digitized by Google

to mouetur idē Bartolus, quod ſicut omnes alii contractus nominati, & iuris gentium, habent actionem ſpecialem, vt patet in depoſito, commodato, & aliis, & nihilominus decernitur condictio generalis, ideo inconueniens videri, ſi actio ex mutui numeratione profecta, ſpeciali nomine careret. Quinto, quod quemadmodum is, qui indebitum ſoluit, re contrahit obligationem, §. *is quoque. Inſtitut. de obligat. quæ re contrah.* & nihilominus habet duas actiones, condictionem certi generalem, item ſpecialem actionem, ſcilicet condictionem indebiti, *leg. 9. ff. de rebus credit. leg. prima, & tot. titul. ff. de condictio. indebit.* ita quoque hoc ipſum probari debeat in actione, quæ ex mutuo naſcitur. Sexto, Baldus *in rubric. noſtri titul.* alio argumento vtitur, quod genus non excludat ſuam ſpeciem, *l. 1. ff. de adopt.* Septimo, quod prouiſio generalis non excludat ſpecialem, ſed potius diuerſum procedat, *l. ſanctio legum. ff. de pœnis.*

5 † Non deſunt, qui tertiam opinionem defendunt, eſſe ſolam vnam condictionem, ſed ſpecialem, *vt Thobias Nonius, in princip. Inſtitut. quibus modis re contrah. obligat. numer. 48.* Primo, quod certi condictio generalis inueniri nequeat. Secundo, quod illud coarguat medium concludendi. Non enim ita concludimus, quia certum ſimpliciter, ſed opus etiam eſt adiicere cauſſam remotam, quia mutuatum, quia venditum, legatum, &c. *d. l. certi condictio.* Ergo talem actionem intentatam non eſſe generalem, ſed ſpecialem, *arg. l. in agris. ff. de acquir. rer. dom.* idem quoque ſentire videntur nonnulli alii auctores relati a Petro Ricciard. *dict. loco, num. 250.* ita quoque poteſt intelligi Cuiacius *in ſuis paratit.* dum ait: *fateor creditum dici κοινῶς obligationem omnem, & ἰδίως obligationem ex contractu, ſed ἰδιαίτατως obligationem ex mutuo, & creditorem eum, qui pecuniam mutuam dedit, ceteros haberi creditorum loco, l. 10. & 11. de verborum ſignificatio.* Priuſquam in hac opinionum conflictatione, quid meæ ſententiæ ſit, expediam, e re facturum me eſſe exiſtimaui, ſi executerem, an huic inueſtigationi ſua vtilitas conſtare poſſit. Et quidem Bar. *d. l. certi condict. n. 4.* duos effectus huius rei oſtendit, qui ſane cum nō ſint adeo magni momēti, ſatis habeo lectorē eo reieciſſe. Tertius aūt effectus eſt ſecundum nonnullos Doctores, quod cum ex cōdictione furtiua quædam infamia inferatur, illud ceſſet in condictione certi, *l. ceſſat. ff. de obligat. & action.* Sed hic effectus quamuis ſit notabilis, ſi conferatur cum illis actionibus, quæ infamiam conflare ſolent, tamen non poteſt accommodari ad præſentē inſpectionem, cum condictio certi ſpecialis in ea conditione non ſit. Quartum effectum hoc loco tradit Baldus, quod is, qui intēdat actionem ſpecialem, inſtituat illam cum ſuis priuilegiis & præceptis ſingularibus, *l. ſingularia. ff. de reb. credit. ſi cert. pet.* Aliud autem obtinere in cōdictione generali: Sed hunc effectum impugnat Iaſon, *l. certi condictio. num. 12.* quod is non actioni ſit attributus, ſed contractui, *d. l. ſingularia.* Porro Alberic. *in l. ſi a furioſo. ff. de reb. cred.* verum & neceſſarium effectum ſe deprehendiſſe confidit. Statuit enim ad deferendam certi condictionem ſpecialem non ſolum requiri numerationem pecuniæ, ſed etiam verum vtriuſque partis conſenſum, *l. mutum. ff. de rebus cred.* Quod ſi vero ſola numeratio & ſecuta conſumtio nobis actionem tribuat, *vt in l. ſi a furioſo, & l. certi condictio. §. quoniam, & ſimilibus,* hic non poſſe nos confugere ad condictionem certi ſpecialem, ſed generalem, quo referri poſſit doctrina Baldi *in l. edita, in 4. columna ſupra. de edend.* dum contendit, certi condictionem ſpecialem non cōcludere, niſi in mutuo naturali, cuius ſententiam refert & ſequitur Iaſon *dict. l. certi condictio num. 12. circa fin.* Sed hæc differentia commendat vtilitatem condictionis generalis, non autem ſpecialis. Porro, ne quidquam omittamus, quod ad cauſſam pertineat, aliū effectum huius diſtinctionis, videtur oſtendere Bart. *d. l. certi. nu. 35.* & Bartolum in lectura antiqua ſecutus Bald. *n. 17.* Ang. *n. 3.* Alciat. *n. 28.* Decius *n. 17.* quod cōdictio certi ſpecialis oriatur ante diem obligationis, quamuis obſtet exceptio, non aūt condictio generalis, *l. certi condictio. ff. de reb. cred.* cum propter interuſurium medii temporis non poſſit recipere ſuā certitudinem, *arg. l. ſi conſtante. §. quoties. ff. ſol. matr. & l. 1. §. diem. ff. de eden.* ſed & hanc differentiā repudiat Bal. *in rubr. huius tit. n. 9.* Barth. Soc. *in l. certi condictio. nu. 21. Iaſ. nu. 38.* ex rationibus, quas apud eos deprehēdere licet, maxime *l. mandatum. ff. mandat.* His bene ponderatis animaduertimus eſſe quidē aliquos effect⁹, ſed dubios & non tam magni momenti: refert tamen plurimum ad ſolennem & congruentem libelli conceptionem. Qua de 7
cauſſa, ſi, quid mei iudicii ſit, expromere liceat, exiſtimo mediā eamq; cōmunem ſen-

Digitized by Google

tentiam præferendam eſſe. Nam plane mihi videntur hæc pugnantia, contendere, quod vna ſit condictio certi eaque generalis, quæ tamen multas ſpecies complectatur, vt emti, permutationis, dotis, donationis, legati, item certi condictio, quam mutuum vocamus, *vt facit Zaſ. Fulgoſ. Ricciard.* aut contra defendere, quod vna ſola ſit eademque ſpecialis, quę tamē participet ſuum genus. Nam illud ingenue fatebor, ſi de re, quæ ſubſiſtat loqui velimus, nullum genus, nullam deniq; ſpeciem in ea cauſſa deprehendi, niſi ſecuti Platonem inanem illam ideam nobis proponere velimus, vt eos, qui vel prima Rudimenta in Dialectica atque Logica poſuerint, præterire non poteſt. Sed quid hæc conſideratio cum præſenti diſceptatione commune habet? vbi quærimus, an interſit inter generalem condictionem, quæ ſeſe exſerat per omnes contractus, in quibus certum verſatur, & inde naſcentes actiones, quas tanquam ſpecies complectatur, & quæ mox in ſuis indiuiduis ſubſiſtentiam, vt ita loquar, nanciſcantur. Exemplo res impedita planior reddetur. Certi condictio, vt genus complectitur actionem, ex emto vel ſpeciem ſuam. Actio ex emto accommodatur ad ſua indiuidua, emimus enim fundum, ædes, iumenta, veſtes, & id genus alia, quæ ex ſui natura ſunt certa, quorum nomine nobis decernitur actio. Idemque etiam in aliis rebus euenire poteſt, vt dote, permutatione, legato, donatione, &c. Contendere autem cōdictionem certi generalem eandem eſſe cum cōdictione certi ex emto, eum exitum habebit, ac ſi ratiocinando colligeremus, animal & hominem idem eſſe. Neque enim hic quærimus vna cum illis, qui ſe nominales prædicant, aut contra, qui ſe reales profitentur, an nomina ſecundæ intentionis in rerum natura ipſo actu ſubſiſtant, an vero totam illorum ſubſtantiam ex intellectu metiamur: ſed in diſ-
8 ceptationem venit, † anne genus & ſpecies ſint ſeparata, quod vtique nemo logicus negauerit. Si hoc admittimus in ceteris actionibus, cur id reſpuemus in actione, quæ ex
9 cauſſa † mutui deſcendit, quam ſingulari nomine ex eo diſtinguere noluerunt, quod pecuniæ æſtimatio ſemper certa eſſet, *l. numis. 3. ff. de in litem iurand.* & principem quodammodo locum inter actiones, quæ certū perſequerentur, haberet. Quod & ipſum
10 in pronuntiatione † legis animaduertere videmus. Etenim vt genus *l. 1. ff. de legibus.* complectitur has ſpecies, legē, plebiſcitum, Senatusconſultum, Principum placita, magiſtratuum edicta, reſponſa prudentum. §. *conſtat. cum §. ſequen. Inſtit. de iur. nat. gent. & ciuil. l. 7. ff. de iuſtitut. & iur.* idem euenit in verb. *adoptionis. l. 1. §. 1. actionis, l. actionum, 25.* collatione facta cum *lege 28. ff. de oblig. & action.* & infinitis aliis vocabulis, vt abſurdum iudicari non debeat, ſi idem contingat in certi condictione. Quod ſi † autem 11
quæratur, an cōdictio certi generalis, ſi tractetur de his rebus, quæ in pondere, numero, menſura data in creditum abire ſolent, aliqua ratione, vel caſu proponi poſſit, quo condictio certi ſpecialis locum non habeat, hic plane ſubſiſtam. Etenim ſi traditionem Alberici, de qua ſupra mētionem fecimus, ſequi velimus, vt condictio certi generalis eo caſu competat, quo ſecuta conſumtio hanc actionem cōciliare ſoleat, habebit etiam in his locum. Quod ſi vero ſpectemus definitionem Bartoli, quam mox ſubiecimus, non animaduerto, quod locum habere poſſit. Hinc etiam fieri videmus, vt ſi agatur de his rebus, quæ pondere, numero & menſura conſtant, condictione certi generali, illa vix proponi poſſit, niſi mētio fiat cauſſæ remotæ, ex qua Bartolus teſtatur naſci ſpecialem condictionem, veluti quod narret quis, ſe mille florenos mutuo dediſſe, & quod cum eadem quantitas ſit certa, *l. certum ff. de reb. cred. ſi cert. petat.* petat per condictionem certi, vt ſibi tantundem reſtituatur, *l. mutuum. ff. de reb. cred. ſi cert. petat.*
Si itaque † hic dubitetur generalis an ſpe- 12
cialis ſit condictio, quod medium concludendi vtriuſque actionis concurrat, putauerim his accedendum, qui exiſtimant condictionem certi ſpecialem inſtitutam eſſe, *argum. l. in toto iure. ff. de regul. iuris. item l. ſanctio legum. ff. de feriis. item l. hoc legatum 45. ff. de legat. 3. & ibid. Bartol. Bartholom. Socin. l. certi condictio. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* quanquam me non prætereat Decium, *dict. l. certi condictio. num. 3.* putare, medium concludendi proximum, non remotum attendi debere, quam declarationem in aliis actionibus libenter admiſero. In certi autem condictione ſpeciali nō animaduerto, quomodo illud probandum ſit, cum certi condictio dici nequeat, niſi relatione facta ad cauſſam ſuam, † Hinc infero, quod ſi quis 13
poſſit ex reſcripto principis cognoſcere de certi condictione, illum audiendum non eſſe, ſi de actionibus emti & venditi cognoſcere

Digitized by Google

ſcere velit, ſub eo prætextu, quod generalis condictio emtionis nomine inſtituta ſit, *l. condictio. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* niſi de contraria voluntate committentis appareat, & hæc vna vtilitas eſt huius inueſtigationis. Alius effectus elucere poterit ex comparatione *legis finalis. C. de annali exception.* quaſi quis generaliter narret, Titium ſibi obligatum eſſe ad centum florenos a ſe eidem numeratos, qui cũ certi ſint, ſe propterea certi condictionem inſtituere, talis enim libellus tanquam ineptus reiici non poterit ex officio Iudicis. Videbitur enim intentata eſſe condictio certi generalis. Ceterum ſi aduerſarius vrgeat declarationem cauſſæ remotæ, eius voluntati obtemperandum puto, *c. ſi, de libell. oblat.*

Et hæc de re ſterili & infæcunda dixiſſe
14 ſuffecerit. Reliquum eſſe † videbitur, vt, quid ſit mutuum, cuius nomine hæc certi condictio ſpecialis indulgeri ſoleat, ediſſeramus, Bartol. *l. 2. §. fin ff. de reb. cred. num. 8.* mutuum eſſe conſtituit contractum celebratum, datione vera vel ficta, rei cõſiſtentis in pondere numero vel mẽſura, cum ſpe recipiendi tantundem in genere ſuo. Hanc definitionem Bartoli commendant, *dict. l. mutuum. §. creditum* Decius *nu. 41.* Bartholom. Socin. *num. 13.* Iaſon. *num. 26.* Ludouic. Bolog. *n. 43.* Petrus Ricciard *Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. ad principium nu. 5.* Sed ean-
15 dem † definitionem impugnant Fulgoſius *d. l. 2.* item Salic. *in l. 2. nu. 13.* quod ſcil. nullam bonitatis eiuſdem rei, de qua *in leg. cum quid. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* faciat mentionẽ. Sed expedita reſponſio eſt, dictionem, *tantundem*, hoc ipſum complecti & præſtare, *arg. l. certum. ff. eodem. item. l. quia tantundem. ff. de negot. geſt. l. Lucius, & l. dies ſponſaliorum. §. 1. ff. depoſit.* Et ſi quis inſtet, hãc dictionem ad quantitatem, non autem ad qualitatem referendam eſſe, quamuis leges allegatæ contrarium videantur innuere, hic aliam conciliationem boni conſulet, bonitatem vini non pertinere ad ſubſtantiam mutui, ſed naturalibus ipſius actionis accepto re-
16 ferri, de qua re poſtea. † Secundo, obiicitur *l. Lucius 24. ff. depoſit. l. dic. § 1. ff. eod.* vbi etiam talis contractus inſtitutus videtur, & tamen depoſitum appellatur. Hic ſcrupulus non facile ſubmouebitur, niſi perpendamus ibidem duos contractus concurrere, depoſiti, & mutui. Depoſitum enim ab initio fuit, cum ea affectione pecunia committeretur, vt recipiens illam cuſtodiret. Mutuum autem intercedit propter conuentionem adiectam, vt poſſet ea pecunia vti. Ex quo tempore igitur eandem in vſus ſuos conuertit, pecunia mutua cenſeri debet: retinet tamen nomen depoſiti propter principium contractus, *l. 1. §. quod ſi rem, & §. idem Pomponius*, vbi concurrunt mandati & depoſiti actio, & tñ vno nomine maudati contractus cenſetur, *arg. l. cum filius 76. §. heres ff. de legat. 2.* in hæc verba. *Nec in totum falſum videri, quod veritatis primordio adiuuaretur, quæ cauſſa etiam efficit. vt mutuam naturam bonæ fidei in ſoluẽdis ex mera vſuris recipiat.* Hoc idem videtur ſentire Bartol. *l. cum quid, num. 12. Curt. Iun. ibidem num. 16 gloſſ. in dict. l. dies ſponſaliorum, §. 1. arg. l 1. §. eleganter. ff. depoſiti. verſic. ſi pecunia apud te.* Sunt præterea quædam alia, quæ a Petr. Ricciardo in hanc definitionem torquentur: ſed quod ſint minutiora, eadem omitto.

Lex 1. hoc tit.

Svmmaria.

1 *Caſus preſentis legis.*
2 *An heredes pro æſtimatione rerum hereditariarum conueniendi ſint.*
3 *Deciſio Imperatoris negatiua, & rationes.*
4 *Quem duplicem perſonam ſuſtinere poſſe, heredis & legatarii.*
5 *Legatarius ad ſoluendum æs alienum non obſtringitur.*

CVm quidam decedens duos heredes 1 reliquiſſet † ex æquis portionibus, & vni fundũ prælegaſſet, & creditores eoſdem ratione æris alieni interpellaſſent, atque eidem pro forma veteris iuris pro portione hereditaria cauiſſent, tãdem vnus, cui Modeſtino nomen erat, precibus Imperatori oblatis contendere cœpit, vt pro æſtimatione rerum hereditariarum æs alienum diuideretur. Et videbatur † debere impetrare, 2 quod ſecundum naturam ſit, commoda cuiuſque rei illum ſequi, quem incommoda, *l. ſecundum. ff. de reg. iur.* † Sed tamen petitio- 3 nitionis ſuæ repulſam ex eo tulit, q neque æquam, *l. plane. ff. fam. erciſc. l. licet, ſupr. eo. tit. l. 2. infr, de hered. actio. l. pactum. ſupr. de pactis,* neq; vſitatam rem, cum tñ quæ dubia eſſe poſſunt, interpretationẽ a cõſuetudine recipiant, *l. cum de interpretatione. ff. de legibus.* deſideraret, & quod iam ex cautione propria, quæ veteri iuri conformis videbatur, conueniri poſſet, quæ illum obſtringeret, quamuis antea obligatio efficax non fuiſſet, *l, nec intentio, 23. ff. de pactis.* Nec mu-

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

tant, quæ de commodorum & incommo-
dorum æqua diſtributione dicta ſunt. Nam
4 cum † cohæres duplicem perſonam ſuſti-
neat, legatarii & heredis, ſi de vltima perſo-
na tractemus, non poterit æqualem diſtri-
butionem recuſare, *d. l. 2. infra. de hered. act.*
5 ſi de † priori, diuerſum obtinebit, cum le-
gatarius nullum æs alienum agnoſcat, *l. im-
perator, 70 ff. de leg. 2.* & perſonalis actio fun-
dum non ſequatur, *l. 1. §. ſi heres. ff. ad Sena-
tuſconſul. Trebell.* Sed minuat vniuerſum pa-
trimonium non certi loci facultates, *l. ſi fi-
deicommiſſum, 50. §. tractatum eſt. ff. de iudic.* &
per conſequens etiam legata, ſi dodrantis
æſtimationem excedat, *l. in ſingulis. ff. ad leg.
Falcid. l. ex facto ff. de inſtit. hered.*

Lex quamuis. 2.

Svmmaria.

1 *Formata facti ſpecies.*
2 *Non vnde originem pecunia habeat, ſed cuius no-
mine illa ſoluta eſt, ſpectare debemus.*
3 *Sine ceſſione quis actione, quæ alteri quæſita eſt, expe-
riri non poteſt.*
4 *Quibus remediis illum, qui pecuniam meam ſuo no-
mine erogauit, compellere poſſum ad cedendam a-
ctionem.*
5 *An quis condictionem certi ex numeratione pecu-
niæ alienæ acquirere poſſit?*

CVm tres ſint regulæ, ius noſtrum vel a
limine ſalutantibus ſatis cognitæ: Pri-
ma, quod mutui obligatio cõtrahi nequeat,
niſi pecuniæ dominus ſit, qui illam nume-
ret, *l. 2. §. in mutui datione. ff. de reb. cred ſi cert.
pet.* Altera, quod acceſſorium ſequatur na-
turam principalis, *cap. acceſſorium. de regul.
iuri.* Tertia, quem alieno nomine ſine mã-
dato experiri non poſſe, *l. videamus. § fin. ff.
de negot geſt. l. nemo alieno. ff. de regul. iur.* & A-
ſclepiades pecuniam Hermogenis nomine
1 proprio † Titio in creditum dediſſet, atque
etiam ſtipulationem in ſuã perſonam con-
tuliſſet: Hermogenes non immerito ambi-
gere cœpit, an recta via condictionem poſ-
ſet contra illum, qui pecuniam accepiſſet,
inſtituere, *arg. c. acceſſorium, item l. condictio.
§. ſi nummos. ff. de rebus. cred. ſi cert. pet.* an
deniq; Aſclepiadẽ conuenire neceſſe ha
2 beat, cũ malit Titiũ conuenire. † Reſcribit
itaq; Imperator, nõ poſſe illum cum Titio
agere, quod Aſclepiades ſtipulãdo ſibi ius
obligationis quæſiſſet, *l. non vnde, hoc titul.*
nec ſtipulatio, poſſit acceſſio pecuniæ in
hoc caſu iudicari, *l. 6. §. fi. cũ l. ſeq. ff. de nouat.*
Ceterum vt rem ſuã in tuto colloce, ſua-
det, vt mandatis ſibi ab eo actionibus expe-
riatur, cum ſine ceſſione † agere nõ poſſit. 3
l. poſſeſſio. §. fin. ff. de acquir. & amitt poſſ Quo
pacto autem id conſequi poſſit, non aperit.
Referre itaque † putamus, an Hermoge 4
nes pecuniam hoc modo collocari iuſſerit,
an nihil tale acciderit, vt hic ſi voluntate id
impetrare non poſſit, intẽdat negotiorum
geſtorum actionem, *argum. l. fin. ff. de negot.
& l. mater. ſupr. de rei vindicat. l. 2. infra. de re-
bus alien. gloſſa. in verb. conſequens, Baldus nu.
2. Salyc. num. 5. Donellus nu. 5.* quamuis enim,
ſi meo nomine negotiũ nõ ſit geſtum, rati-
habitione talem actionem conciliare ne-
queam, *l. pupilli, 6. §. item quæritur ff. de negot.
geſt.* tamen in ſubſidium poſſum, *d. l. mater,
7.* illic autem mandati actio inſtituẽda erit,
*l. idemque, §. ſi procurator. ff. mandati vel depo-
ſiti,* ſi forte proceſſit talis contractus, *l. die. §.
fin ff. depoſit. gloſſ. & Salic.* Poteſt etiam pecu-
niam, ſi depoſita, alteri poſtea præter ipſius
voluntatem tradita ſit, vindicare ab illo, qui
illam acceptam nondum conſumſit, *argum.
l. filiusfamilias. ff. de reb. credit. ſi cert. pet.* adeo,
vt ſi dominus & ſtipulator cõcurrant, reie-
cta perſona ſtipulatoris, *d. l. bona fides. ff. depo-
ſiti,* domini præferatur, *l. 1. §. 2. ff. de ſtipulat.
ſeru.* Sed adhuc deliberationis eſt, quam a-
ctionem cedere poſſit: cum non videatur
condictionem † certi ex numeratione pe- 5
cuniæ alienæ quæſiuiſſe, *l. 2. §. in mutui da-
tione. ff. de reb. cred.* Hanc difficultatem hoc
loci nemo interpretum mouit, puto tamen
dicendum eſſe, quod ſi accipiens pecunias
conſumſerit, hoc modo mutuum concilia-
ri, *l. ſi a furioſo, 12. cũ l. ſequen.* Quod ſi autem
nummos non eſſe cõſumtos fingamus, pu-
to illam obſeruationem ſufficere, quod do-
minus per ſuam ratihabitionem videatur
dominium pecuniæ tranſtuliſſe, *arg. l. ſi pu-
pilli. §. ſed ſi ego ff. de neg. geſt.* de lege eos tra-
ctabitur. *in l. penult. huius tit.*

Lex ſi abſentis 3.

Svmmaria.

1 *Porpoſita facti ſpecies cum deciſione Imperatoris.*
2 *Enunciationes, quæ ex facto propoſito & definitiones
excerpi poſſint.*
3 *An ex pecunia numeratione abſentis nomine fa-
cta, actio eidem deferatur.*
4 *Diſtinctio inter ea, quæ naturaliter & ciuiliter ac-
quirantur.*
5 *An actio, quam quis abſens nanciſci poterat, ex eo
ſublata videatur, quod ſtatim rem ratã nõ habuit.*
6 *Intellectus l. Pomponius, 15. ff. de negot. geſt.*
7 *Interpretatio præſentis l. ſecundum Sichardum &
Donellum.*

8 Quin-

8 *Quomodo ſit intelligendum, quod actus contrahentium, fines intentionis excedere non debeant.*

1 SEmpronius,cum †ex cauſſa mandati recepiſſet Titii pecuniam,eandẽ Seius dat fœnori,idque nomine ipſius Titii. Cum aũt Titius hoc factũ improbaſſet, & pecuniam a Sempronio repeteret, dubitabatur, *quomodo Sempronio conſuli poſſet*. Re ad Imperatores per preces delata, reſcribunt, quod agere cum Titio poſſit,vt actiones ſuas mandet, quibus idem Sempronius cõtra Seium experiatur. Quod ſi aũt id ab eodem impetrare nõ poſſit, vtilẽm actionẽ nihilominus Sempronio propoſitã eſſe. Multa ſunt,quæ
2 ex definitione†huius legis excerpi poſſunt. Primo,ex numeratione pecuniæ alienæ ei' nomine facta,abſenti actionem deferri. Secundo, ꝙ quis actiones mandare poſſit negotii a ſe repudiati. Tertio,ꝙ is,qui nomine alieno pecuniam expediuit, eodem talem adquiſitionem recuſante, vtilem ſuo nomi-
3 ne habeat actionẽ. †Sed primum pronuntiatum impingit in legem,*ſtipulatio iſta 38.§. alteri,item l.ſi ita ſtipulatus fuero 126.ff.de verb. obl.item l. quo tutela.§.fi.ff.de reg.iur.* quib. cõprehenditur,neminem paciſcendo, aut ſtipulando, aut legẽ dicẽdo alteri cauere poſſe, Donel.*hic n.7.& ſeq.* exiſtimat, hũc ſcrupulum longe alia ratione,quam interpretes faciunt,dum ius ſingulare conſtituũt in mutuo,eximendum eſſe, ꝙ ſcil. cum mutuum datur alteri' nomine, & ei actio adquiritur, is actionem adquirat ſibi ex ſuo contractu, nõ ex alieno.Is n.ait, pecuniã mutuo dediſſe intelligitur,cuius nomine data eſt,*l.3.§.fi. & §.pen.ff.de don.inter vir.& vxor.* Sed hæc Donelli expoſitio meo iudicio ſatis aliena eſt. Textus enim ab eo allegati loquuntur de facto debitoris vel alterius, qui iuſſu mariti pecuniam vxori numerat. Sed hic in diuerſo caſu verſamur,vbi nullũ tale mandatũ
4 interceſſit. Dirimet igitur† hanc contentionẽ,*l.ea quæ ciuiliter,53.ff.de adquir.rer.dom.* ꝙ ea,quæ naturaliter adquiruntur, per quãlibet perſonã nanciſci poſſumus:hic aũt eſſe naturalem adquiſitionem ex eo apparet, ꝙ pecuniam abſentis,nomine ipſius,in fœnus collocauerit, idq; nõ ſolum hoc caſu procedere ſolet, ſed ẽt,ſi quis nũmos ꝓprios alieno nomine mutuo dederit,adquiritur condictio abſenti & ignoranti,*l.cert: condict.9.§. ſi nummos.ff.de reb.cred.ſi cert.pet.* vbi ita pronuntiant Dec.*n.21.*Zaſius *n.6.*Iaſ.*n 2.*quam conciliationẽ non videtur hoc loci reſpuere,Salic.*n.3.*Sich.*nu.3.*neq; illud abſurdũ iudicari debet,cum non ſolum locum habeat in condictione certi, ſed ẽt in aliis contractib',vbi actus aliquis naturalis intercedere ſolet,*vt l.1. infr.per quas perſon. nob.adquir.l. traditio §.fi.ff. de adq.rer. dom. l. publia.ff. depoſit.l.1.§.ſi te rogauero.ff.eod.tit.l.ſi per ignorantiam,infr.de condict.indeb.l.3.§.fi. & §.penult.ff.de don.inter vir.& vx.*plane in eo excellit cauſſa mutui, ꝙ directa actio ipſi dño adquiratur, *vt hac l. & l.ſingularia.ff.de reb. cred.ſi cer.pet.* in reliqs aũt actio vtilis decerni ſoleat,*l.pen.ff.ad exhib.* ita declarant hoc loco Salic. *n.3. Sich.n.3.Iaſ.d.§.ſi numos,n.2.* poſt Bart.& alios, ꝙ etiã animaduertit Donellus *hic n.16.*Secunda enũtiatio †pugna- 5
re videtur cum reſponſo ICti,*l.diſpenſatorem 62.ff.de ſolut.*quo comprehẽditur, ſublatam eſſe actionem,ex quo quis ratum nõ habuit, ergo eandem ẽt mandari nõ poſſe,*l.Modeſt. 76.eod.tit.Bald.hic n.2.& 4 Bart.n.1.Salic.n.2. Sichard.n.3.*ita rem expediunt,vt intelligant *l.diſpenſatorem,* in negotio, ꝙ ratihabitione noſtrũ conſtituatur, l. aũt noſtrã accipiendam de negotio, ꝙ re ipſa ad eũ pertinebat, quam ſolutionem licet non reprehendam, puto tñ longe faciliorẽ ex verbis, *d l. diſpenſatorem,*adferri poſſe ,ex quo quis ratum, ꝙ geſtũ eſt,non habet, ſublata intelligitur negotiorũ geſtorum actio, quæ dño aduerſus gerentem competere poterat, non tñ propterea conſequens eſt, actionẽ, quæ ex numeratione pecuniæ ante reprobationẽ ipſi dño quęſita erat,peremtã eſſe,cum hic non ſit modus tollendæ obligationis. Non n.repudiat adquiſitionẽ in ſua perſona factam, ſed noui debitoris perſonã fortaſſe nõ idoneam ita agnoſcere non vult,vt priorẽ liberet.Cõſequens igitur eſſe videtur, vt mãdet actiones ſuas,vt fieri videmus *in l.fi. ff. de adminiſt.tut.& l.cũ quæritur 16. eo. tit.*Sed nondum in trãquillo verſamur, conflictandum
enim adhuc nobis eſt †cum *l. Pompon.15.ff.* 6
de neg.geſt. qua cauetur,non poſſe quem improbare, ꝙ ſuo nomine vtiliter geſtum eſt, *Bald.hic n.8.*ita ſe extricare conatur, vt dicat hoc argumentũ de neceſſitate non concludere,ꝙ domino fortaſſe expediat contra ꝓcuratorem potius agere,q̃ contra mutui receptorem,*arg.l.ſi mandato meo.ff.mandat.*ſed ſane eadẽ lex bene ſubducta impoſitũ munus ſuſtinere nõ poterit Exiſtimo itaq; Baldum allegare voluiſſe, *l. qui negotia,34.eod. tit.*quæ declarat non eſſe in poteſtate ipſius, qui mandatum accepit , pecuniam ex ea cauſſa exactam in cauſſam mutui conuertere, ſed eadem lex non conſtituit, vim in eo, an deterior fiat cauſſa mandantis,

Digitized by Google

ſed an nudo pacto talis pecunia in rem cre-
ditam conuerti poſſit, de qua re alibi. Statuo
7 igitur, † quod ſenſiſſe & idẽ Baldus videtur,
apertius Sichardus & Donellus, dominum
non improbare factum procuratoris, quod
pecuniam fœnorarit, ſed quod illam minus
idoneo commiſerit, *arg. l. inde quæritur. ff. de
adminiſt. tut. & curat.* vel non ex conſuetudi-
ne regionis aut ipſius patrisfamilias, vel ſi-
mili cauſſa id fecerit, *arg. l. ſi negotia, 11. ff. de
neg. geſt.* cum dolum & culpã in huiuſmodi
adminiſtratione prǣſtare debeat, *l. cõtractus.
ff. de reg. iur.* Porro & tertia concluſio, quæ
ex hac lege elicitur parum conuenire vide-
tur cum definitione *l. nõ omnis. C. de reb. cred.*
quod ſcilicet actus cõtrahentium intentio-
nis fines excedere non debeant. Hic autem
procuratori non fuiſſe propoſitum, vt ſibi
8 actionem adquireret. Bald. † hunc nodum
ita diſſolui poſſe conſtituit, vt dicat, non ex-
cludi illa, quæ ſecundario ſunt cogitata: ego
puto, *l. ex æquitate*, vtilem actionem decer-
nere, *vt l. pen. infra. ad exhib. l. ſi me & Titium.
ff. de reb. cred. l. ſemper. ff. de reg. iur.*

Lex, ſi non ſinguli. 4.

Svmmaria.

1 *Narratio facti cum definitione Imperatoris.*
2 *Quomodo ſinguli in ſolidum pecuniam mutuam re-
cipere dicuntur.*
3 *Quando creditor intelligatur fidem ſingulorũ in ſoli-
dum ſequi, & ibidem excuſſæ quatuor cauſſæ in
hac lege relatæ.*
4 *An obligatio re contracta, excedere fines rei poſſit,
quæ ad aliquem peruenerit.*
5 *Si pluribus præſentibus vni ſit pecunia numerata, o-
mnes eam accepiſſe cenſendi ſunt.*
6 *Ad traditionẽ pecuniæ ſufficere ſi in conſpectu mul-
torum pecunia depoſita ſit.*
7 *Solutio vnius ex pluribus, qui in ſolidum obligati
ſunt, & reliquos liberat.*
8 *Vnus ex duobus reis ſi iudicio in ſolidum cum eo a-
gatur deſiderare poteſt, vt ille prior conueniatur
ad quem pecunia peruenit.*
9 *Si ab vno ex duobus reis credẽdi pecunia profecta ſit,
is partem alteri communicare non cogitur,*
10 *Excuſſa Bartoli ſententia nihil legem fingere, quod
in genere impoſſibile ſit.*
11 *Ius etiam illa quæ ſunt impoſſibilia fingit, ſi æquitas
hoc ſuadeat.*
12 *Exceptio non numeratæ pecuniæ an certo caſu poſt
biennium obiici poſſit.*
13 *Simulata pro infectis haberi ſolent.*

1 CVm tres † mercatores, Titius, Seius, Sẽ-
pronius conſumtis in cõparandis mer-
cibus pecuniis, in itinere ad notum aliquem
deflecterent, & ab eodem certam pecuniæ
ſummam mutuo peterẽt, is eoſdem chiro-
graphum olei recepti, quod cum quantitate
petita concurreret, conſcribere, & ad ſe re-
dire, atq; pecuniam accipere iuſſit. Chiro-
grapho igitur ad hunc modum confecto re-
uertitur Titius & pecuniam accipit. Credi-
tor Seium & Sempronium huius debiti no-
mine interpellat, illi defendunt ſeſe exce-
ptione non numeratæ pecuniæ. Creditor
vrget chirographum ſuum, & contendit, ꝙ
ſinguli in ſolidum ſint obligati. Obiicit præ-
terea ſibi non pecuniam, ſed oleum deberi.
Aditi Imperatores a Seio & Sempronio de
iniquitate huius petitionis cõquerentibus,
declarant, eos obligatos non eſſe, ſi ex qua-
tuor cauſſis, quas ordine recenſent, nulla in-
terceſſiſſet. Primo, ſi † ſinguli quantitatem 2
mutuam in ſolidum non accepiſſent, quod
quamuis videatur fieri nõ poſſe, *l. ſi vt certo.
§. ſi. ff. commod. l. ſi tibi 10. ff. de pact.* tamen ex
interpretatione iuris fieri intelligitur, ſi vo-
luntate aliorum præſentium, *ſi l. procuratori,
79. ff. de verb. obl. l. 1. § ſi iuſſerim. l. ſolutum. §.
ſolutam. ff. de pign. act. l. reſtituta. ff. ad SC. Treb.*
creditor ſingulorũ fidem in ſolidum ſecu-
tus ſit, *l. eandẽ. ff. de duob. reis ſtip. l. ſi diuiſa, in-
fra locat.* fidem autem † in ſolidũ videtur ſe- 3
qui, ſi hoc ab initio actum ſit, *arg. l. 4. § fin. ff.
de pact.* vel ſi ipſe prædixerit, quod eos velit
in ſolidum habere obligatos, & illi tacuerint
atq; pecuniã acceperint, *arg. l. licet. §. ſi præ-
dixerit. ff. nautæ. caup. ſtabul. item l. ſi filius. ff. ad
SC. Maced.* Secundo, ſi ſtipulanti creditori
non obligaſſent ſeſe ſponte in ſolidum, *l. 1.
& tot. tit. ff. de duob. reis, & Inſt. de duob. reis. in
prin.* Tertio, ſi interceſſionis nomine hanc
obligationẽ pro reo nõ ſuſcepiſſent. Enim-
uero fideiuſſores in ſolidum obligari indu-
bitati eſt iuris, *l. non recte, infra. de fideiuſſor.*
Quarto, ſi ſolenne tempus, ꝙ hodie bien-
nium eſt, *l. ſi infr. de except. non num. pecun.* ex
quo chirographum conſcriptum eſſet, & illi
conqueſti non fuiſſent, non tranſiſſet. Ete-
nim, ſi vel vna ex his cauſſis interueniſſet,
fruſtra petitæ quantitatis ſolutionem recu-
ſarent.

Notandum autem pro expoſitione no-
ſtræ legis eſt, hic non tres, vt prima facie vi-
detur, ſed quatuor declarationes ab Impe-
ratoribus tradi, *vt recte obſeruauit hoc loci, Ful-
goſ. n. 1. Donell. n. 1.* Idem'quoq; videntur ſen-
ſiſſe Bal. *n. 1.* Sich. *nu. 4.* Salic. *n. 2.* Alberic. *n. 1.*
Gloſſa *in verb. quantitate. Bart. in auth. hoc ita.
infr. de duob. reis ſtip. nu. 4.* vbi reſpondet ar-
gumentis Mart. Syl. Rayn. qui contende-
bant † fore, vt ſidera potius cœlo exciderẽt,
quam vt cum fide veri defendi poſſit, quod 4
obliga-

Digitized by Google

obligatio, quæ re contrahatur, habeat locum in plus, quam ad aliquem peruenerit, *d. l. ſi tibi. ff. de pact.* nec ferendam gloſſam eſſe ad fictionem iuris confugientem, cum ius circa ea, quæ natura impoſſibilia ſunt fingere non ſoleat, *l. ſi paterfamilias. ff. de adopt. l. 15. §. fin. cum l. ſequen. l. arrogato 40. §. non tantum. ff. eod.* Primum enim argumentum putat ex reſponſione gloſſæ, quod fictio iuris id conciliet, ſublatum eſſe. Ego autem exiſtimo, nulla fictione opus eſſe, quod hæc obligatio, quæ re contrahitur, ſingulos in ſolidum contingere videatur, *vt reſpondit antea Petrus de Bellaper. & illum ſecuti, Baldus hic numer. 4. Salic. numer. 2. Donell. num. 5.* ex

5 quo enim † præſentibus omnib. pecunia vni numerata eſt, ab eo, qui fidem ſingulorum in ſolidum ſequebatur, illi pecuniam accepiſſe cenſendi ſunt, cum oculi fungantur vice corporalis apprehenſionis, *l. 1. §. ſi iuſſerim. ff. de adquir. & amitt. poſſ. l. clauibus. ff. de contrah. emt. l. eandem. ff. duob. reis ſtipulandi. l. propter, infr. eod. tit.* quemadmodum ſi in præſentia alicuius procuratori pecunia numerata eſſet, *d. §. ſi iuſſerim, l. ſi procurator. ff. de verb. oblig.* Et quamuis ſint plures obligationes perſonales, & quilibet teneatur propria obligatione, *l. eandem rem. § fin.*

5 *ff. de duobus reis, & l. generaliter. ff. de fideiuſſor.* tamen illæ naſcuntur ex vna numeratione, quæ vel ab omnibus ſimul accepta eſt, puta ſi in menſa illis aſſidentibus annumerata ſit, & ille diſcedens neſciat, ad quem illa pecunia peruenerit. Sufficit enim talem pecu-

6 niam † in conſpectu eorum depoſuiſſe, *l. pecuniã 79. ff. de ſolut.* in hæc verba: *pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem, ſi in conſpectu meo ponere te iubeam, efficitur, vt tu ſtatim libereris, & mea eſſe incipiat. Nam tum, quod a nullo coporaliter eius rei poſſeſſio detineretur, adquiſita mihi & quodammodo manu longa tradita exiſtimanda eſt.* Idem ſi cum omnium fidem in ſolidum ſecutus eſſes, vni de voluntate aliorum illis præſentibus numeraueris. Nam ſecundũ veritatem pecunia ad omnes peruenit in ſolidum, licet in effectu apud vnum remaneat. Neque hæc interpretatio quidquam incommodi habet, cum vna ſolum competat exactio, *l. 3. ff. de duobus reis*, & ſo-

7 lutio † vnius liberet reliquos, & is, quod explicauit pecuniæ, ab aliis repetere poſſit pro parte, ſi partem conſecuti ſint, *l. 1. C. de duob. reis.* in ſolidũ, ſi tota pecunia ad aliquẽ peruenit, *arg. l. vnde quæritur. ff. commodati.* Porro, ſi antequam pecuniam expediret, deſideret, vt is ſuo periculo † conueniatur, 8
ad quem pecunia peruenit, illum audiendum putamus, *arg. l. vnde quæritur. 7. ff. commodat. item l. 7. §. idem ait. ff. ad SC. Macedon.* idque aperte docet gloſſa, *in l. vir vxori. in verb. interceſſionem. ff. ad SC. Velleian. argum. d. l. vnde quæritur, & l. reos. ff. de duobus reis. Bart. d. auth. hoc ita, infr. de duob. reis, num. 29. Angel. l. 1. infr. de duob. reis. num. 1. Bald. nu. 3. & 4. Salic. nu. 3. Alberic. in rubr. eius tit. num. 19.* quemadmodum e diuerſo, † quamuis vnus 9
ex correis alteri cogitur communicare partem, id facere non tenetur, ſi pecunia tota ab illo data ſit, *Barthol. Socin. l. frater a fratre. ff. de condict. indeb. nu. 31. Paul. Caſtrenſ. nu. 19. qui adducit, l. qui hominem. §. 1. ff. de ſolut. item l. in l. Falcid. hoc obſeruandum. ff. ad leg. Falcid. Ang. nu. 14. Bart. nu. 9. Iaſ. num. 37. verſ. circa quintam concluſionem.*

Pro diluenda ſecunda obiectione, quod ius circa ea, quæ natura fieri nõ poſſunt, fingere non ſoleat, Bart. diſtinctionem quandam introducit, quod lex non fingat ſuper eo, quod in genere impoſſibile eſt, veluti q. filius ſit antiquior patre, ſed ſi in genere ait, eſt poſſibile, licet ſit impoſſibile in his terminis, quibus loquimur, tunc lex fingit exemplum: *impoſſibile eſt, quod ille, qui eſt filius Titii, ſit filius meus:* tamen quia in genere eſt poſſibile, quod habeam vnum filium talem, & eius ætatis, poteſt fingi per ius quod talis ſit filius meus, *vt d. l. ſi pater cum ſeq. de adopt.* Sic etiam impoſſibile eſt, quod ille, qui fuit apud hoſtes, ſemper fuerit in ciuitate, & tamen lex poteſt fingere, & fingit ſic in aliis pluribus: Ita hic poſſibile eſt in genere ſuo, quod talis pecunia perueniret ad te & ad me. Ideo poteſt induci per fictionem. Licet enim in caſu, in quo ſumus, ſcil. donec pecunia eſt apud vnum, impoſſibile eſt, quod ſit apud alium, tamẽ poſſibile eſt in genere, & ita ait: ego dixi *in l. ſi is, qui pro emtore. ff. de vſucap.* Et licet hæc reſponſio tanquam ſubtilis probetur Saliceto *n. 2.* & eandem amplectantur Alciat. *l. ſi is qui pro emtore 15 ff. de vſurpat. & vſucap. nu. 50. poſt Franciſcum Aret. & Ruinum,* qui tamen genus aliquod generaliſſimum comminiſcuntur: Nõ exiſtimo tamen idem euenturum, † ſi candidus & di- 10
ligens lector rem paulo accuratius excutere voluerit. Ait Bartol. nihil legem fingere, quod eſt impoſſibile in genere, ſed bene, q. in ſpecie, velut q. talis ſit filius meus, quaſi vero in quæſtione, qua tractatur, an aliquid ſubſiſtere poſſit, non cogamur deſcendere

Digitized by Google

ad ipſa indiuidua, an Pamphilus, qui eſt ſolum duodecim annorum, poſſit habere filium adoptatũ, aut an Sempronius, qui 20. tantum annos impleuit, poſſit per adoptionem vel arrogationem ſibi talem filium cõſtituere, qui 25 annos egreſſus ſit. Vtrobiq; enim de ſpecie, quã Dialectici indiuiduum
11 vocant, diſceptatur. Conſtituo itaq; † hãc
conciliationem tutam non eſſe, & iuris interpretatione multas fictiones admitti ſuper re impoſſibili, veluti ſtipulationem interceſſiſſe, vbi nulla interuenit, *l. vnica. infr. de rei vxor. act.* illum viuere, qui mortuus ſit, *l. bello amiſſi, 18. ff. de exc. tut. & cur.* numeratã eſſe pecuniã, vbi nulla numeratio interuenit, *l. ſingularia. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* matrem poſthumũ inſtituiſſe heredem, quem reuera non inſtituerat, *l. ſi mater. de inoff. teſt.* & id genus aliis infinitis caſibus, vbi æquitas hoc ſuggerit, *l. ſi paterfam. ff. de adopt. § fi.* nulla eſt idonea cauſſa, quæ deſiderium ipſius qui filium natu maiorem, quam ipſe ſit adoptare velit, commendet. Accedit, quod vt ait Imperator, *in § minorẽ.* monſtri loco eſt, ſi tale exemplum introducamus, *l. qui ad certum, 14. ff. locati*, hanc inſpectionem non onerat, cum furioſus lumine iudicii exſtincto nullam voluntatem habeat, *l. furioſi, 40. ff. de reg. iur.* Vnde cum ceſſet tacita voluntas, quæ inſtaurare conductionem ſolet, ceſſat quoque effectus. Potuiſſent tamen leges & hoc caſu per fictionem occurrere, ſed ipſum
12 non ſuadebat æquitas. Aliam † deinde difficultatẽ mouet gloſſ. *in verb. rei geſtæ*, quam mox etiam diſſoluit, exceptionem non numeratæ pecuniæ vltra biennium obiici poſſe, *l. qui pecuniam, 30 ff. de reb. cred.* Reſpondit itaque, definitionem præſentis legis locum habere, ſi confeſſio per ſcripturam ſit facta, vt apparet ex definitione noſtræ legis, contrariam legem in diuerſo caſu accipiẽdam, & eandem vt ſingularẽ poſt Odofred. amplectitur hoc loco Alberic. *n. 1. Bart. n. 2. Bal. n 6. Sichar. n. 5. circa fi. Salic. n. 3 Fulg. nu. 3.* vbi mouet quæſtionẽ, an ſcriptura ſolennis requiratur, & quãuis ille in hãc ſententiã inclinet, tñ nos contrariã putamus magis probabilem. Hęc pro explicatione 1. partis ſuffecerint. Quod aũt ſecundo obiecit creditor, non pecuniã, ſed oleũ ſibi deberi, id intentionẽ ipſius minime in tuto collocare hoc loci Imperatores oſtendunt, idq; per argumentum a maiori, *l. ſi quando. infr. de teſtib.* Si enim pecunia vere numerata, & inde confectum obligationis inſtrumentum, Seium & Semproniũ obſtringere non potuit, multo minus id cõſequetur, ſi loco ipſius inſtrumento comprehẽſum ſit, ꝙ tñ olei, ꝙ cum eadem quantitate in ęſtimatione cõueniat,
ſuſceperint, cum † ſimulata pro infectis ha- 13
beantur, *l. 1. & tot. tit. plus valere quod agitur, quam quod ſimulate cõcipitur.* Habet tñ hoc ipſum reſcriptũ illas declarationes, quas ſupra ordine perſecuti ſumus.

Lex, ſi ex pretio, 6.

SVMMARIA.

1 *Exhibita controuerſiæ ſpecies cum definitione Imperatorum.*
2 *Subſtantia obligationis non deficiente vſuræ deberi (poſſunt.*
3 *Falſa demonſtratio obligationem non perimit.*
4 *Subſtantiæ vocabulum in noſtro iure, multifariam accipitur.*
5 *Appellatione ſubſtantiæ quid ſecundũ Dialecticos (contineatur.*
6 *An pecunia ex venditione debita in cauſſam mutui conuerti poſſit.*
7 *Sententia Ant. Fabri & Donelli actionẽ ex ſtipulatione duntaxat deferri, quæ mox tamẽ cõfutatur.*
8 *Obligationis quæſitæ cuique nouationem facere licet.*
9 *An ex nudo pacto quod contractib. adiicitur vſuræ peti poſſint. & n. 11.*
10 *An debitũ ex vna cauſſa pacto nudo in aliã trãsferri (poſſit. & n. 13.*
12 *Intellect⁹ horũ verborũ ſimulatis ꝓ infectis habitis.*
14 *Difficultas ex l. ſingularia ff. de reb. cred. ſi cert. pet.*
15 *Conciliatio noſtrorum interpretum pecuniam ibidem fuiſſe paratam ſolutioni.*
16 *Alia ſolutio Baldi, Zaſii, & Coraſii diſtinguentium inter abſentes & præſentes.*
17 *Tertia ſolutio Alciati & Duareni.*
18 *Quarta ſolutio Cuiacii.*
19 *Conciliatio Bartholomæi Socini & Iaſonis quam auctor amplectitur.*
20 *Verbum conuentionis tanquam generale & ſtipulationem & pactum nudum complectitur.*
21 *In dubio is ſenſus amplectendus eſt, qui rei, de qua quæratur magis conueniat.*
22 *Conciliationi legum, quantum fieri poteſt, ſtudendũ.*
23 *Nouationem, plerumq; per ſtipulationem contrahi.*
24 *Vſuras in caſu noſtræ legis ex tempore moræ deberi.*
25 *Tentata conciliatio cum l. qui negotia ff. mandati, & ibidem aliquot difficultates, excuſſa a nullo interpretum antea animaduerſa.*
26 *Abſurdum videri ſi emtor rei comparatæ commoda ſentiat, & venditor pretii nondum ſoluti nullas vſuras exigere poſſit.*
27 *In translatione dominii ſingulare eſſe in pecunia numerata vt etiam transeat, quamuis pecunia præſens non ſit, aliud autem probari in diuerſis rebus.*
28 *Quæ ſint peculiaria in pecunia numerata.*

CVm quidã ex pretio rei venditę † 1000. flor. deberet, & interpellat⁹ cũ vẽditore egiſſet, vt ſibi liceret eandẽ pecuniã mutui tit. retinere, ita vt legitimas vſuras inferret, *l. eos, inf. de vſur.* idq; impetraſſet atq; inſtrum. mutui ſcripſiſſet, & facta nouatione ꝑ ſtipul. vſuras licitas ex p̄tio debitæ quãtitatis mutui tit. ſtipulanti ꝓmiſiſsẽt, & poſtea cõuent⁹ hunc contractũ in controuerſiã vocaret, ꝙ nulla pecunia ipſi mutuo numerata eſſet, &

Propterea

propterea ſublata ſorte atque principali
cauſſa, fœnus deberi non poſſe contende-
ret, creditor ad Imperatores confugit. Re-
2 ſponſum itaque † accipit, illum vſuras iure
petere, quod ſubſtantia obligationis nõ de-
fecerit, *l. 3. ff. de oblig. & act. l. 2. §. circa. ff. de ex-*
3 *cept. dol. mal.* quodque falſa † demonſtratio
nocere non ſoleat, *l. demonſtratio, l. falſa. ff.*
de condit. & demonſtrat. Sed hæc declaratio
Imperatorum non admodũ ſecura eſſe vi-
detur, cum mutui ſubſtãtia, quę pecuniam
eiuſque numerationem exigit, *l. mutuum.*
ff. de reb. cred. ſi cert. pet. §. creditum, & §. ſeq.
4 non interceſſerit. Pro diſſolutione † motæ
difficultatis admonendi ſumus, ſubſtantiæ
appellationem multifariam in noſtro iure
accipi. Etenim materiam contractus, meo
iudicio, non improprie ſubſtantiam appel-
lat Papinianus, *l. pacta conuenta 72. ff. de con-*
trah. emt. Lex autem tertia *ff. de oblig. & act.*
ſubſtantiam vocat principalẽ intentionem
contrahentium, vnde obligationis ſubſtan-
tia in eo conſiſtit, non vt rem noſtram fa-
ciat, ſed vt aliquem nobis obſtringat. Ter-
tio ſubſtantiam metiuntur ex aliqua qua-
litate ſubſtantiali, *l. in venditionibus 9. §. inde*
quæritur. ff. de contrah. emt. prætereà ſubſtan-
tiam vocant formam rei ſubſtantialem, *l. Iu-*
lianus 9. ff. ad exhibend. §. ſed etſi quis. Vltimo
ſubſtantia accipitur pro iuſta cauſſa contra-
ctus, *vt gloſſ. in §. fere. l. iuriſgentium. ff. de pact.*
& d. l. 2. §. circa. ff. de dol. mal. & met. exceptio.
5 Quod ſi quis proprietatem † verbi ſubſtan-
tiæ ex Dialecticorum definitione metiatur,
exiſtimo ſubſtantiam ad cauſſam materia-
lem cum ſua forma coniunctam, *d. l. ſi is qui*
quadraginta. §. quædam legata. ff. ad leg. Falcid.
referendam eſſe, quod & ipſum agnoſcit
noſter Iuriſconſultus, *in l. Iulianus. §. ſed etſi*
quis, in verb. quodammodo. ff. ad exhib. Cum
itaque hic defuerit pecuniæ, ſiue qua con-
tractus mutui conſiſtere non potuit, parum
conuenienter noſtri Imperatores reſcri-
pſiſſe videntur, dum ſecundum expoſitio-
nem gloſſæ, *in verb. de præcedenti, Bartoli hic*
in prin. Baldi in prin. Salic. num. 1. Alberici in
prin. & num. 1. Sichard. num. 1. & 2. ſtatuunt,
6 pecuniam † ex conditione debitam in mu-
tui cauſſam per ſtipulationem cõuerti poſ-
7 ſe. Vnde Antonius Faber † *coniecturarum*
libro quinto, capit. 10. item Donellus *hic nu.*
3. & ſequen. negant, Imperatorem accipien-
dum de actione, quæ ex mutuo defertur,
ſed quam ſtipulatio tribuere ſolet, *l. idem-*
que, 10 §. ſi Titio. ff. mand. l. ſi pro patre 10. §.
ſed vtrum. ff. de in rem verſo. l. Titius, 24. ff. de
præſcript. verb. l. 3. infr. de vſur. l. cum proponas.
ſupra. de pact. & l. ſiue apud acta. ſupra. de tranſ-
act. quod inde ſubſtantia obligationis æſti-
manda ſit, *l. 3. ff. de oblig. & actio.* Quam in-
terpretationem licet non inſubtilem ſta-
tuam, tamen ex eo probare non poſſum,
quod idem Antonius Faber neget, obliga-
tionis ſubſtantiam in pecunia debita quo-
que cõſiſtere. Appellatione enim ſubſtan-
tiæ hoc loco vtrumque comprehendi opi-
nor, ſtipulationem, & pecuniam debitam,
cuius nomine vſuræ quoque in ſtipulatio-
nem deductæ ſunt. Nudam enim ſtipula-
tionem id minime conſequi intelligimus,
ex *l. 2. §. circa. ff. de exceptio. dol. mal.* Paria
enim ſunt, nullam habere actionem, & il-
lam, quæ exceptione elidi poſſit, *l. Marcel-*
lus. ff. de regul. iuris. Rurſum non puto eiſ-
dem ſubſcribendum, dum negant, certi
condictionem locum habere, ſed ex ſtipu-
latione agendum. Quamuis enim hæc ex-
plicatio acumine non careat, & prima fron-
te aures accipientium demulceat, tamen
circumſtantiis omnibus bene ſubductis, 8
non idem conſequetur. Indubitati † enim
iuris eſt, cuique licere obligationis quæſitæ
nouationem facere, *Inſtitut. quibus mod. toll.*
obligat. Porro, cum id per ſtipulationem fie-
ri ſoleat, *dict. leg. 2. ff. de nouat. & §. præterea*
Inſtitut. quibus mod. toll. obligat. non animad-
uerto, quare illud in præſenti caſu nege-
mus, vt lex ipſa coarguit. Et quidem fateor,
contra ipſam mutui conſtitutionem non
interuenire rẽm ipſam, quæ obligationem
ex conſenſu contrahat, *l. mutuum. §. 1. 2. &*
ſequen. ſed in nouatione præcedentis con-
tractus, id minus neceſſarium conſtituo,
modo ſtipulatio interceſſerit, *vt hac noſtra*
lege. Quamuis enim reuera numeratio
non interuenerit, tamen, quod ſubſtantia
obligationis non defecerit, idcirco tenet
conuentio. Nec obſtant, quæ de falſa de-
monſtratione commemorantur. Intelligi-
mus enim, nouatione facta inſtrumentum
de ſola mutui quantitate conſcriptum.

Quod autem in eadem lege adiicitur: *ſi*
vero citra vinculum ſtipulationis tantum mu-
tuam pecuniam datam conſcriptum eſt, & eius
præſtari fœnus cõuenit, ſimul iis pro infectis ha-
bitis, huiuſmodi placitum nihil de præcedenti
mutauit obligatione interpretes noſtros non
mediocriter torſit & exercuit. Etenim *l. ne-*
gotia 34. ff. mandat. l. Lucius, 24, in fin. l. Publia
26. §. primo. ff. depoſit. l. Titius. ff. de præſcript.

9 *verb.* videtur caueri, q. † ex nudo pacto, qui contractibus adiiciatur, vſuræ peti non poſſint, q. tñ hic ſecundum opinionem gloſſæ, *in verb. conuenit. Fulg. n. 2. Alber. in prin. Anto. Fabri. d. lib. 5. n. 10.* qui ita cõmuniter, & recte ait, ab intepretibus reſponderi, locum non
10 habeat. Præterea, q. pacto nudo non poſſit debitum ex vna cauſſa † in aliam transferri, vt intelligunt hunc text. noſtrũ gloſſa, Bart. Alberic. Bald. Fulg. Sichar. dum argumentum noſtri text. ſiue ſummarium ita conſtituunt. Quod ad primam difficultatem attinet, Anton. Faber ita poſſe hunc obicem ſubmoueri exiſtimat, *quod pactum huiuſmodi de præſtando fœnore ſtipulationi pretii non inſit, quoniam nec expreſſis verbis ita cõcipi ſtipulatio potuiſſet, vt pecunia ex pretio deberetur, fœnus vero mutuæ datæ pecuniæ præſtaretur: at poti' inepta eſſet ea ſtipulatio, centum quæ mihi ex fundi Corneliani pretio debes, Cal. Ianua. proximis dare, & eius pecuniæ nomine, quã tibi mutuã dedi, fœnoris nomine in ſingulos menſes, denarios tot dare ſpondes. Solemus aũt dicere, ea demum pacta ſtipulationi ineſſe, quæ ipſis ſtipulationis verbis apte comprehẽdi potuiſſent, ne alioqui plus pacto quam ſtipulationi tribuamus.* Sed cum hæc reſponſio in diuinationis vitium incidat, cum non prohibeat ſtipulationis verba concipi ex forma a gloſſa præſcripta, *Decem, quæ mihi debes ex venditione tali, cõfiteris te ex cauſſa mutui debere, & ex eadẽ cauſſa reddere per ſtipulationem mihi promittis, nec non & vſuras, &c.* Puto longe aliter rem moderandã eſſe. Omiſſa enim illa caſus figuratione, quam parum apposite comminiſcitur Godofredus, conſtituo, priori caſu pretium vel pretii partem per nouationem in ſtipulationẽ deductam, item & vſuras licitas in aliam ſtipulationẽ, ſecundo caſu nullam prorſus ſtipulationem interueniſſe. Etſi imaginemur cũ Anton. Fabro, & hic nouationem præceſſiſſe, q. tamen concedendum minime arbitror, tamen adhuc cauſſa non eſſet, quare vſuras deſideranti acquieſceremus. Non eſt enim
11 controuerſi iuris, † vſuras in actionibus ſtricti iudicii ex pacto nudo, etiamſi in continenti interponatur, peti non poſſe, cum nihilominus ſtipulationem requirat, *l. lecta. ff. de reb. cred. ſi cert. pet. l. Titius. ff. de præſcript. verb. & l. quamuis. ff. infr. de vſur. l. ſi remunerandi, 6. §. apud Iulian. l. idemque 10. §. ſi quis Titio. ff. mandat. l. 10. §. ſed vtrum. ff. de in rem verſo.* Vnde eundem ſuſtinendum non puto, dum exiſtimat, in cauſſa mutui ex pacto incontinenti ipſi ſtipulationi adiecto, recte vſuras exigi, modo verus contractus mutui fuiſſet, *arg. l. lecta. ff. de rebus cred. ſi cert. pet. & l. ſi ita quis 135. §. Scia. ff. de verborum oblig.* Quamuis enim pacta in continenti ſubſecuta forment contractum etiam ſtricti iuris (quod quomodo intelligendum ſit alibi explicamus) tamen non idem obtinet in ſtipulatione vſuratum, *dict. l. Titius. & l. lecta,* quam perperam pro ſe inducit idem Anto. Faber, niſi intelligendus ſit ſecundum diſtinctionem paulo poſt ab eodem propoſitam, vſuras certi condictione peti non poſſe, quæ vltra id, quod datum eſt, exſerere ſe nõ ſolet, *l. ſi tibi, 17. ff. de pact. l. rogaſti, 11. § ſi tibi. ff. de rebus credit. l. cum vltra, 9. infra. de non numerat. pecun.* Sed ex ſtipulatione peti poſſe.

Secundum membrum noſtræ diſceptationis, an ex nuda conuentionis cauſſa vnius debiti in aliam transferri poſſit, plus moleſtiæ & pulueris habet, quam facile exhauriri poſſit. Negat n. *l. qui negotia 34. ff. mand.* cum qua hanc legem conuenire ſtatuunt noſtri Doctores, *vt Salic. hic n. 6. Fulgoſ. nu. 2.* vbi reprehendit gloſſam aliter ſentientem, *Alberic. n. 1. Iaſon. in l. ſingularia. ff. de reb. cred. Barthol. Soc. ibid. n. 6. Anton. Fab. d. c. 10. lib. 5.* Sed Donellus hanc vltimam partem † legis 12 de nulla conuentione intelligendam contendit, quod verba ipſius id manifeſte coarguant, ſimulatis pro infectis habitis. Simulabatur ergo ait cauſſa mutui, ergo non reuera agebatur, vt eſſet mutuum. Quod ſi actum eſſet idem diceremus. Idemq; ante illum videtur ſenſiſſe. Cuiac. *d. l. qui negotia. ff. mand.* Sed ſane hanc Donelli expoſitionem refellunt ſequentia, eaq; aperta verba ipſius legis. Si vero citra vinculũ ſtipulationis tñ mutuam pecuniam datam conſcriptũ eſt, & eius præſtari fœnus conuenit, cõtendere, q. nulla pactio interceſſerit, eſt plane text. ſubuertere. Neq; obſtant ſequentia verba, *ſimulatis, pro infectis habitis.* Enimuero placitum ſimulatum non fuit, ſed demonſtratio quantitatis mutuo datæ. Exiſtimo itaq;, q. ſi primo & ſecundo caſu ita cõcepta fuiſſent verba, *ſtipulationis aut conuentionis*, quẽadmodum idẽ Ant. Faber & gloſſa eadem propoſuerunt, tñ inſtrumentũ ſolius quantitatis mutuo datæ mentionem feciſſe, addita promiſſione, quod eam cum vſuris ſuis ſoluere velit, & quamuis inſtrumentũ plenam fidem impetrare ſoleat, *l. cum precibus infr. de prob. l. in exercendis. infr. de fid. inſtrum.* tamen hic intelligere debemus, q. conſtet de veritate rei geſtæ per confeſſionem vtriuſque partis, quamuis gloſſa quam ſequuntur Bal-

Digitized by Google

tur Baldus *n. 4. & 5.* Sichard. *n. 3.* putent, textum noſtrum eſſe intelligendum de priuata ſcriptura, quę probationem in cõtrarium

13 admittat. Diſtinguunt itaque Imperatores inter † nudam conuentionem, quæ efficax non fuit, ad nouationem introducendam, & ſtipulationem, qua res in nouationem plerumque transfundi ſoleat, §. *præterea. Inſtit. quibus mod. toll. oblig. l. 2. ff. de nouat.* Neque puto, hoc caſu aſſentiendum eſſe Antonio Fabro, qui exiſtimat, in vtraque ſpecie nouationem factam eſſe, ſed principalem obligationem mutatam, alia conceptione verborum comprehenſam, illic ſtipulatione, hic nuda cõuentione. Aduerſatur enim nouationis definitio, quæ eſt prioris in aliã obligationem, vel ciuilem, vel naturalem transfuſio *l. 1. ff. de nouat.* idque indicant exempla ibidem, *& l. ſequen. ff. de nouat. & d. §.*

14 *præterea, Inſtit. de nouat.* propoſita. † Porro ſi ceſſant negotium, *l. ſingularia. ff. de reb. credit. ſi cert. pet.* cuius verba ſubiicimus, *Singularia quædam recepta ſunt circa pecuniam creditam. Nam ſi tibi debitorem meum dare iuſſero pecuniam, obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis, quod igitur in duabus perſonis recipitur, hoc & in eadem perſona recipiendum eſt, vt cum ex cauſſa mãdati pecuniam mihi debeas, & cõuenerit, vt crediti nomine eam retineas videatur mihi data pecunia, & a me ad te profecta.* Ex verbis recitatæ legis colligũt noſtri Doctores etiam pacto nudo cauſſam debiti vnius in aliam transfundi poſſe, *vt Bartolus ibid. nu. 20. Baldus nu 29. Zaſius nu. 14 Alciat. num. 62. Donell. nu. 26. item Coſtall.* Præterea Cuiacius ad Africanum ſcribens, & Gothofred. *in ſuis gloſſis. Duaren. in explicat. tit. ſi cert. pet. cap. 1. verſ. aliud exemplum eſt. in d. l. ſingu-*

15 *laria.* † Porro, vt hanc legis definitionem concilient cum contrario reſponſo Africani, *d. l. 34. ff. mandat.* conſtituunt gloſſa, *in d. l. ſingularia Bart. nu. 3.* pecuniam fuiſſe paratam ſolutioni, eamque ſententiam, Iaſon. *nu. 42. Franciſ. Aret. nu. 4. Donell. nu. 26.* communem eſſet teſtantur, idq; defendere conantur auctoritate, *l. ſi ſponſalibus 58. §. 1. ff. de iur. dot.* cuius verba etiam ſubnecto. *Si mulier ancillam Pamphilam a Titio ſtipulata, deinde ei nuptura, quod is ſibi debebat, doti habere permiſit, etiamſi non erit viri Pamphila, an ipſa tamen Pamphila in dote & mulieris periculo erit, an & quod ea pepererit, reddi mulieri debebit? quia ſi in ſua cauſſa prior ſtipulatio manſiſſet, non redderetur, niſi forte refert, habuerit rem quam debebat vir, quo tempore dos cõſtituebatur. nam ita poterit videri res ipſa ad eum perueniſſe, an non habuerit, nam ſi non habuerit magis eſt, vt liberatio obligationis potius, quam res ipſa, ad eum ita perueniſſe videatur, ideoque partus eius non debetur.* item arg. *l. qui decem debet 72. §. 3. ff. de ſolut. & liberat.* cuius hæc ſunt verba, *Idem reſponſum eſt, ſi quis cum ſubreptus ſibi ſeruus eſſet, ſub conditione ſtipulatus fuerit, quidquid furem facere oportet. Nam & fur condictione liberatur, ſi dominus oblatum ſibi accipere noluit. Si tamen cum in prouincia forte ſeruus eſſet, interceſſerit ſtipulatio, & finge prius, quã facultatem eius nanciſceretur fur, vel promiſſor, deceſſiſſe ſeruũ: non poterit rationi, quã ſupra reddidimus, locus eſſe. non enim obtuliſſe eum propter*

abſentiam intelligi poteſt. Porro cum † hęc re- 16
ſponſio in diuinationem incideret, quod de rei præſentia nulla mentio fieret, Bald. *d. l. ſingularia. nu. 7. poſt Iacob. de bellauiſo,* Zaſ. *nu. 16.* Coraſ. *miſcell. lib. 6. c. 16.* Coſtalius *in d. l. ſingularia,* aliam ſolutionem adferunt, propterea *in l. negotia* cauſſam vnius debiti in aliam transfundi nõ potuiſſe, quod inter abſentes negotium ſit geſtum. In l. autem ſingularia contrahentes præſentes fuiſſe, duo autem ſingularia concurrere non poſſe, *argum. l. 1. infr. de dotis promiſſ. item l. 1. ff. de vſufruct. legat.* quod accidentis nõ ſit accidens. Aliam autẽ cauſſam eſſe abſentium, quam præſentium, *l. falſus. §. ſed ſi is. l. quod ſtatuliber. ff. de donat. cauſ. mort.* deinde, quia pecunia, *in d. l. qui negotia,* credebatur ſub vſuris, quod citra ſtipulationis vinculum admitti non ſolet, *l. Titius. ff. de praeſcr. verb. l. quamuis. C. de vſur.* ſtipulationem inter abſentes non confici. Tertio, quod ſolus procurator cauerit pecuniam in creditum conuerſam.

Ceterum & hæc reſponſio, quãuis a doctis viris, vt meminimus, probata, difficultatibus ſuis nõ caret, quod inter abſentes pacta interponi poſſint, *l. Labeo. ff. de pact.* quodque dominus, recipiendo epiſtolam procuratoris, conſenſiſſe videatur *l. ſi filiusfa. ff. ad ad SC. Maced.* quodq; vſuræ propter talem conuentionem dicantur inferendæ, deniq; quod IC. non conſtituat vllã vim in abſentia, ſed neget pacto nudo conciliari poſſe, vt cauſſa mandati in mutuum tranſeat. Hinc
Duarenus † in explicatione huius tit. *c. 1.* & 17
ante illum Alciat. *in d. l. ſingularia. n. 66.* conſtituunt *in l. qui negotia. ff. mandati,* duos cõtractus concurrere, mandati & mutui. Porro, celeritate coniungendarum actionum vnam nonnunquam occultari, *l. 3. §. pen. & fi. ff. de don. int. vir. & vxor. l. 1. §. quod ſi rem.*

ff.depoſiti.l.ſi ſacculũ 29.§.vlt.ff.eod.tit. & ꝙ ſi
quis contendat *in d l.ſingularia*, ẽt mandati
actionẽ cõpetere, reſpondent, intereſſe in-
ter generalem adminiſtratorẽ & ſpecialem.
In ſpeciali plerunq; id agi, vt dominiũ pecu-
niæ accep æ nõ in procuratorem, ſed dñum
tranſeat, *l.qui mihi donatum.ff de don.* Vnde
ẽt ſolo conſenſu illud in cauſſam mutui trãſ-
ferri poſſe, *l.9.§.depoſui.ff.de reb.cred.* in gene-
rali aũt procuratore, de quo mentionẽ facit
d.l.negotia, id in dubio actũ cẽſeri, vt ſibi po-
tius quam dño pecunia quęratur, *res ex man-
datu 39.ff.de adq.rer.domin.* diuerſum eſſe in
mandato ſpeciali, vt dictum eſt, idq; confir-
mare legẽ, *ſi numerãdi, 6.§.apud Iul.ff.mand.*

Sed neque hæc cõciliatio ſatis tuta vide-
tur, ꝙ IC. nõ id quærat, an mandati actio ex-
ſpirarit, ſed an ex pacto nudo mutari cauſſa
mandati in creditũ poſſit. Etenim pacto nu-
do conſequi non poſſimus, vt dominiũ rei
18 trãsferatur, *l.traditionib.ſupr.de pact.* † Vnde
Cuiac. ad African. ſcribens, & illum ſecutus
Godẽfred. putãt, Africanũ religione cõſer-
uandi iuris cõmunis motũ, ita reſpondiſſe.
Vlpiani aũt ſentẽtiam æquitati magis con-
ſentaneã. Et quãuis hæc expoſitio propius
ad ſcopũ collineare videatur, & verbis ICti,
in d.l.ſingularia.ff.de reb.cred. applaudere, ꝙ
minime abſurdum cenſeatur, q̄ benigne re-
cepta ſunt, ad ſimiles caſ⁹ auctoritate ICto-
rum, vel eorum, qui ius ſtatuẽdi habent pro-
pagari, *l.illud.ff.ad l.Aquil.l.a Titio.ff.de verb.
oblig.l.cũ acutiſſimi.infr.de fideicom.l.Gallus.§.
& quid ſi tantum.ff.de lib.& poſthum.her.inſti.*
maxime, quod conſtet, Vlpian. ICtum mul-
tis annis poſt African. floruiſſe, tñ ex eo pe-
riculoſa cenſenda ſit, quod Imper. *l. 2.§ per
contrarium.ſupr.de veter.iur.enucl.* neget, cõ-
mittendũ nobis eſſe, vt leges contrarias ſta-
tuamus, q̄ ſubtili diſtinctione ad cõcordiam
reuocari poſſunt, & certũ ſit Dioclet. & Ma-
ximianũ longo interuallo poſt Alexã. Imp.
ſub quo Vlpianus publice reſpõdit, vt anna-
lium ſeries declarat, rerũ potitos eſſe, qui tñ
Africani reſpõſum, nuda pactione debiti v-
nius cauſſam, in aliũ contractũ mutari non
poſſe, in hac lege ſecuti ſunt. Vnde aliã con-
ciliationem nobis quærendum exiſtimo, ꝙ
abſurdum ſit, reſpõſum Africani, Impera-
torum conſtitutione confirmatum, cedere
auctoritati vnius ICti, quodque anteriores
leges corrigãt eas, quæ poſtea latæ vel com-
probatæ ſint, contra *l. nouiſſima.ſupr.de pact.*
19 Qua de cauſſa † nõ pœnitet me ſententiam
amplecti Barth. Socini *d.l.ſingularia. nu.21.*
quamuis diffidenter illud aſſerentis, itẽ Iaſ.
n.44. definitionẽ legis, *ſingularia*, neceſſario
intelligendã eſſe de conuentione, quæ ad a-
ctionẽ proficiat, i de ſtipulatione, cum ver-
bum † conuentionis tanquam generale, *l.* 20
1.ff.de pact. conuent. huiuſmodi ſignificatio-
nem non reſpuat. & multũ intereſt, an inter
præſentes, *vt d.l.ſingularia, & l.iuriſgentiũ 7.
§.quod fere.ff.de pact.* an vero inter abſentes
negotiũ geſtũ ſit, *l. vt inter abſentes.ff.de inut.
ſtip.* Neq; ad rem facit, ꝙ verbum conuen-
tionis plerunq; ꝓ pacto nudo accipi ſoleat,
*vt l.lecta.ff.de reb.cred.l.qui Romæ 122.§.Calli-
machus l.legẽ.C.de pact.l.vt reſponſum.ſupr.de
tranſact.* Reſpõdeo enim extare textus, vbi
verbum *conuentionis*, ſtipulationem neceſ-
ſario complectitur, *vt l.pacta nouiſſima. C.de
pact. l. ſi extraneus. §.fin ff.de condict.ob cauſ.
l.ſeruus.ff.de ſeru.export.* Porro, vt verbo *con-
uentionis*, hunc intellectum adſcribamus,
multæ & meo iudicio ſatis vrgentes cauſſæ
impetrarunt. Primo, † quod in dubio is ſen- 21
ſus admittendus ſit, qui rei de qua quæritur,
magis conueniat, *l.in obſcuris, & l.quotiens.
ff.de regul.iuris.l.quotiens.ff.de verb.oblig.* Se-
cundo, quod † conciliationi legum quan- 22
tum fieri poteſt, ſtudendum ſit. *leg. 2. §. per
contrarium.ſupra.de vet.iur.enucl.cap. cum ex-
pediat.de elect.in 6.l.non eſt nouum ff.de legib,*
etiamſi illud faciendum eſſet cum aliqua
verborum improprietate, *cap.cum dilectus.
extra. de conſuetud.* quanto igitur iuſtiori ex
cauſſa illud faciendum eſt, vbi proprietas
verborũ non læditur. Tertio, † ꝙ nouatio, 23
per quã vnus cõtractus in alium transfundi
ſolet, regulariter fiat per ſtipulationẽ, *§.præ-
terea.Inſt.quib.mod.tollit obl.* Quarto, quod
verbum, *conuenit*, intelligi debeat ſecundũ
naturam actus ſuper quo interponitur, *l.ſi
vno.ff.locati, alias incipit, ex conducto 15.& l.in-
ſulam.ff.de præſcript.verb.Bart.in l.ex placito.
infr.de rer.permut.Iaſ.l.lecta.n.5.verſ.4 limita.*
Quinto, ꝙ huiuſmodi interpretationẽ ne-
dum cõmendet textus noſter, ſed indubitã-
ter inſigat, dum ait, ſi vero citra vinculũ ſti-
pulationis conuenit. Etenim, ſi verbũ, *con-
uentionis*, in hac materia nõ deſignaret ve-
riſimiliter ſtipulationẽ, minus cõuenienter
Imperatores locuti eſſent, vt de ſimili text. *l.
ſeruus ea lege.ff.de ſer.expor.* ſcribit Iaſ. *d.l.lecta,
n.5.verſ.tamen aduerte.* Vltimo idẽ tex. noſter
id etiam ex alia cauſſa euincit, quod aperte
neget cõtractum emtionis, citra ſtipulatio-
nem in cauſſa mutui transferre potuiſſe.

Porro, ſi quis requirat, an vſurę vltimo ca-
ſu ſal-

Digitized by Google

ſu ſaltē ex natura contractus præcedentis ex
tēpore moræ peti poſſint, *vt l.fin.ff.de peric.*
& cōmod.rei vend.l.qui per colluſionem,49.§.vl.
ff.de act.emt.& vend.l.mora,32.§.in bonæ fidei,
24 *ff.de vſur.* reſpondebo vna cum †Ant.Fabro
& Donello eaſdem deberi.

25 His ita conſtitutis †conflictandum nobis
adhuc erit cum *l.qui negotia,34.ff. mandat.itē*
l.Titius,24.ff.de præſcrip.verbis,l.Lucius,24.in
fin. item *l.Publia,26.§.1.ff. depoſiti*, vnde edo-
cemur, ſaltem conuentionem nudam id ef-
ficere, vt periculo mandantis pecunia ſit, &
vſuræ etiam debeantur, cum tamen hic ca-
ueatur tali cōuentione nihil mutari ex præ-
cedenti obligatione, & deinde *l.ſi remune-*
randi,6.§.apud Iulianum,ff.mandati, negetur
in tali caſu etiā mandato procedente vſuras
inferendas eſſe. Quæ antinomia tāto infe-
ſtior cenſeri debet, quod nemo interpre-
tum, quos excutere licuit, eandē ex profeſ-
ſo attingat, tantū abeſt, vt illam aliquis diſ-
ſoluat. Hac in diſceptatione non puto mul-
tum laborandum eſſe de primo obiectio-
nis membro, quod in legibus a nobis com-
memoratis tranſeat periculum pecuniæ, de
qua agebatur. Etenim cum depoſitum &
mandatum non ſit periculo recipientium,
æquitas tamen poſtulabat, vt ſi ex vi con-
uentionis inſtitutæ, pecuniā in ſuos vſus cō-
uerterent, vt etiā periculū pecuniæ acceptæ
agnoſcerēt, *l.1.§.1.ff.de obl.& act.l.ſi quis nec*
cauſſam,ff. de reb.cred.ſi cert pet.l.incendiū, hoc
tit. Porro in præſenti inſpectione neceſſariū
nō eſt, cum emtor pecuniā ſuā retinet: quæ-
que n. res periculo ſui domini eſt, *l.ſi vt cer-*
to,§.quod vero,ff.cōmodati. Secundum mem-
brum laborioſam habet, ſe inde eluctandi
rationem. Quid enim, ſi venditor fretus hac
conuentione, diſtulerit exactionem pretii
ſibi debiti per aliquot annos: ecquid frau-
dabitur compendio vſurarum, de quibus a-
ctum erat, nō arcetur hoc commodo is, qui
pecuniam depoſuit, aut qui mandatum eius
exigendæ dedit, *d.l.Lucius, l.die ſponſaliorum*
25.§.1.l.Publia.§.1.ff.depoſiti, l.Titius,24.ff.de
præſcript.verb.l.qui negotia,ff.mandat. Pro cō-
ciliatione tam ancipitis quæſtionis arbitra-
rer, poſſe defendi, ipſos Imperatores in præ-
ſenti lege non negare, quin fœnus inferen-
dum ſit, ſed illud ſolum decidere, vtrū ſcri-
ptura mutuæ quantitatis acceptæ, citra vin-
culum ſtipulationis interpoſitæ, & nuda cō-
uentio de ſoluendis vſuris, quidquam mu-
tauerit de præcedenti obligatione. Deci-
dunt enim illam mutatam, aut ſublatā non
eſſe. Si igitur prior obligatio ſalua eſt, nihil
prohibet, nudam pactionē de fœnore pen-
dendo illam vim habere, quam in ſuperiori-
bus legibus oſtendimus, complecti. Quod ſi
quis non admittat, non puto tamen eun-
dem probaturum eſſe iniquitatē, quæ ex illa
interpretatione †ſequeretur, ſi poneremus, 26
emtorē per multos annos frui re cōparata:
venditorem aūt pretii nō ſoluti nullū emo-
lumentū ſentire, cōtra definitionē, *l.Iu-*
lianus,13.§.veniunt,ff.de act.emt.& vend. Vn-
de quāuis is non videatur morā facere, cui
tēpus ſolutionis prorogatū eſt, *l.cū ſtipulatus*
ſim, mi Procule,113.ff.de verb.oblig. tamen in
præſentia puto emtorē hoc allegare nō poſ-
ſe, cū talis cōuentio videatur eſſe loco inter-
pellationis, & prorogatio cum certa lege ſit
facta, cui parendū videatur. His ita enuclea-
tis conſequens eſt, vt reſpondeamus ad *l.ſi*
ſponſalib.58.ff.de iure dot.§.ſi mulier, quæ in ſti-
pulatione quoq; exigere videtur, vt res præ-
ſens ſit, aut parata ſolutioni. Sciendū igitur
† eſt, non fruſtra *l.ſingulari 1,ff.de reb.cred.ſi* 27
cert.pet. ſignificari, ꝙ quædā ſint ſingularia
recepta circa rē creditam. Singulare igitur
eſt, ꝙ poſſit pecunia ex alio contractu debi-
ta, ita cōuerti in aliam cauſſam, vt tranſeat
dominiū, id eſt, vt res mutua reddatur, quæ
requirit, vt de meo tuū fiat, *l.2.§.appellata,ff.*
de reb.cred. ſine diſtinctione, vtrum pecunia
præſens fuerit, an non fuerit, *vt hic ad d.l.ſin-*
gularia, idq; fieri animaduertimus, propter
naturā pecuniæ, cuius cum certa ſit æſtima-
tio *l.nummis,ff.de in lit.iuran.* cōſpectus mi-
nime requiritur, inde etiam euenit, vt in ce-
teris contractibus idē quoq; admittatur *l.li-*
cet,43.§.1.ff.de iur.dot.l.57.nuptura,l.ſi mulier,
59.ff.de iur.dot. Porro, ſi ſpecies aliqua debea-
tur, quamuis cauſſa vnius debiti in aliud
conuerti poſſit: tamen dominium, niſi res
præſens ſit, non tranſit, *d.l.ſi ſponſalibus,58.*

Sunt præterea multa alia ſpecialia, quæ
octo numero perſequitur gloſ. *l.ſingularia,ff.*
de reb.cred. Ceterū, ꝙ nonnulla a Doctorib.
reiiciantur, paucis illa cōplectar, quæ magis
certa ſunt. Primo in pecunia numerata pe-
culiare eſt, ꝙ pecunia facilius intelligatur
cōſumta, quam ceteræ res. Sufficit eñ com-
mixtio, vt diſcerni non poſſit, cuius ſint, *l.ſi*
alieni,78.ff.de ſolut. Ceterum, hoc nō eueni-
re in aliis rebus *l.Pomponius, ſcribit ſi frumen-*
tum, ff.de rei vendic.§.ſed ſi duorum, Inſtit.de
rerum diuiſio. Secundo ſpeciale eſt in mutuo,
quod nummos prælegatos heres de ſua por-
tione retinere poſſit: non idem autem ſit in

Digitized by Google

prædiis, cum eius portio non niſi a coherede, qui dominium habet, accipiatur, *l. deducta, 58. §. acceptis, 3. ad SC. Trebellian. l. cum pater, 77. in princip. ff. de legat. 2.* Et quamuis Donellus *d. l. ſingularia, num. 11.* hanc iuris definitionem non pecuniæ, ſed voluntati teſtatoris, & æquitati accepto ferendam putet: tamen ego nō puto quidquam mutandum, quod voluntas teſtatorum & contrahentium etiam ex natura rei, quæ intercedat, colligatur. Tertio, ſpeciale eſt, quod pecunia a furioſo data, ſi in rem accipientis verſa ſit, in mutui cauſſam deducatur, *vt l. ſi a furioſo, 12. ff. de rebus credit. ſi certum petat.* contra *leg. 4. & 40. ff. de regul. iuris.* Specialia ſunt cōtra regulas mutui duo exempla legis, *ſingularia,* & ſecundū exemplum *l. rogaſti, ff. de reb. cred.* item, *l. ſi pro mutua, hoc eodem tit.* Nō præterit me multa alia ſpecialia a Bartolo & aliis Doctoribus proponi, vt quod ex pacto in continenti interpoſito nō naſcatur actio in cauſſa vſurarum, ſed cum *in l. bonæ fidei, ſupra de pact.* quid noſtri iudicii ſit, complexi ſimus, nō eſt operæ pretium, eadem hic iterum infarcire, vt etiam & alia ſingularia libenter omittimus, tanquam aut iam repudiata, aut firmis fundamētis pro inſigni parte deſtituta.

Lex, non vnde, 7.

SVMMARIA.

1 *Non vnde originem pecunia numerata habeat, ſpectamus. ſed cuius nomine illa numerata ſit.*

2 *Ante conſummationem pecuniæ dominus ſuperueniens, & illam repetens, an audiendus ſit.*

3 *An qui pecuniā mutuo accepit de dominio nō translato, excipere poſſit.*

4 *Quæſtio dominii in his, quæ pōdere, numero, & menſura continentur, referri poteſt.*

CVm in mutuo contrahendo neceſſariū ſit, quod is, qui pecuniam credit, ſit dominus, *l. 2. §. creditum, ff. de reb. cred. ſi cert.* nata quæſtio eſt, an ſi quidam cum ſuam pecuniam ab alio mutuo datam cognoſceret, cū accipiente certi condictione experiatur, audiendus ſit. Prima fronte dicendum videbatur, illum hoc impetrare debere. Sed ex noſtra lege intelligimus, quod fruſtra id deſideret, cum non debeamus inſpicere, vnde
1 originē †pecunia habeat, ſed cuius nomine contractum ſit. Quamuis enim mutuum re contrahatur, conſenſum tamen exigit, *l. ſi ego, hoc tit.* vt in omnibus contractibus etiam neceſſarium eſt, *l. ſi in omnibus rebus, & l. in omnibus negotiis, 57. ff. de oblig. & action.* Porro,
2 ſi antequā† pecunia conſumta eſſet, dominus ſuperuenerit, & pecuniam ab illo, qui eam accepit, vindicet, an ille audiendus ſit, non immerito dubitari poſſit; & puto illum audiendum, *argum. l. ſi filiusfamilias, 14. ff. eodem tit.* Sed hoc illo caſu admittendum, quo conſtet, ſuperuenientem dominum eſſe, *argum. l. bona fides, ff. depoſiti,* quod ſi autem id controuerſum ponamus, & hic paratus ſit, illum defendere, non poterit ſub hoc prætextu pecuniam in depoſito retinere, *argum. l. is a quo, ff. de rei vendicat. cum l. ſequen. Accurſius in l. nam etſi fur, 26. ff. eodem, Bart. ibidem num. 4.* quamuis Alciatus *ibidem numer. 6.* contrariam ſententiam vt communem defendat: ſed ego illam in caſu accipio, quo certum ſit, alium dominum eſſe, aut probationes ſint in promtu, *arg. d. l. bona fides.* Vnde & illa quæſtio agitata eſt, an qui
pecuniam accepit, excipere † de dominio 3
non translato poſſit, & ita mutui reſtitutionem recuſare: & videbatur poſſe, quod quiſque intentionis ſuæ fundamentum docere debeat, *l. ei qui, ff. de probat.* quod in dominio rei datæ videtur conſiſtere, & Bartolus quidem *d. l. nam etſi fur, num. 3. Alciat. nu. 6. Iaſon numer. 7.* ſtatuunt, illum ſe hac exceptione defendere non poſſe, *argum. l. ſi quis conductionis, infr. locat. l. ita vt etſi fur, 16. ff. commodat.* niſi probet, ſe dominum, cum alter ex poſſeſſione dominus præſumatur, *l. 1. infr. de priuileg. dot.* quod bene notandum puto, quia ſaltem id efficitur, quod quæſtio
† dominii referri poſſit, in his, quæ ponde- 4
re, numero, & menſura conſtant.

Lex, ſi pro mutua, 8.

SVMMARIA.

1 *Species vtriuſque conſenſu æſtimatas poſſe conuerti in cauſſam mutui.*

2 *Certamen haud mediocre cum l. qui negotia, ff. mandat.*

3 *Solutio gloſſæ, Bartoli, & aliorum, quam auctor cōtra Duarenum certis rationibus confirmat.*

4 *Diſtinctio quando res æſtimata tranſeat in cauſſam mutui.*

5 *Quomodo illud intelligendum, quod re non poſſit obligatio contrahi, niſi quatenus datum eſt.*

6 *Intellectus authenticæ, ad hæc, de vſuris.*

7 *Quæ ſecuritatis cauſſa ex abundanti conuenire ſolent, ius alicuius non minuunt.*

TRes quæſtiones hic deciduntur, iumenta, vel ſpeciem vtriuſque conſenſu æſti-
matas poſſe †cōuerti in mutui cauſſam. De- 1
inde vſuras vltra legitimum modum in ſtipulationem deductas a lege moderationē ſuam recipere: vltimo, quod ſi pignus datū cum

Digitized by Google

cum quantitate, quæ debeatur, non reſpondeat: non poſſe tamen reſidui præſtationem
2 recuſari. Prima inſpectio † incidit in certamen non mediocre, cum *l. qui negotia, 34. ff. mandat.* maxime, ſi conferatur cum *l. rogaſti, 10. ff. hoc tit.* Vnde pro tollenda tam difficili antinomia, neceſſe eſt, vel confugere ad illam ſolutionem Cuiacii, *in d. l. ſingularia,* Africanum ductum ſtudio iuris antiqui cōſeruandi ita reſpondiſſe; Vlpianum de illius
3 aſperitate nonnihil remittere voluiſſe: † vel ad aliam, quam *d. l. rogaſti,* tradiderunt, gloſ. Bartol. *num. 1.* Salycet. *num. 2.* Alciat. *num. 2. in l. qui negotia,* actum eſſe, vt pecuniam ex venditione refectam ad dominum referret, & ita mutuam acciperet, quod *l. rogaſti,* factum negant. Et quamuis ibidem Zaſius *num. 4.* Duarenus in explicatione præſentis tituli *cap. ſecundo. verſic. nec tamen ſemper verum,* hanc ſolutionem reprehendant, quod noſtrum non ſit diuinare, ſed ex facto propoſito iudicare, *l. vt reſponſum, ſupr. de pact.* fatentur tamen, coniecturas rei id tacite inſinuare, cum hic diſerte conuenerit, vt pecunia venditæ rei vti poſſit, quod *in d. l.* expreſſū nō eſt: accedere, quod non otioſum ſit, quod *d. l. negotia,* collocata ſit ſub titulo mandati, quaſi ratione ſuſcepti mandati teneatur. Vnde hanc præſentis antinomiæ compoſitionem, etiam in præſentia boni conſulere cogor, quoad ſaniora, ſe offerent.

Porro, quia & noſtra *l. item l. rogaſti, 19. ff. de præſcript. verb.* in controuerſiam reuocan-
4 tur, ſequenda erit † ſequens diſtinctio, rogantem pecuniam mutuam, in eius inopia, nonnunquam lancem, vel ſcyphum argenteum, aut quid ſimile accipere æſtimatum, & eo pacto, vt ſumma deſignata in mutui cauſſam conuerteretur: nonnunquam in hoc conſequi, vt illam iuſto pretio vendat, ſine additione, quod pecunia inde coacta, vt mutua vti poſſit, aut cum tali adiectione. Priori caſu concurrunt duo contractus, venditionis, *l. quotiens, 5. l. cum dotem, infr. de iure dot. l. plerumque, ff. eo tit.* item mutui. Pactum enim in continenti ſubſecutum, transfert cauſſam vnius obligationis in aliam, *arg. l. 7. §. quin imo, & l. petens. ſup. de pact. cum ſimil.* Ita enim præſentem legem accipiunt Bartol. & Bald. *in ſummariis.* Salycet. *nu. 1. & 2.* Fulgoſ. *num. 3.* Godofred. *in gloſ. poſt Molinæum ab eodem allegatum:* quamuis diſſentiat Donellus, contendens, id verba legis non continere, cum de tali conuentione altum in ea ſilentium ſit. Sed tamen nihil a cōmuni interpretatione diſcedo, quod præcedens rogatio, item titulus, deinde vſuræ, quæ ex ſtipulatione inferendæ ſint, id coarguant, nec obſtet *l. ſi tibi, ff. de pact. & l. rogaſti, §. ſi tibi, ff. eo.* quod
re † non poſſit obligatio cōtrahi, vltra quam 5
datum eſt, hic pecuniam nullā numeratam eſſe, quaſi vnum debitū in cauſſam alterius obligationis conuerti non poſſit, *l. qui negotia, ff. mādati, l. ſi ex pretio, hoc tit.* Illæ enim leges intelligendę ſunt de obligatione, quæ ex pecuniæ numeratione, vel deniq; ſola traditione exſiſtit, non quæ fomentū a ſtipulatione, vel conuentione, quæ priori cōtractui & traditioni accedat, recipiunt. Secundo caſu principali, quando rem do vendendam ſine commemoratione, quod crediti titulo retinere poſſit, decernetur ſola actio mandati, *d. l. qui negotia, ff mand.* Tertio caſu erit mutua *d. l. rogaſti, 10.* Sed ita demum, ſi rem vendiderit, & pecuniā acceperit, alias actio præſcriptis verbis locum habebit, *d. l. rogaſti, 19. ff. de præſcript. verbis.* Et hæc pro explicatione primæ concluſionis ſuffecerint.

Secunda concluſio videtur in aliquā dif-
ficultatē incidere, ꝙ repugnet † auth. *ad hæc,* 6
C. de vſuris, vbi ſi quis plus acceperit, quam ſiliquas in ſingulos ſolidos, qui ad iuſtū calculū reuocati, trientem centeſimæ, aut quatuor in centū efficiunt, dicantur ab omni actione cadere. Sed ſolutio facilis futura erit, ſi animo & iudicio cōplectamur, d. auth. ſpecialē caſum proponi, & deinde culpam contumaciæ vitio cumulari; ꝙ igitur præſenti in conſtitutione cōprehenditur: id & humanitati conuenit, & regulare eſt *l. pecuniæ, l. vſuras, l. placuit, ff. de vſur. l. cum allegas, l. eos, §. ſi quis autem, C. eod.* quarum legum illa ratio eſt, quod vtile per inutile nō vitietur, *l. ſancimus, §. 1. inſ. de donat. l. 1. §. antep. l. ſcire debemus, l. ſi quis ita ſtipulatus, §. Chryſogonus, ff. de verb. obl. Andr. Gail obſer. lib. 2. c. 4. n. 1. & ſeq.* vbi oſtendit, idem obtinere poſt conſtitutiones imperii, quæ promulgatæ ſunt ann. 1500. in comitiis Auguſtanis, & poſtea anno 1539. & anno 48. quæ cum ſtatuant, tales contractus illicitos eſſe, inanes atque irritos, non intelligantur, niſi de vſuris illicitis, vt illæ ſcilicet ad modum licitum reuocentur, *d. l. cum allegas, &c.* Argumentum præbere, ꝙ quarta pars ſortis in cōmiſſum cadat. In reſiduo igitur actionē ſaluam eſſe, contendens ita pro tribunali Spirenſi iudicatum eſſe. Tertia enuntiatio eo minus difficultatis habet, quod de eadem re alii ſint textus, *vt l. ſi creditor, 28.*

Digitized by Google

& l quamuis,8. infr. de pign quodque ea, quæ
7 ſecuritatis † cauſſa conuenire ſolent, ius alicuius non minuant, *l.4.§.ſi ex conuentione, ff. de re iudic.*

Lex, cum te in Gallia, 9.

Svmmaria.

1 *Quo pacto duo rei promittendi fiunt, eodem modo etiam duo rei ſtipulandi.*

2 *In dubio quilibet pro parte ſua duntaxat agere poteſt, niſi alteri ſucceſſerit, vel procurator ab ipſo datus ſit.*

LEg. *ſi non ſinguli*, quærebatur, *an ex vna pecunia numeratione duo in ſolidum conueniri poſſent?* hic incidit contraria facti ſpecies, quid iuris ſit in duobus, qui idem in ſolidum petant. Oſtendit itaque Imperator, & hic accidere poſſe, vt vel ſtipulatione, vel
1 numeratione † ſolidi obligationem compareț, quod intelligo, ſi id actum ſit *l. eandem,*
2 *ff. de duobus reis*, alioquin pro parte † ſolum experiri poterunt, *l. ſi tamen plures, ff. de exercit. act. l. reos, §. fin. ff. de duob. reis*, ſumto argumento a relatis: id tamen illo caſu obtinet, quo quis alteri non ſucceſſit, vel procurator ab illo datus non eſt, vt hac noſtra lege.

Lex, eo quod a multis, 10.

Svmmaria.

1 *Controuerſiæ ſtatus.*

2 *Obligatio indiuidua non redditur, quod plures diuerſas obligationes in vno inſtrumento ſcripſerint.*

3 *An ſi poſt multa inſtrumenta vna ſubſcriptio tabellionis ſubiiciatur, illud ſufficiat pro confirmatione omnium.*

1 QVidam cum † vni pecuniam mutuo daret, & alteri ſimilem, vel maiorē quantitatem numeraret, curauit, vt ſinguli in vno inſtrumento, quid accepiſſent, & quādo ad reſtitutionem obligati eſſent, complecterentur: hoc cum feciſſent, tandem cum mora intercedente, creditor pecuniam ab vno pro parte ſua peteret, ille excepit conſortes vnius litis ſeparatim conueniendos non eſſe, *l.1. ſup. de conſort. eiuſd. lit.* aut non poſſe diuidi obligationes, *l. non eſt nouum, ff. de action.*
2 *emt. & vendit.* Declarant itaque † Imperatores, hanc exceptionem nullam eſſe, quod nō ſint obligationis ſocii, ſed ſinguli pro pecunia accepta teneantur, cum a ſeparatis nihil recte inferatur, *l. fin. ff. de calumniat.* & non obligationem, ſed probationis facultatem ſcriptura metiantur, *l. cōtrahitur, ff. de pignor.* Hinc inferunt noſtri Doctores, *vt Baldus n. 1. Salyc. nu. 2. Bartolus l. patris & filii, ff. de vulg. & pupill. ſubſt. & paſſim alii*, quod ſi poſt multa teſtamenta, aut inſtrumenta vna ſubſcriptio tabellionis † ſubiiciatur, illud ſufficere 3
pro confirmatione omnium, *argumen. huius text. & l. ſi quis. §. ſi initium, ff. de edendo*, cum eadē ratio ſit in præcedenti, quæ in ſequenti ſolemnitate; & hoc pro prima notatione. Secūdo colligimus, ex ſtipulatione cauſſam mutui in aliam conuerti poſſe, idque Bald. Salyc. Fulgoſ. in ſuis ſummariis diſerte complexi ſunt. Tertio inſinuatur doctrina *l. ſicut, infr. de oblig. & action.* quod ſemel conuenit, ſera pœnitentia tolli non poſſe.

Lex, incendium. 11.

Svmmaria.

1 *Diſtinctio, quod quædam pertineant ad ſubſtantiam mutui, quædam ad formam, alia ad naturam, nonnulla ad leges, & expoſitio ſingulorum membrorum.*

2 *Difficultas ex l. quod te ff. hoc tit.*

3 *Caſus fortuiti in his, quæ in genere debentur, liberationem adferre non ſolent.*

4 *Genus per rerum naturam interire non ſolet.*

5 *Commodum & periculum rei pertinet ad dominum.*

6 *Declaratio Bartoli, ſi genus reſpectu certæ ſpeciei debeatur, exſtincta re obligationem tolli.*

7 *Contraria ſententia Fulgoſii & Cumani cum argumentis.*

8 *Intellectus l. fundum. ff. de nouationibus.*

9 *Explicata l. hominem. ff. mandati.*

10 *Interpretatio l. vir vxori, ff. de dote prælegata.*

11 *Cum ad emtorem commoda rei pertineant, vtique & incommoda.*

12 *Declaratio ſecunda noſtræ regulæ, quando creditor periculum in ſe ſuſcepit.*

13 *Declaratio tertia, ſi illam loco & tempore congruo obtulerit.*

14 *Declaratio quarta ex l. Titius. ff. de præſcrip. verb.*

15 *Declaratio quinta, ſi res incerta numero, aut loco circumſcripta ſit.*

16 *Quid obtineat, ſi pecunia per principem prohibita ſit.*

17 *An ad liberationem conſequendam ſufficere videatur, quod quis pecuniam prohibitam inferre paratus ſit.*

18 *Diſtinctio Romani intereſſe, an debitor in mora fuerit, an minus.*

19 *Quando vna res in petitione eſt, alia in ſolutione, tunc ſublata re, quæ ſolui poterat, quis liberatur.*

20 *Pater ex debito filii non tenetur, niſi peculio tenus.*

21 *Si bonæ fidei poſſeſſor re vendita pecuniam amiſerit, liberatur.*

22 *Si culpa creditoris res intercidat, liberatio contingit.*

23 *Pecunia certo loco definita, ſi perierit, heredis obligatio exſtinguitur.*

24 *An debitor liberetur interitu rei, ſi eodem modo apud alium peritura erat.*

25 *Diſtinctio Doctorum.*

29 *Alia*

Digitized by Google

26 *Alia ſubdiſtinctio Alberici, Caſtrenſis & Decii, quam vſurpant Duarenus & Donellus.*
27 *Naturam mutui deſiderare, vt res in eadem bonitate reddatur.*
28 *Syllogiſmus l. cum quid, ff. de reb. cred. quo ordine compoſitus.*
29 *Vinum nouum pro veteri ſolui non poteſt, & quid ſi præſtantius ſit.*
30 *Iuriſconſultum in præcedenti quæſtione reſpexiſſe id, quod frequentius accidere ſolet.*
31 *An pro vino nouo vetus inferri poſſit, diuerſa doctorum ſententiæ.*
32 *Senem doctorem iuueni regulariter præferendum, cum ſua moderatione.*
33 *Quotiens obligatio concepta eſt ſub certa ſpecie monetæ, quæ in ſua forma reſtituenda ſit, non tenetur creditor aliam accipere.*
34 *Si id nominatim expreſſum non ſit, nummi alterius formæ, ſi tamen eiuſdem materiæ ſint, dependi poterunt.*
35 *An argentea pecunia pro aurea, vel contra, ſolui poſſit?*
36 *Doctores pro parte affirmatiua.*
37 *Auctores pro ſententia negatiua, cum argumentis.*
38 *Contraria argumenta affirmatiuæ ſententiæ.*
39 *An ſi quis mille aureos aut argenteos mutuo dederit, & illi poſtea non cudantur in æque proba materia, tantundem tamen valeant, illos recipere cogatur, quod contra plurimos doctores auctor defendere conatur.*
40 *Declaratio præcedentis concluſionis, ſi quid interſit creditoris.*
41 *Si pecunia, quæ poſtea cudatur, inferior ſit, & ratione bonitatis, & pretii, creditor illam accipere non compellitur.*
42 *Quod ſi pecunia conſtet eodem pondere & materia æſtimatio tamen vel augeatur, vel minuatur ante moram debitoris, illud nocet, & prodeſt creditori, ſecundum plurimos.*
43 *Contrariæ ſententiæ defenſores, & argumenta.*
44 *Diſtinctio auctoris.*
45 *Quid obtineat, ſi dictum ſit ad ratione triginta baiʒeorum pro ducato, variæ doctorum ſententiæ, cum argumentis.*
46 *Diſtinctio auctoris.*
47 *Quid iuris ſit, ſi valor minutæ pecuniæ ſe intenderit aut remiſerit.*
48 *Confutata argumenta illorum, qui auctores ſunt, æſtimationem aureorum demonſtrationis gratia adduci.*
49 *Definita quæſtio, an mille aureis mutuo datis, ſi æſtimatio creuerit, vel ſe remiſerit, tantundem, an plures, vel minores numero ſoluendi ſint, cum argumentis. & n. 51.*
50 *Quid obtineat, ſi mora debitoris interceſſerit?*
52 *Si quis caueat, ſe centum libras in ducatis vel florenis accipere, an damnum & emolumentum inde naſcens accipienti, adſcribi debeat?*
53 *Quod ſi non appareat, in qua pecunia quid numeratum ſit, quem defungi poſſe ſoluentem pecuniam currentem.*

1 PRo explicatione præſentis † legis ſciendũ eſt, quædã ad ſubſtantiam mutui referẽda eſſe, alia ad formã, quædam ad naturã, nonnulla ad leges. Ad ſubſtantiã mutui pertinẽt omnia illa, quæ cõprehenduntur *l. 2. ff. eo. tit.* veluti, ꝙ res interueniat, *d. l. 1. in princ.* quod detur eo animo, vt aliud ſoluatur, *§. mutui datio*, ꝙ in pondere, numero, aut mẽſura conſiſtat, *§. appellata*, ꝙ de meo tuũ fiat. Formam cõſtituo in mutuo cõſenſu, de qua *l. 3. l. 55. & 57. ff. de obl. & act.* Natura vero comprehendũtur ſequẽtia, ꝙ tribuat cõdictionem certi, *l. condictio, 9. ff. eo. tit. Inſt. in prin.* ꝙ eiuſdẽ bonitatis res reddenda ſit, *l. cum quid, ff. de rebus cred.* quod periculũ rei in illũ tranſeat, *vt hic, & §. 1. ff. de obl. & act.* Leges, cõtrahentes pro arbitrio cõſtituere ſolent, vt vſuræ ſoluãtur, *vt l. lecta, ff. eo. tit.* vt certo loco pecunia inferatur, *l. 1. & toto tit. ff. de eo quod cert. loc.* vt ſunt omnes conditiones extrinſecç, *l. in omnib. ff. h. t. l. contractus, ff. de reg. iur.* de quibus in præſentia nõ diſſerimus, ſed reuertimur ad materiã legis noſtræ, quod periculũ rei mutuo datæ in accipientẽ trãſeat. Sed videtur † negotium faceſſere, *l. quod te, 5. ff. eo. tit.* vbi quis ad ſarciendũ damnũ, quod caſu fortuito incidere ſolet, nõ tenetur niſi appellatus morã in ſolutione fecerit. Et quãuis huius ſcrupuli facilis poſſet eſſe exemtio, cum ibidem de certa ſpecie tractetur, hic aũt de pecunia numerata: tamen vt hæc materia tanto facilius percipi poſſit, conſtituam regulã generalẽ: ꝙ nedum in his, quæ pondere, numero & menſura continẽtur, ſed etiã quæ in genere promiſſa ſunt, aut alio modo debẽtur, de quibus Iuriſconſultus, *l. in ratione, 30. §. verum eſt aũt, & §. incertæ, ff. ad leg. Falc.* fortuitos caſus, incendii, ruinæ, naufragii, belli, prædonũ impetus mortis, aut interitus rei debitæ, inundationis aquarũ, de quibus *in l. contractus, in fin. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* liberationẽ † nõ adferre, vt hoc noſtro textu, *item d. l. 2. §. 1. l. continuus, 177. §. illud, ff. de verb. oblig.* Ratio in promtu eſt, † ꝙ per rerũ naturam ita cõparatum ſit, vt genus nullo modo, aut ſane rariſſime interire poſſit, *d. §. incertæ.* † Et deinde eſt peculiaris ratio in cauſſa mutui, quod commodum & periculum rei pertineat ad dominum, *d. §. 2 ff. de obl. itẽ l. 10. ff. de reg. iur.* 2 3 4 5

Hoc noſtrum generale pronuntiatum Bartol. *d. l. quod te, num. 4.* ita declarat, † vt ſi certa perſonæ quantitas, vel res in genere debeatur reſpectu ſpeciei, ſublata ſpecie intelligatur quoque peremta obligatio quantitatis, *l. quidam teſtamento, 96. §. ſi tibi ſeruus, l. Titiæ, 36. §. final. l. filiusfamilias, 114. §. final. ff. eodem titul. l. 1. §. final. ff. ſi cui plus quam* 6

Digitized by Google

per legem Falcid. l. ſi ſeruus, 62. in princ. ff. de fur-
tis. Bartolo adſtipulantur Alberic. num. 4. &
idem eſt, ſi debitor quantitatis, argum. l. 1. §. ſi
poſt litem, ff. ſi quadrup. pauper. feciſſ. dic. Angel.
nu. 1. vbi allegat Dynum & Iacob. de Butr. idem
ſentientes, Caſtrenſ. num. 9. verſicul. idem fallit,
quando deberetur quantitas. Alex. num. 4. Fran-
ciſc. Aretin. num. 5. Roman. num. 6. Decius n. 25.
Zaſius nu. 11. Alciat. nu. 9. Salyc. nu. 9. Bartolom.
Socin. n. 12. vbi hanc concluſionem commu-
nem profitetur, allegat l. nauis onuſta, §. 1. ff. ad
leg. Rhod. de iact. Iaſon num. 15. vbi pariter tale
reſponſum crebrius placuiſſe conſtituit, Io-
an. ab Imol. in l. ſi ex legali cauſſa, ff. de verbor.
7 obligatio. Ceterum diſſentiunt † Fulgoſ. d. l.
quod te, Raph. Comenſ. l. Titia textores, §. fin. ff. de
legat. 1. in repetita lectione Nam in prima enar-
ratione n. 1. tandem poſt longam diſputatio-
nẽ in præcedenti opinione acquieſcit, quo-
rum ſententia multis legibus inniti videtur,
in quibus quantitas reſpectu ſpeciei debita
poſt interitũ rei nihilominus debetur. Ob-
ſtat enim initio lex fundum Cornelianum,
28. ff. de nouat. Fundum Cornelianum ſtipulatus,
quanti fundus eſt, poſtea ſtipulor, ſi non nouandi
animo ſecunda ſtipulatio facta eſt, ceſſat nouatio.
Secunda vero ſtipulatio tenet: ex qua non fundus,
ſed pecunia debetur: itaq; ſi reus promittẽdi fun-
dũ ſoluat, ſecunda ſtipulatio iure nõ tollitur: nec ſi
litẽ actor ex prima conteſtetur: deniq; meliore vel
deteriore facto ſine culpa debitoris poſtea fundo,
præſens æſtimatio fundo petito recte conſidere-
tur: in altera vero ea æſtimatio venit, quæ ſecun-
dæ ſtipulationis tempore fuit. Secundo vrget l.
hominem, 37. ff. mandati. Tertio l. vir vxori, 8.
ff. de dot. præleg. Quarto l. ita ſtipulatus, 115. in
fin. ff. de verb. oblig coniuncta cum l. ſancimus,
C. de fideiuſſ. Quinto l. ſi in emtione, §. pen. ff. de
contrah. emtio. & l. neceſſario, ff de peric. & com-
mod. rei vendit. Sexto l. in illa ſtipulatione, ff. de
verb. oblig. in fin. Sed tamen his & ſimilibus,
quibus ſentẽtiæ ſuæ vterque, Raphael ex do-
ctrina præceptoris ſui Chriſtophori Caſtel-
lionei colorem illinere voluerunt, reiectis,
non magni negotii eſſe conſtituimus ſingu-
lis legibus ſuas adcõmodare ſolutiones. Nã
8 quod ad l. † Fundum attinet. ff. de nouat. meo
iudicio non male videtur reſpondiſſe Caſtr.
d. l. quod te. Alex. num. 5. Iaſon n. 15. verſ. quid
tenendum, Alciat. nu. 9. Bartholom. Socin. nu.
12. tunc quantitatis obligationem etiam ex-
ſpirare exſtincta ſpecie, quando debitor ſol-
uendo ſpeciem etiam inuito creditore, ſe li-
berare poterat, vt in legib. ſupr. a nobis cõme-
moratis, quod ſane d. l. fundum, dicendũ non
eſt, vel, vt ait idem Iaſ. atque Alciat. quando
ſpecies eſt cauſſa finalis, quod qualitas de-
beatur. † Lex hominem, ff. mandati, facilẽ ſo- 9
lutionem inueniet, ſi ponderemus rem pro-
miſſam poſt ſolutionẽ a fideiuſſore factam,
interiiſſe. Vnde ſane æquum quoq; videtur,
quod fideiuſſor indemnis præſtetur per da-
tionem mandati, cuius facto, debitor libera-
tus fuit, adeo, vt hic non quæratur de obliga-
tione priori, quæ exſtincta fuit ante ſolutio-
nẽ, ſed de noua obligatione fideiuſſoris, cui
non hominẽ, ſed pecuniã debet, quod vide-
tur etiã ſenſiſſe l. quod te, Barthol. Socin. nu. 12.
Lex vir vxori † parũ præiudicii adfert, ſi ob- 10
ſeruemus rem in dotẽ datã iure legati debe-
ri, cum maritus legatũ non reuocans in ea-
dem voluntate videatur permanſiſſe, vt ani-
maduertit d. l. quod te, Alex nu. 5. Pari ratione
non eſt, ꝙ conflictemur, cum l. ita ſtipulatus,
& l. ſancimus, quod ſi bene inſpiciantur, nul-
lo modo vrgeant, † Lex, ſi in emtione, §. fin. ff. 11
de contrah emt peculiarem cauſſam habet, ꝙ
cõmoda rei emtæ ad emtorem pertineant.
Sexta obiectio quoq; diluetur, ſi meminеri-
mus, rẽ promiſſam ibidẽ in cõditione fuiſſe.

Secunda principalis declaratio circa re-
gulam a nobis conſtitutam eſt, vt obſeruauit
gloſſ. hic in verb. ære alieno, Bartol. in d. l. quod te,
num. 5. Iaſon num. 15. verſic. tertio principaliter,
Alciat. num. 8. Bartholom. Socin. num. 13. Albe-
ric. l. 1. ff de nautic. fœnor. Bald. l. 1. C. eodem titul.
Salyc. num. 1. quando ex conuentione † cre- 12
ditor periculum in ſe ſuſcepit, vt in pecunia
traiectitia, l. 2. eodem tit. & ibid. Salyc. quo per-
tinet etiam l. 1. l. 3. l. 4. & 5. ff. de naut. fœn. Nec
me mouet reprehenſio Donell. hic num. 14.
qui putat gloſſam inepte de liberatione diſ-
ſerere, cum debitor, ſi nauis in itinere flucti-
bus obruatur, non intelligatur liberari, ſed
non incidere in obligationem, quæ nullum
initium habuit. Certum enim eſt, debito-
rem pecuniam accipientem, quę poſtea tra-
iici debeat, & conuenientem, vt illa pericu-
lo creditoris ſit, l. 3. & 4. C. de nautic. fœnore,
nihilominus obligari ratione culpæ & facti
proprii l. cum proponas, C. eod. tit. & l. in nauti-
ca, ff. eodem.

Tertia principalis declaratio † eſt, vt peri- 13
culum ad debitorem pertineat, ſi illam con-
gruo loco & tempore obtulerit, textus eſt
in l. qui decem, 72. ff. de ſolut. & ibidem gloſſ. Bar-
tol. Alberic. & alii, idem Bartol. l. quod te, ff. de re-
bus credit. nu 4. Bald. nu. 2 Angel. n. 2. Zaſ. n. 10.
Alciat. n. 10. qui pronuntiãt id iure exceptio-
nis fieri, non vt ipſo iure exſtinguatur obli-
gatio

Digitized by Google

Ludouic. Roman.numer.8. Franc. Arct.num.9. verſ.vnde ſicut,quando debitor. Bartholom.Soc. num.13.Salyc.num.8.Matth.de Afflict. deciſion. Neapol.150.nu.11.

14 Quarta declaratio † ſe offert ex *l.Titius, 24.ff. de præſcrip. verb.* vbi ſi pecunia ea conditione detur, vt quis inde tributum ſolueret, quod is, qui numerabat pecuniam, debebat computatis vſuris, ſemiſſibus, & reliqua pecunia vteretur, illa pecunia non ſit periculo accipientis, quem textum ad hoc expendit Iaſon *num.15. verſ.tertio principaliter, Dec.num 30. Zaſius num.10. Alciat.num.10. Caſtrenſ.d.l Titius, §.ſed neque ipſius, ff. de præſcript. verb. idem Iaſon in l.ſi paſcenda pecora, C.de pact.num.12. Vrſill.in additio.ad deciſion. Neapolit. Matth.de Afflict.c.150.n.24.*

15 Quinta declaratio † peti poteſt ex *l.in nauem Saupheí 32, ff. locat.l.in ratione,30,§.incertæ, ff. ad legem Falcid.* quod quando res incerta debetur, quæ tamen numero aut, loco circumſcripta ſit, tunc his ſublatis, tolli quoque obligationem eius nomine contractam: quam re non placet mihi, quod Doctores de genere generaliſſimo, & ſubalterno comminiſcuntur, cum ſiquidem nomina ſecundæ intentionis, ſecundum Dialecticos intueri velimus, nullum ſit genus generaliſſimum, aut ſubalternum, quod in obligationem deduci queat, niſi ad vltimam ſpeciem, quæ indiuidua complectitur, deſcendamus, vt ex his aliquid præſtari poſſit, vel vnius, vel alterius ſpeciei: ſi in genere quid promiſſum ſit. Nec audiendum puto Zaſium, qui *ibidem num.15.* contendit, quod ſi teſtator leget hominem, vel equum in genere, is videatur de ſeruis vel equis ſuis ſenſiſſe, vt his ſcilicet ſublatis, heres liberetur. Repugnant enim lex *legato 37. l.cum incertus, 13.ff. de legat.1. l.in ratione, §. incertæ, ff. ad legem Falcidiam.* Neque ſuffragatur ſententiæ ipſius Zaſii, *l.ſi domus, 71.ff. de legat.1.* Nam, vt recte diſtinguit Bartolus *in l.obligatus, ff. de verborum obligation.* & etiam ipſe Zaſius *d.l.quod te, numer.15.* magna eſt differentia inter ea, quæ a natura certam formam & fines habent, vt homo, equus, in obligatione, vt ruſticus de domo ſua phaſianum, anſerem, vel gallinam cenſus nomine inferat: & quę artificio hominum ad perfectionem perducuntur, *l. ſi is, qui quadringenta, ff. ad legem Falcidiam.* Hic enim teſtator legando domum, vnam ex ſuis ædibus legaſſe cenſetur, ne huiuſmodi legatum ridiculum videatur, *d.l.ſi domus.* Illic autem mediocris pretii ſeruum, vel equum legaſſe cenſetur, multo minus igitur eidem Zaſio accedendum puto in contractibus, in quibus tamen idem ſeruandum docet.

Sextam declarationem † prodidit Cynus, 16
quem *l.cum quid, ff. de rebus cred. ſi certum petat.* ſequi videtur Alciat.*num.10.* non habere
locum definitionem præſentem, ſi pecunia promiſſa edicto Principis prohibita ſit,
argum.l.creditor, 102. ff.de ſolut. item l.in ratione, 30.§.incertæ, ff.ad legem Falcid. Et cõtra obiectionem, quod ſaltem id, quod ſupereſt,
præſtari debeat, id eſt, ipſa pecunia prohibita, vt in maſſam conuerti poſſit, occurrit per
allegationem *l.mortuo, 49.ff.de legat.2.* qua
comprehendatur, mortuo boue, neque corium, neque carnem deberi. Sed ſanè meo
iudicio recte reprehenditur a Bartolo *d.l. quod te, num. 6.* item Caſtrenſe *ibidem num.9.*
Bartholom. Socin. hanc ſententiam communem renuntiante *num.14.* Alexan. *nu.6.*
Franciſc. Aretin. *num.4.* Dec *nu.31.* Angel.
l.cum quid, ff. de rebus credit. ſi certum petat.nu.
*6.*Salyc *ibidem num.8.* Quamuis enim pecunia in certa forma data in eadem forma ſolui debeat: tamen ſi talis pecunia non amplius deprehendatur, iuſta eius æſtimatio
inferenda erit *cap.cum olim, & c.cum canonicis, extr.de cenſib.* ita pronuntiant Caſtrenſis,
Alexand. Angelus, Salycet. *in locis ſupr. allegatis,* quamuis † Bartol *ibidem num.7.* videa-
tur ſentire, quod ſufficiat, quod quis ean- 17
dem pecuniam, quamuis prohibitam poſſit
ſoluere. Nam, vt ait, in pecunia, materia tanquam præcellentior formam ad ſe trahit, *l. quæſitũ, §.illud fortaſſis, ff.de legat.3.* Quod ita
intelligo, non quod creditor ea vti poſſit, ſed vt ad monetæ præfectum deferat, vt ab eodem conflętur, & maſſa, vel iuſta æſtimatió ipſi reſtituatur, alioquin ſi vtilitatem non habeat, ſatis iniqua videri hæc ſentẽtia poſſet, niſi in caſu *d.l.creditor.* Et quamuis hanc Bartoli opinionem taxet Caſtrenſis, tamen defendi poteſt ex traditione gloſſæ, *in §.mutui datio, l.2.ff.de reb.cred.* item Butigellæ *n.12.* Alex.*nu.2.* vbi eam ſententiam magis communẽ dicit, poſt Petrum, Cyn. Bald. & Ang. Petr. Richard. *Inſt.de oblig.quæ re contrah.§.1. n.37.arg.l.1.§.fin.ff.de aur.& arg.leg. l.cum certum, l.cum aurũ, ff.de aur.& arg leg. item l.quæſitum, §.illud, ff.de legat.3. item l.ſi quis argentũ, C.de donat.* Quod tamen ita declarant, ſi pecunia, quæ datur, ſit eiuſdẽ ponderis atque bonitatis. Porro, animaduertimus aliquãdo monetã ex eo prohiberi, non quod ſubæra-

Digitized by Google

9 *verb.* videtur caueri, q † ex nudo pacto, qui contractibus adiiciatur, vſuræ peti non poſſint, q tñ hic ſecundum opinionem gloſſæ, *in verb. conuenit. Fulg. n. 2. Alber. in prin. Anto. Fabri. d. lib. 5. n. 10.* qui ita cõmuniter, & recte ait, ab intepretibus reſponderi, locum non habeat. Præterea, q pacto nudo non poſſit
10 debitum ex vna cauſſa † in aliam transferri, vt intelligunt hunc text. noſtrũ gloſſa, Bart. Alberic. Bald. Fulg. Sichar. dum argumentum noſtri text. ſiue ſummarium ita conſtituunt. Quod ad primam difficultatem attinet, Anton. Faber ita poſſe hunc obicem ſubmoueri exiſtimat, *quod pactum huiuſmodi de præſtando fœnore ſtipulationi pretii non inſit, quoniam nec expreſſis verbis ita cõcipi ſtipulatio potuiſſet, vt pecunia ex pretio deberetur, fœnus vero mutuæ datæ pecuniæ præſtaretur: at potius inepta eſſet ea ſtipulatio, centum quæ mihi ex fundi Corneliani pretio debes, Cal. Ianua. proximis dare, & eius pecuniæ nomine, quã tibi mutuã dedi, fœnoris nomine in ſingulos menſes, denarios tot dare ſpondes. Solemus aũt dicere, ea demum pacta ſtipulationi ineſſe, quæ ipſis ſtipulationis verbis apte comprehẽdi potuiſſent, ne alioqui plus pacto quam ſtipulationi tribuamus.* Sed cum hæc reſponſio in diuinationis vitium incidat, cum non prohibeat ſtipulationis verba concipi ex forma a gloſſa præſcripta, *Decem, quæ mihi debes ex venditione tali, cõſiteris te ex cauſſa mutui debere, & ex eadẽ cauſſa reddere per ſtipulationem mihi promittis, nec non & vſuras, &c.* Puto longe aliter rem moderandã eſſe. Omiſſa enim illa caſus figuratione, quam parum appoſite comminiſcitur Godofredus, conſtituo, priori caſu pretium vel pretii partem per nouationem in ſtipulationẽ deductam, item & vſuras licitas in aliam ſtipulationẽ, ſecundo caſu nullam prorſus ſtipulationem interueniſſe. Etſi imaginemur cũ Anton. Fabro, & hic nouationem præceſſiſſe, q tamen concedendum minime arbitror, tamen adhuc cauſſa non eſſet, quare vſuras deſideranti acquieſceremus. Non eſt enim
11 controuerſi iuris, † vſuras in actionibus ſtricti iudicii ex pacto nudo, etiamſi in continenti interponatur, peti non poſſe, cum nihilominus ſtipulationem requirat, *l. lecta. ff. de reb. cred. ſi cert. pet. l. Titius. ff. de præſcript. verb. & l. quamuis. ff. infr. de vſur. l. ſi remunerandi, 6. §. apud Iulian. l. idemque 10. §. ſi quis Titio. ff. mandat. l. 10. §. ſed vtrum. ff. de in rem verſo.* Vnde eundem ſuſtinendum non puto, dum exiſtimat, in cauſſa mutui ex pacto incontinenti ipſi ſtipulationi adiecto, recte vſuras exigi, modo verus contractus mutui fuiſſet, *arg. l. lecta. ff. de rebus cred. ſi cert. pet. & l. ſi ita quis 135. §. Seia ff. de verborum oblig.* Quamuis enim pacta in continenti ſubſecuta forment contractum etiam ſtricti iuris (quod quomodo intelligendum ſit alibi explicamus) tamen non idem obtinet in ſtipulatione vſurarum, *dict. l. Titius. & l. lecta,* quam perperam pro ſe inducit idem Anto. Faber, niſi intelligendus ſit ſecundum diſtinctionem paulo poſt ab eodem propoſitam, vſuras certi condictione peti non poſſe, quæ vltra id, quod datum eſt, exſerere ſe nõ ſolet, *l. ſi tibi, 17. ff. de pact. l. rogaſti, 11. § ſi tibi. ff. de rebus credit. l. cum vltra, 9. infra. de non numerat. pecun.* Sed ex ſtipulatione peti poſſe.

Secundum membrum noſtræ diſceptationis, an ex nuda conuentionis cauſſa vnius debiti in aliam transferri poſſit, plus moleſtiæ & pulueris habet, quam facile exhauriri poſſit. Negat n. *l. qui negotia 34. ff. mand.* cum qua hanc legem conuenire ſtatuunt noſtri Doctores, *vt Salic. hic n. 6. Fulgoſ. nu. 2.* vbi reprehendit gloſſam aliter ſentientem, *Alberic. n. 1. Iaſon. in l. ſingularia. ff. de reb. cred. Barthol. Soc. ibid. n. 6. Anton. Fab. d. c. 10. lib. 5.*
Sed Donellus hanc vltimam partem † legis 12
de nulla conuentione intelligendam contendit, quod verba ipſius id manifeſte coarguant, ſimulatis pro infectis habitis. Simulabatur ergo ait cauſſa mutui, ergo non re vera agebatur, vt eſſet mutuum. Quod ſi actum eſſet idem diceremus. Idemq; ante illum videtur ſenſiſſe Cuiac. *d. l. qui negotia. ff. mand.* Sed ſane hanc Donelli expoſitionem refellunt ſequentia, eaq; aperta verba ipſius legis. Si vero citra vinculũ ſtipulationis tñ mutuam pecuniam datam conſcriptũ eſt, & eius præſtari fœnus conuenit, cõtendere, q nulla pactio interceſſerit, eſt plane text. ſubuertere. Neq; obſtant ſequentia verba, *ſimulatis, pro infectis habitis.* Enimuero placitum ſimulatum non fuit, ſed demonſtratio quantitatis mutuo datæ. Exiſtimo itaq;, q ſi primo & ſecundo caſu ita cõcepta fuiſſent verba, *ſtipulationis aut conuentionis,* quẽadmodum idẽ Ant. Faber & gloſſa eadem propoſuerunt, tñ inſtrumentũ ſolius quantitatis mutuo datæ mentionem feciſſe, addita promiſſione, quod eam cum vſuris ſuis ſoluere velit, & quamuis inſtrumentũ plenam fidem impetrare ſoleat, *l. cum precibus infr. de prob. l. in exercendis. infr. de fid. inſtrum.* tamen hic intelligere debemus, q conſtet de veritate rei geſtæ per confeſſionem vtriuſque partis, quamuis gloſſa quam ſequuntur Bal-

Digitized by Google

tur Baldus *n. 4. & 5.* Sichard. *n. 3.* putent, textum noſtrum eſſe intelligendum de priuata ſcriptura, quę probationem in cōtrarium admittat.
13 Diſtinguunt itaque Imperatores inter † nudam conuentionem, quæ efficax non fuit, ad nouationem introducendam, & ſtipulationem, qua res in nouationem plerumque transfundi ſoleat, §. *præterea. Inſtit. quibus mod. toll. oblig. l. 2. ff. de nouat.* Neque puto, hoc caſu aſſentiendum eſſe Antonio Fabro, qui exiſtimat, in vtraque ſpecie nouationem factam eſſe, ſed principalem obligationem mutuaria conceptione verborum comprehenſam, illic ſtipulatione, hic nuda cōuentione. Aduerſatur enim nouationis definitio, quæ eſt prioris in aliā obligationem, vel ciuilem, vel naturalem transfuſio *l. 1. ff. de nouat.* idque indicant exempla ibidem, *& l. ſequen. ff. de nouat. & d. §.*
14 *præterea, Inſtit. de nouat.* propoſita. † Porro ſi ceſſant negotium, *l. ſingularia. ff. de reb. credit. ſi cert. pet.* cuius verba ſubiicimus, *Singularia quædam recepta ſunt circa pecuniam creditam. Nam ſi tibi debitorem meum dare iuſſero pecuniam, obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis, quod igitur in duabus perſonis recipitur, hoc & in eadem perſona recipiendum eſt, vt cum ex cauſſa mādati pecuniam mihi debeas, & cōuenerit, vt crediti nomine eam retineas videatur mihi data pecunia, & a me ad te profecta.* Ex verbis recitatæ legis colligūt noſtri Doctores etiam pacto nudo cauſſam debiti vnius in aliam transfundi poſſe, *vt Bartolus ibid. nu. 20. Baldus nu. 29. Zaſius nu. 14. Alciat. num. 62. Donell. nu. 26. item Coſtall.* Præterea Cuiacius ad Africanum ſcribens, & Gothofred. *in ſuis gloſſis. Duaren. in explicat. tit. ſi cert. pet. cap. 1. verſ. aliud exemplum eſt. in d. l. ſingu-*
15 *laria.* † Porro, vt hanc legis definitionem concilient cum contrario reſponſo Africani, *d. l. 34. ff. mandat.* conſtituunt gloſſa, *in d. l. ſingularia Bart. nu. 3.* pecuniam fuiſſe paratam ſolutioni, eamque ſententiam, Iaſon. *nu. 42. Franciſ. Aret. nu. 4. Donell. nu. 26.* communem eſſe teſtantur, idq; defendere conantur auctoritate, *l. ſi ſponſalibus 58. §. 1. ff. de iur. dot.* cuius verba etiam ſubnecto. *Si mulier ancillam Pamphilam a Titio ſtipulata, deinde ei nuptura, quod is ſibi debebat, doti habere permiſit, etiamſi non erit viri Pamphila, an ipſa tamen Pamphila in dote & mulieris periculo erit, an & quod ea pepererit, reddi mulieri debebit? quia ſi in ſua cauſſa prior ſtipulatio manſiſſet, non redderetur, niſi forte refert, habuerit rem quam debebat vir, quo tempore dos cōſtituebatur. nam ita poterit videri res ipſa ad eum perueniſſe, an non habuerit, nam ſi non habuerit magis eſt, vt liberatio obligationis potius, quam res ipſa, ad eum ita perueniſſe videatur, ideoque partus eius non debetur.* item arg. *l. qui decem debet 72. §. 3. ff. de ſolut. & liberet.* cuius hæc ſunt verba, *Idem reſponſum eſt, ſi quis cum ſubreptus ſibi ſeruus eſſet, ſub conditione ſtipulatus fuerit, quidquid furem facere oportet. Nam & fur condictione liberatur, ſi dominus oblatum ſibi accipere noluit. Si tamen cum in prouincia forte ſeruus eſſet, interceſſerit ſtipulatio, & finge prius, quā facultatem eius naniſceretur fur, vel promiſſor, deceſſiſſe ſeruū: non poterit rationi, quā ſupra reddidimus, locus eſſe. non enim obtuliſſe eum propter*
abſentiam intelligi poteſt. Porro cum † hęc re- 16
ſponſio in diuinationem incideret, quod de rei præſentia nulla mentio fieret, Bald. *d. l. ſingularia. nu. 7. poſt Iacob. de bellauiſo,* Zaſ. *nu. 16.* Coraſ. *miſcell. lib. 6. c. 16.* Coſtalius *in d. l. ſingularia*, aliam ſolutionem adferunt, propterea *in l. negotia* cauſſam vnius debiti in aliam transfundi nō potuiſſe, quod inter abſentes negotium ſit geſtum. In l. autem ſingularia contrahentes præſentes fuiſſe, duo autem ſingularia concurrere non poſſe, *argum. l. 1. infr. de dotis promiſſ. item l. 1. ff. de vſufruct. legat.* quod accidentis nō ſit accidens. Aliam autē cauſſam eſſe abſentium, quam præſentium, *l. falſus. §. ſed ſi is. l. quod ſtatuliber. ff. de donat. cauſ. mort.* deinde, quia pecunia, *in d. l. qui negotia*, credebatur ſub vſuris, quod citra ſtipulationis vinculum admitti non ſolet, *l. Titius. ff. de præſcr. verb. l. quamuis. C. de vſur.* ſtipulationem inter abſentes non confici. Tertio, quod ſolus procurator cauerit pecuniam in creditum conuerſam.

Ceterum & hæc reſponſio, quāuis a doctis viris, vt meminimus, probata, difficultatibus ſuis nō caret, quod inter abſentes pacta interponi poſſint, *l. Labeo. ff. de pact.* quodque dominus, recipiendo epiſtolam procuratoris, conſenſiſſe videatur *l. ſi filiusfa. ff. ad ad SC. Maced.* quodq; vſuræ propter talem conuentionem dicantur inferendæ, deniq; quod IC. non conſtituat vllā vim in abſentia, ſed neget pacto nudo conciliari poſſe, vt cauſſa mandati in mutuum tranſeat. Hinc
Duarenus † in explicatione huius tit. *c. 1.* & 17
ante illum Alciat. *in d. l. ſingularia. n. 66.* conſtituunt *in l. qui negotia. ff. mandati*, duos cōtractus concurrere, mandati & mutui. Porro, celeritate coniungendarum actionum vnam nonnunquam occultari, *l. 3. §. pen. & fi. ff. de don. int. vir. & vxor. l. 1. §. quod ſi rem.*

Digitized by Google

ff. depoſiti. l. ſi ſacculũ 29. §. vlt. ff. eod. tit. & ꝙ ſi
quis contendat *in d. l. ſingularia*, ẽt mandati
actionẽ cõpetere, reſpondent, intereſſe in-
ter generalem adminiſtratorẽ & ſpecialem.
In ſpeciali plerunq; id agi, vt dominiũ pecu-
niæ acceptæ nõ in procuratorem, ſed dñum
tranſeat, *l. qui mihi donatum. ff. de don.* Vnde
ẽt ſolo conſenſu illud in cauſſam mutui trãſ-
ferri poſſe, *l. 9. §. depoſui. ff. de reb. cred.* in gene-
rali aũt procuratore, de quo mentionẽ facit
d. l. negotia, id in dubio actũ cẽſeri, vt ſibi po-
tius quam dño pecunia quęratur, *res ex man-
datu 39. ff. de adq. rer. domin.* diuerſum eſſe in
mandato ſpeciali, vt dictum eſt, idq; confir-
mare legẽ, *ſi numerãdi, 6. §. apud Iul. ff. mand.*

Sed neque hæc cõciliatio ſatis tuta vide-
tur, ꝙ IC. nõ id quærat, an mandati actio ex-
ſpirarit, ſed an ex pacto nudo mutari cauſſa
mandati in creditũ poſſit. Etenim pacto nu-
do conſequi non poſſimus, vt dominiũ rei
18 trãsferatur, *l. traditionib. ſupr. de pact.* † Vnde
Cuiac. ad African. ſcribens, & illum ſecutus
Godẽfred. putãt, Africanũ religione cõſer-
uandi iuris cõmunis motũ, ita reſpondiſſe.
Vlpiani aũt ſentẽtiam æquitati magis con-
ſentaneã. Et quãuis hæc expoſitio propius
ad ſcopũ collineare videatur, & verbis ICti,
in d. l. ſingularia. ff. de reb. cred. applaudere, ꝙ
minime abſurdum cenſeatur, q̃ benigne re-
cepta ſunt, ad ſimiles caſ⁹ auctoritate ICto-
rum, vel eorum, qui ius ſtatuẽdi habent pro-
pagari, *l. illud. ff. ad l. Aquil. l. a Titio. ff. de verb.
oblig. l. cũ acutiſſimi. infr. de fideicom. l. Gallus. §.
& quid ſi tantum. ff. de lib. & poſthum. her. inſti.*
maxime, quod conſtet, Vlpian. ICtum mul-
tis annis poſt African. floruiſſe, tñ ex eo pe-
riculoſa cenſenda ſit, quod Imper. *l. 2. § per
contrarium. ſupr. de veter. iur. enucl.* neget, cõ-
mittendũ nobis eſſe, vt leges contrarias ſta-
tuamus, q̃ ſubtili diſtinctione ad cõcordiam
reuocari poſſunt, & certũ ſit Dioclet. & Ma-
ximianũ longo interuallo poſt Alexã. Imp.
ſub quo Vlpianus publice reſpõdit, vt anna-
lium ſeries declarat, rerũ potitos eſſe, qui tñ
Africani reſpõſum, nuda pactione debiti v-
nius cauſſam, in aliũ contractũ mutari non
poſſe, in hac lege ſecuti ſunt. Vnde aliã con-
ciliationem nobis quærendum exiſtimo, ꝙ
abſurdum ſit, reſpõſum Africani, Impera-
torum conſtitutione confirmatum, cedere
auctoritati vnius ICti, quodque anteriores
leges corrigãt eas, quæ poſtea latæ vel com-
probatæ ſint, contra *l. nouiſſima. ſupr. de pact.*
19 Qua de cauſſa † nõ pœnitet me ſententiam
amplecti Barth. Socini *d. l. ſingularia. nu. 21.*
quamuis diffidenter illud aſſerentis, itẽ Iaſ.
n. 44. definitionẽ legis, *ſingularia*, neceſſario
intelligendã eſſe de conuentione, quæ ad a-
ctionẽ proficiat, i de ſtipulatione, cum ver-
bum † conuentionis tanquam generale, *l.* 20
1. ff. de pact. conuent. huiuſmodi ſignificatio-
nem non reſpuat. & multũ intereſt, an inter
præſentes, *vt d. l. ſingularia, & l. iuriſgentiũ 7.
§. quod fere. ff. de pact.* an vero inter abſentes
negotiũ geſtũ ſit, *l. vt inter abſentes. ff. de inut.
ſtip.* Neq; ad rem facit, ꝙ verbum conuen-
tionis plerunq; ꝑ pacto nudo accipi ſoleat,
*vt l. lecta. ff. de reb. cred. l. qui Romæ 122. §. Calli-
machus l. legẽ. C. de pact. l. vt reſponſum. ſupr. de
tranſact.* Reſpõdeo enim exſtare textus, vbi
verbum *conuentionis*, ſtipulationem neceſ-
ſario complectitur, *vt l. pacta nouiſſima. C. de
pact. l. ſi extraneus. §. fin. ff. de condict. ob cauſ.
l. ſeruus. ff. de ſeru. export.* Porro, vt verbo *con-
uentionis*, hunc intellectum adſcribamus,
multæ & meo iudicio ſatis vrgentes cauſſæ
impetrarunt. Primo, † quod in dubio is ſen- 21
ſus admittendus ſit, qui rei de qua quæritur,
magis conueniat, *l. in obſcuris, & l. quotiens.
ff. de regul. iuris. l. quotiens. ff. de verb. oblig.* Se-
cundo, quod † conciliationi legum quan- 22
tum fieri poteſt, ſtudendum ſit. *leg. 2. §. per
contrarium. ſupra. de vet. iur. enucl. cap. cum ex-
pediat. de elect. in 6. l. non eſt nouum ff. de legib,*
etiamſi illud faciendum eſſet cum aliqua
verborum improprietate, *cap. cum dilectus.
extra. de conſuetud.* quanto igitur iuſtiori ex
cauſſa illud faciendum eſt, vbi proprietas
verborũ non læditur. Tertio, † ꝙ nouatio, 23
per quã vnus cõtractus in alium transfundi
ſolet, regulariter fiat per ſtipulationẽ, *§. præ-
terea. Inſt. quib. mod. toll. ob.* Quarto, quod
verbum, *conuenit*, intelligi debeat ſecundũ
naturam actus ſuper quo interponitur, *l. ſi
vno. ff. locati, alias incipit, ex conducto 15. & l. in-
ſulam. ff. de praeſcript. verb. Bart. in l. ex placito.
infr. de rer. permut. Iaſ. l. lecta. n. 5. verſ. 4 limita.*
Quinto, ꝙ huiuſmodi interpretationẽ ne-
dum commendet textus noſter, ſed indubitã-
ter inſigat, dum ait, ſi vero citra vinculũ ſti-
pulationis conuenit. Etenim, ſi verbũ, *con-
uentionis*, in hac materia nõ deſignaret ve-
riſimiliter ſtipulationẽ, minus cõuenienter
Imperatores locuti eſſent, vt de ſimili text. *l.
ſeruus ea lege. ff. de ſer. expor.* ſcribit Iaſ. *d. l. lecta,
n. 5. verſ. tamen aduerte.* Vltimo idẽ tex. noſter
id etiam ex alia cauſſa euincit, quod aperte
neget cõtractum emtionis, citra ſtipulatio-
nem in cauſſa mutui transferre potuiſſe.

Porro, ſi quis requirat, an vſurę vltimo ca-
ſu ſal-

Digitized by Google

ſu ſaltē ex natura contractus præcedentis ex tēpore moræ peti poſſint, *vt l. fin. ff. de peric. & cōmod. rei vend. l. qui per colluſionem, 49. §. vl. ff. de act. emt. & vend. l. mora, 32. §. in bonæ fidei,*
24 *ff. de vſur.* reſpondebo vna cum † Ant. Fabro & Donello eaſdem deberi.

25 His ita conſtitutis † confligendum nobis adhuc erit cum *l. qui negotia, 34. ff. mandat. itē l. Titius, 24. ff. de præſcrip. verbis, l. Lucius, 24. in fin.* item *l. Publia, 26. §. 1. ff. depoſiti*, vnde edocemur, ſaltem conuentionem nudam id efficere, vt periculo mandantis pecunia ſit, & vſuræ etiam debeantur, cum tamen hic caueatur tali cōuentione nihil mutari ex præcedenti obligatione, & deinde *l. ſi remunerandi, 6. §. apud Iulianum, ff. mandati*, negetur in tali caſu etiā mandato procedente vſuras inferendas eſſe. Quæ antinomia tāto infeſtior cenſeri debet, quod nemo interpretum, quos excutere licuit, eandē ex profeſſo attingat, tantū abeſt, vt illam aliquis diſſoluat. Hac in diſceptatione non puto multum laborandum eſſe de primo obiectionis membro, quod in legibus a nobis commemoratis tranſeat periculum pecuniæ, de qua agebatur. Etenim cum depoſitum & mandatum non ſit periculo recipientium, æquitas tamen poſtulabat, vt ſi ex vi conuentionis inſtitutæ, pecuniā in ſuos vſus cōuerterent, vt etiā periculū pecuniæ acceptæ agnoſcerēt, *l. 1. §. 1. ff. de obl. & act. l. ſi quis nec cauſſam, ff. de reb. cred. ſi cert. pet. l. incendiū, hoc tit.* Porro in præſenti inſpectione neceſſariū nō eſt, cum emtor pecuniā ſuā retinet: quæque n. res periculo ſui domini eſt, *l. ſi vt certo, §. quod vero, ff. cōmodati.* Secundum membrum laborioſam habet, ſe inde eluctandi rationem. Quid enim, ſi venditor fretus hac conuentione, diſtulerit exactionem pretii ſibi debiti per aliquot annos: ecquid fraudabitur compendio vſurarum, de quibus actum erat, nō arcetur hoc commodo is, qui pecuniam depoſuit, aut qui mandatum eius exigendæ dedit, *d. l. Lucius, l. die ſponſaliorum 25. §. 1. l. Publia. §. 1. ff. depoſiti, l. Titius, 24. ff. de præſcript. verb. l. qui negotia, ff. mandat.* Pro cōciliatione tam ancipitis quæſtionis arbitrarer, poſſe defendi, ipſos Imperatores in præſenti lege non negare, quin fœnus inferendum ſit, ſed illud ſolum decidere, vtrū ſcriptura mutuæ quantitatis acceptæ, citra vinculum ſtipulationis interpoſitæ, & nuda cōuentio de ſoluendis vſuris, quidquam mutauerit de præcedenti obligatione. Decidunt enim illam mutatam, aut ſublatā non eſſe. Si igitur prior obligatio ſalua eſt, nihil prohibet, nudam pactionē de fœnore pendendo illam vim habere, quam in ſuperioribus legibus oſtendimus, complecti. Quod ſi quis non admittat, non puto tamen eundem probaturum eſſe iniquitatē, quæ ex illa interpretatione † ſequeretur, ſi poneremus, 26
emtorē per multos annos frui re cōparata: venditorem aūt pretii nō ſoluti nullū emolumentū ſentire, cōtra definitionē, *l. Iulianus, 13. §. veniunt, ff. de act. emt. & vend.* Vnde quāuis is non videatur morā facere, cui tēpus ſolutionis prorogatū eſt, *l. cū ſtipulatus ſim, mi Procule, 113. ff. de verb. oblig.* tamen in præſentia puto emtorē hoc allegare nō poſſe, cū talis cōuentio videatur eſſe loco interpellationis, & prorogatio cum certa lege ſit facta, cui parendū videatur. His ita enucleatis conſequens eſt, vt reſpondeamus ad *l. ſi ſponſalib. 58. ff. de iure dot. §. ſi mulier,* quæ in ſtipulatione quoq; exigere videtur, vt res præſens ſit, aut parata ſolutioni. Sciendū igitur
† eſt, non fruſtra *l. ſingulari 1, ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* ſignificari, ꝙ quædā ſint ſingularia 27
recepta circa rē creditam. Singulare igitur eſt, ꝙ poſſit pecunia ex alio contractu debita, ita cōuerti in aliam cauſſam, vt tranſeat dominiū, id eſt, vt res mutua reddatur, quæ requirit, vt de meo tuū fiat, *l. 2. §. appellata, ff. de reb. cred.* ſine diſtinctione, vtrum pecunia præſens fuerit, an non fuerit, *vt hic ad d. l. ſingularia,* idq; fieri animaduertimus, propter naturā pecuniæ, cuius cum certa ſit æſtimatio *l. nummis, ff. de in lit. iuran.* cōſpectus minime requiritur, inde etiam euenit, vt in ceteris contractibus idē quoq; admittatur *l. licet, 43. §. 1 ff. de iur. dot. l. 57. nuptura, l. ſi mulier, 59. ff. de iur. dot.* Porro, ſi ſpecies aliqua debeatur, quamuis cauſſa vnius debiti in aliud conuerti poſſit: tamen dominium, niſi res præſens ſit, non tranſit, *d. l. ſi ſponſalibus, 58.*

Sunt præterea multa alia ſpecialia, quæ octo numero perſequitur gloſ. *l. ſingularia, ff. de reb. cred.* Ceterū, ꝙ nonnulla a Doctorib. reiiciantur, paucis illa cōplectar, quæ magis certa ſunt. Primo in pecunia numerata peculiare eſt, ꝙ pecunia facilius intelligatur cōſumta, quam ceteræ res. Sufficit eīn commixtio, vt diſcerni non poſſit, cuius ſint, *l. ſi alieni, 78. ff. de ſolut.* Ceterum, hoc nō euenire in aliis rebus *l. Pomponius, ſcribit ſi frumentum, ff. de rei vendic. §. ſed ſi duorum, Inſtit. de rerum diuiſio.* Secundo ſpeciale eſt in mutuo, quod nummos prælegatos heres de ſua portione retinere poſſit: non idem autem ſit in

prædiis, cum eius portio non niſi a coherede, qui dominium habet, accipiatur, *l deducta, 58. §. acceptis, 3. ad SC. Trebellian. l. cum pater, 77. in princip. ff de legat. 2*. Et quamuis Donellus *d. l. ſingularia, num. 11.* hanc iuris definitionem non pecuniæ, ſed voluntati teſtatoris, & æquitati accepto ferendam putet: tamen ego nō puto quidquam mutandum, quod voluntas teſtatorum & contrahentium etiam ex natura rei, quæ intercedat, colligatur. Tertio, ſpeciale eſt, quod pecunia a furioſo data, ſi in rem accipientis verſa ſit, in mutui cauſſam deducatur, *vt l. ſi a furioſo, 12. ff. de rebus credit. ſi certum petat.* contra *leg. 4. & 40. ff. de regul. iuris.* Specialia ſunt cōtra regulas mutui duo exempla legis, *ſingularia*, & ſecundū exemplum *l. rogaſti, ff. de reb. cred.* item, *l. ſi pro mutua, hoc eodem tit.* Nō præterit me multa alia ſpecialia a Bartolo & aliis Doctoribus proponi, vt quod ex pacto in continenti interpoſito nō naſcatur actio in cauſſa vſurarum, ſed cum *in l. bona fidei, ſupra de pact.* quid noſtri iudicii ſit, complexi ſimus, nō eſt operæ pretium, eadem hic iterum infarcire, vt etiam & alia ſingularia libenter omittimus, tanquam aut iam repudiata, aut firmis fundamētis pro inſigni parte deſtituta.

Lex, non vnde, 7.

SVMMARIA.

1 *Non vnde originem pecunia numerata habeat, ſpectamus, ſed cuius nomine illa numerata ſit.*

2 *Ante conſummationem pecuniæ dominus ſuperueniens, & illam repetens, an audiendus ſit.*

3 *An qui pecuniā mutuo accepit de dominio nō translato, excipere poſſit.*

4 *Quæſtio dominii in his, quæ pōdere, numero, & menſura continentur, referri poteſt.*

CVm in mutuo contrahendo neceſſariū ſit, quod is, qui pecuniam credit, ſit dominus, *l. 2. §. creditum, ff. de reb. cred. ſi cert.* nata quæſtio eſt, an ſi quidam cum ſuam pecuniam ab alio mutuo datam cognoſceret, cū accipiente certi condictione experiatur, audiendus ſit. Prima fronte dicendum videbatur, illum hoc impetrare debere. Sed ex noſtra lege intelligimus, quod fruſtra id deſideret, cum non debeamus inſpicere, vnde
1 originē † pecunia habeat, ſed cuius nomine contractum ſit. Quamuis enim mutuum re contrahatur, conſenſum tamen exigit, *l. ſi ego, hoc tit.* vt in omnibus contractibus etiam neceſſarium eſt, *l. ſi in omnibus rebus, & l in omnibus negotiis, 57. ff. de oblig. & action.* Porro,
2 ſi antequā † pecunia conſumta eſſet, dominus ſuperuenerit, & pecuniam ab illo, qui eam accepit, vindicet, an ille audiendus ſit, non immerito dubitari poſſit; & puto illum audiendum, *argum. l. ſi filiusfamilias, 14. ff. eodem tit.* Sed hoc illo caſu admittendum, quo conſtet, ſuperuenientem dominum eſſe, *argum. l. bona fides, ff. depoſiti*, quod ſi autem id controuerſum ponamus, & hic paratus ſit, illum defendere, non poterit ſub hoc prætextu pecuniam in depoſito retinere, *argum. l. is a quo, ff. de rei vendicat. cum l. ſequen. Accurſius in l. nam etſi fur, 26. ff. eodem, Bart. ibidem num. 4.* quamuis Alciatus *ibidem numer. 6.* contrariam ſententiam vt communem defendat: ſed ego illam in caſu accipio, quo certum ſit, alium dominum eſſe, aut probationes ſint in promtu, *arg. d. l. bona fides.* Vnde & illa quæſtio agitata eſt, an qui pecuniam accepit, excipere † de dominio 3
non translato poſſit, & ita mutui reſtitutionem recuſare: & videbatur poſſe, quod quiſque intentionis ſuæ fundamentum docere debeat, *l. ei qui, ff. de probat.* quod in dominio rei datæ videtur conſiſtere, & Bartolus quidem *d. l. nam etſi fur, num. 3. Alciat. nu. 6. Iaſon numer. 7.* ſtatuunt, illum ſe hac exceptione defendere non poſſe, *argum. l. ſi quis conductionis, infr. locat. l. ita vt etſi fur, 16. ff. commodat.* niſi probet, ſe dominum, cum alter ex poſſeſſione dominus præſumatur, *l. 1. infr. de priuileg. dot.* quod bene notandum puto, quia ſaltem id efficitur, quod quæſtio
† dominii referri poſſit, in his, quæ pondere, numero, & menſura conſtant. 4

Lex, ſi pro mutua, 8.

SVMMARIA.

1 *Species vtriuſque conſenſu æſtimatas poſſe conuerti in cauſſam mutui.*

2 *Certamen haud mediocre cum l. qui negotia, ff. mandat.*

3 *Solutio gloſſæ, Bartoli, & aliorum, quam auctor cōtra Duarenum certis rationibus confirmat.*

4 *Diſtinctio quando res æſtimata tranſeat in cauſſam mutui.*

5 *Quomodo illud intelligendum, quod re non poſſit obligatio contrahi, niſi quatenus datum eſt.*

6 *Intellectus authenticæ, ad hæc, de vſuris.*

7 *Quæ ſecuritatis cauſſa ex abundanti conuenire ſolent, ius alicuius non minuunt.*

TRes quæſtiones hic deciduntur, iumenta, vel ſpeciem vtriuſque conſenſu æſtimatas poſſe † cōuerti in mutui cauſſam. De- 1
inde vſuras vltra legitimum modum in ſtipulationem deductas a lege moderationē ſuam recipere: vltimo, quod ſi pignus datū cum

Digitized by Google

cum quantitate, quæ debeatur, non reſpondeat: non poſſe tamen reſidui præſtationem
2 recuſari. Prima inſpectio † incidit in certamen non mediocre, cum *l. qui negotia, 34. ff. mandat.* maxime, ſi conferatur cum *l. rogaſti, 10. ff. hoc tit.* Vnde pro tollenda tam difficili antinomia, neceſſe eſt, vel confugere ad illam ſolutionem Cuiacii, *in d. l. ſingularia,* Africanum ductum ſtudio iuris antiqui cõſeruandi ita reſpondiſſe; Vlpianum de illius
3 aſperitate nonnihil remittere voluiſſe: † vel ad aliam, quam *d. l. rogaſti,* tradiderunt, gloſ. Bartol. *num. 1.* Salycet. *num. 2.* Alciat. *num. 2. in l. qui negotia,* actum eſſe, vt pecuniam ex venditione refectam ad dominum referret, & ita mutuam acciperet, quod *l. rogaſti,* factum negant. Et quamuis ibidem Zaſius *num. 4.* Duarenus in explicatione præſentis tituli *cap. ſecundo verſic. nec tamen ſemper verum,* hanc ſolutionem reprehendant, quod noſtrum non ſit diuinare, ſed ex facto propoſito iudicare, *l. vt reſponſum, ſupr. de pact.* fatentur tamen, coniecturas rei id tacite inſinuare, cum hic diſerte conuenerit, vt pecunia venditæ rei vti poſſit, quod *in d. l.* expreſſũ nõ eſt; accedere, quod non otioſum ſit, quod *d. l. negotia,* collocata ſit ſub titulo mandati, quaſi ratione ſuſcepti mandati teneatur. Vnde hanc præſentis antinomiæ compoſitionem, etiam in præſentia boni conſulere cogor, quoad ſaniora, ſe offerent.

Porro, quia & noſtra *l. item l. rogaſti, 19. ff. de præſcript. verb.* in controuerſiam reuocan-
4 tur, ſequenda erit † ſequens diſtinctio, rogantem pecuniam mutuam, in eius inopia, nonnunquam lancem, vel ſcyphum argenteum, aut quid ſimile accipere æſtimatum, & eo pacto, vt ſumma deſignata in mutui cauſſam conuerteretur: nonnunquam in hoc conſequi, vt illam iuſto pretio vendat, ſine additione, quod pecunia inde coacta, vt mutua vti poſſit, aut cum tali adiectione. Priori caſu concurrunt duo contractus, venditionis, *l. quotiens, 5. l. cum dotem, infr. de iure dot. l. plerumque. ff. eo tit.* item mutui. Pactum enim in continenti ſubſecutum, transfert cauſſam vnius obligationis in aliam, *arg. l. 7. §. quin imo, & l. petens. ſup. de pact. cum ſimil* Ita enim præſentem legem accipiunt Bartol. & Bald. *in ſummariis.* Salycet. *nu. 1. & 2.* Fulgoſ. *num. 3.* Godofred. *in gloſ. poſt Molinæum ab eodem allegatum:* quamuis diſſentiat Donellus, contendens, id verba legis non continere, cum de tali conuentione altum in ea ſilentium ſit. Sed tamen nihil a cõmuni interpretatione diſcedo, quod præcedens rogatio, item titulus, deinde vſuræ, quæ ex ſtipulatione inferendæ ſint, id coarguant, nec obſtẽt *l. ſi tibi, ff. de pact. & l. rogaſti, §. ſi tibi, ff. eo.* quod
re † non poſſit obligatio cõtrahi, vltra quam 5
datum eſt, hic pecuniam nullã numeratam eſſe, quaſi vnum debitũ in cauſſam alterius obligationis conuerti non poſſit, *l. qui negotia, ff. mãdati, l. ſi ex pretio, hoc tit.* Illæ enim leges intelligendę ſunt de obligatione, quæ ex pecuniæ numeratione, vel deniq; ſola traditione exſiſtit, non quæ fomentũ a ſtipulatione, vel conuentione, quæ priori cõtractui & traditioni accedat, recipiunt. Secundo caſu principali, quando rem do vendendam ſine commemoratione, quod crediti titulo retinere poſſit, decernetur ſola actio mandati, *d. l. qui negotia, ff mand.* Tertio caſu erit mutua *d. l. rogaſti, 10.* Sed ita demum, ſi rem vendiderit, & pecuniã acceperit, alias actio præſcriptis verbis locum habebit, *d l. rogaſti, 19. ff. de præſcript. verbis.* Et hæc pro explicatione primæ concluſionis ſuffecerint.

Secunda concluſio videtur in aliquã difficultatẽ incidere, ꝗ repugnet † auth. *ad hæc,* 6
C. de vſuris, vbi ſi quis plus acceperit, quam ſiliquas in ſingulos ſolidos, qui ad iuſtũ calculũ reuocati, trientem centeſimæ, aut quatuor in centũ efficiunt, dicantur ab omni actione cadere. Sed ſolutio facilis futura erit, ſi animo & iudicio cõplectamur, d. auth. ſpecialẽ caſum proponi, & deinde culpam contumaciæ vitio cumulari; ꝗ igitur præſenti in conſtitutione cõprehenditur: id & humanitati conuenit, & regulare eſt *l. pecuniæ, l. vſuras, l. placuit, ff. de vſur. l. cum allegas, l. eos, §. ſi quis autem, C. eod.* quarum legum illa ratio eſt, quod vtile per inutile nõ vitietur, *l. ſancimus, §. 1. inſ. de donat. l. 1. §. antep. l. ſcire debemus, l. ſi quis ita ſtipulatus, §. Chryſogonus, ff. de verb. obl. Andr. Gail obſer. lib. 2. c. 4. n. 1. & ſeq.* vbi oſtendit, idem obtinere poſt conſtitutiones imperii, quæ promulgatæ ſunt ann. 1500. in comitiis Auguſtanis, & poſtea anno 1539. & anno 48. quæ cum ſtatuant, tales contractus illicitos eſſe, inanes atque irritos, non intelligantur, niſi de vſuris illicitis, vt illæ ſcilicet ad modum licitum reuocentur, *d. l. cum allegas, &c.* Argumentum præbere, ꝗ quarta pars ſortis in cõmiſſum cadat. In reſiduo igitur actionẽ ſaluam eſſe, contendens ita pro tribunali Spirenſi iudicatum eſſe. Tertia enuntiatio eo minus difficultatis habet, quod de eadem re alii ſint textus, *vt l. ſi creditor, 28.*

Digitized by Google

& l quamuis, 8. infr. de pign quodque ea, quæ
7 ſecuritatis † cauſſa conuenire ſolent, ius alicuius non minuant, *l. 4. §. ſi ex conuentione, ff. de re iudic.*

Lex, cum te in Gallia, 9.

SVMMARIA.

1 *Quo pacto duo rei promittendi ſunt, eodem modo etiam duo rei ſtipulandi.*

2 *In dubio quilibet pro parte ſua duntaxat agere poteſt, niſi alteri ſucceſſerit, vel procurator ab ipſo datus ſit.*

LEg. *ſi non ſinguli*, quærebatur, *an ex vna pecunia numeratione duo in ſolidum conueniri poſſent?* hic incidit contraria facti ſpecies, quid iuris ſit in duobus, qui idem in ſolidum petant. Oſtendit itaque Imperator, & hic accidere poſſe, vt vel ſtipulatione, vel
1 numeratione † ſolidi obligationem comparet, quod intelligo, ſi id actum ſit *l. eandem,*
2 *ff. de duobus reis*, alioquin pro parte † ſolum experiri poterunt, *l. ſi tamen plures, ff. de exercit. act. l. reos, §. fin. ff. de duob. reis*, ſumto argumento a relatis: id tamen illo caſu obtinet, quo quis alteri non ſucceſſit, vel procurator ab illo datus non eſt, vt hac noſtra lege.

Lex, eo quod a multis, 10.

SVMMARIA.

1 *Controuerſia ſtatus.*

2 *Obligatio indiuidua non redditur, quod plures diuerſas obligationes in vno inſtrumento ſcripſerint.*

3 *An ſi poſt multa inſtrumenta vna ſubſcriptio tabellionis ſubiiciatur, illud ſufficiat pro confirmatione omnium.*

1 QVidam cum † vni pecuniam mutuo daret, & alteri ſimilem, vel maiorē quantitatem numeraret, curauit, vt ſinguli in vno inſtrumento, quid accepiſſent, & quādo ad reſtitutionem obligati eſſent, complecterentur: hoc cum feciſſent, tandem cum mora intercedente, creditor pecuniam ab vno pro parte ſua peteret, ille excepit conſortes vnius litis ſeparatim conueniendos non eſſe, *l. 1. ſup. de conſort. eiuſd. lit.* aut non poſſe diuidi obligationes, *l. non eſt nouum, ff. de action.*
2 *emt. & vendit.* Declarant itaque † Imperatores, hanc exceptionem nullam eſſe, quod nō ſint obligationis ſocii, ſed ſinguli pro pecunia accepta teneantur, cum a ſeparatis nihil recte inferatur, *l. fin. ff. de calumniat.* & non obligationem, ſed probationis facultatem ſcriptura metiantur, *l. cōtrahitur, ff. de pignor.* Hinc inferunt noſtri Doctores, *vt Baldus n. 1. Salyc. nu. 2. Bartolus l. patris & filii, ff. de vulg. & pupill. ſubſt. & paſſim alii*, quod ſi poſt multa teſtamenta, aut inſtrumenta vna ſubſcriptio tabellionis † ſubiiciatur, illud ſufficere 3
pro confirmatione omnium, *argumen. huius text. & l. ſi quis. §. ſi initium, ff. de edendo*, cum eadē ratio ſit in præcedenti, quæ in ſequenti ſolemnitate; & hoc pro prima notatione. Secūdo colligimus, ex ſtipulatione cauſſam mutui in aliam conuerti poſſe, idque Bald. Salyc. Fulgoſ. in ſuis ſummariis diſerte complexi ſunt. Tertio inſinuatur doctrina *l. ſicut, infr de oblig. & action.* quod ſemel conuenit, ſera pœnitentia tolli non poſſe.

Lex, incendium. 11.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio, quod quædam pertineant ad ſubſtantiam mutui, quædam ad formam, alia ad naturam, nonnulla ad leges, & expoſitio ſingulorum membrorum.*

2 *Difficultas ex l. quod te ff. hoc tit.*

3 *Caſus fortuiti in his, quæ in genere debentur, liberationem adferre non ſolent.*

4 *Genus per rerum naturam interire non ſolet.*

5 *Commodum & periculum rei pertinet ad dominum.*

6 *Declaratio Bartoli, ſi genus reſpectu certæ ſpeciei debeatur, exſtincta re obligationem tolli.*

7 *Contraria ſententia Fulgoſii & Cumanis cum argumentis.*

8 *Intellectus l. fundum. ff. de nouationibus.*

9 *Explicata l. hominem, ff. mandati.*

10 *Interpretatio l. vir vxori, ff. de dote prælegata.*

11 *Cum ad emtorem commoda rei pertineant, vtique & incommoda.*

12 *Declaratio ſecunda noſtræ regulæ, quando creditor periculum in ſe ſuſcepit.*

13 *Declaratio tertia, ſi illam loco & tempore congruo obtulerit.*

14 *Declaratio quarta ex l. Titius, ff. de præſcrip. verb.*

15 *Declaratio quinta, ſi res incerta numero, aut loco circumſcripta ſit.*

16 *Quid obtineat, ſi pecunia per principem prohibita ſit.*

17 *An ad liberationem conſequendam ſufficere videatur, quod quis pecuniam prohibitam inferre paratus ſit.*

18 *Diſtinctio Romani intereſſe, an debitor in mora fuerit, an minus.*

19 *Quando vna res in petitione eſt, alia in ſolutione, tunc ſublata re, quæ ſolui poterat, quis liberatur.*

20 *Pater ex debito filii non tenetur, niſi peculio tenus.*

21 *Si bonæ fidei poſſeſſor re vendita pecuniam amiſerit, liberatur.*

22 *Si culpa creditoris res intercidat, liberatio contingit.*

23 *Pecunia certo loco definita, ſi perierit, heredis obligatio exſtinguitur.*

24 *An debitor liberetur interitu rei, ſi eodem modo apud alium peritura erat.*

25 *Diſtinctio Doctorum.*

Digitized by Google

26 *Alia ſubdiſtinctio Alberici, Caſtrenſis & Decii, quam vſurpant Duarenus & Donellus.*

27 *Naturam mutui deſiderare, vt res in eadem bonitate reddatur.*

28 *Syllogiſmus l. cum quid, ff. de reb. cred. quo ordine compoſitus.*

29 *Vinum nouum pro veteri ſolui non poteſt, & quid ſi præſtantius ſit.*

30 *Iuriſconſultum in præcedenti quæſtione reſpexiſſe id, quod frequentius accidere ſolet.*

31 *An pro vino nouo vetus inferri poſſit, diuerſæ doctorum ſententiæ.*

32 *Senem doctorem iuueni regulariter præferendum, cum ſua moderatione.*

33 *Quotiens obligatio concepta eſt ſub certa ſpecie monetæ, quæ in ſua forma reſtituenda ſit, non tenetur creditor aliam accipere.*

34 *Si id nominatim expreſſum non ſit, nummi alterius formæ, ſi tamen eiuſdem materiæ ſint, dependi poterunt.*

35 *An argentea pecunia pro aurea, vel contra, ſolui poſſit?*

36 *Doctores pro parte affirmatiua.*

37 *Auctores pro ſententia negatiua, cum argumentis.*

38 *Contraria argumenta affirmatiuæ ſententiæ.*

39 *An ſi quis mille aureos aut argenteos mutuo dederit, & illi poſtea non cudantur in æque proba materia, tantundem tamen valeant, illos recipere cogatur, quod contra plurimos doctores auctor defendere conatur.*

40 *Declaratio præcedentis concluſionis, ſi quid interſit creditoris.*

41 *Si pecunia, quæ poſtea cudatur, inferior ſit, & ratione bonitatis, & pretii, creditor illam accipere non compellitur.*

42 *Quod ſi pecunia conſtet eodem pondere & materia æſtimatio tamen vel augeatur, vel minuatur ante moram debitoris, illud nocet, & prodeſt creditori, ſecundum plurimos.*

43 *Contrariæ ſententiæ defenſores, & argumenta.*

44 *Diſtinctio auctoris.*

45 *Quid obtineat, ſi dictum ſit ad ratione triginta baizeorum pro ducato, variæ doctorum ſententiæ, cum argumentis.*

46 *Diſtinctio auctoris.*

47 *Quid iuris ſit, ſi valor minutæ pecuniæ ſe intenderit aut remiſerit.*

48 *Confutata argumenta illorum, qui auctores ſunt, æſtimationem aureorum demonſtrationis gratia adiici.*

49 *Definita quæſtio, an mille aureis mutuo datis, ſi æſtimatio creuerit, vel ſe remiſerit, tantundem, an plures, vel minores numero ſoluendi ſint, cum argumentis. & n. 51.*

50 *Quid obtineat, ſi mora debitoris interceſſerit?*

52 *Si quis caueat, ſe centum libras in ducatis vel florenis accipere, an damnum & emolumentum inde naſcens accipienti, adſcribi debeat?*

53 *Quod ſi non appareat, in qua pecunia quid numeratum ſit, quem defungi poſſe ſoluentem pecuniam currentem.*

1 PRo explicatione præſentis † legis ſciendū
eſt, quædā ad ſubſtantiam mutui referēda
eſſe, alia ad formā, quædam ad naturā, nonnulla ad leges. Ad ſubſtantiā mutui pertinēt omnia illa, quæ cōprehenduntur *l. 2. ff. eo. tit.* veluti, ꝙ res interueniat, *d. l. 1. in princ.* quod detur eo animo, vt aliud ſoluatur, *§. mutui datio*, ꝙ in pondere, numero, aut mēſura conſiſtat, *§. appellata*, ꝙ de meo tuū fiat. Formam cōſtituo in mutuo cōſenſu, de qua *l. 3. l. 55. & 57. ff. de obl. & act.* Natura vero comprehendūtur ſequētia, ꝙ tribuat cōdictionem certi, *l. condictio, 9. ff. eo. tit. Inſt. in prin.* ꝙ eiuſdē bonitatis res reddenda ſit, *l. cum quid, ff. de rebus cred.* quod periculū rei in illū tranſeat, *vt hic, & §. 1. ff. de obl. & act.* Leges, cōtrahentes pro arbitrio cōſtituere ſolent, vt vſuræ ſoluātur, *vt l. lecta, ff. eo. tit.* vt certo loco pecunia inferatur, *l. 1. & toto tit. ff. de eo quod cert. loc.* vt ſunt omnes conditiones extrinſecę, *l. in omnib. ff. h. t. l. contractus, ff. de reg. iur.* de quibus in præſentia nō diſſerimus, ſed reuertimur ad materiā legis noſtræ, quod periculū rei mutuo
datæ in accipientē trāſeat. Sed videtur † ne- 2
gotium faceſſere, *l. quod te, 5. ff. eo. tit.* vbi quis ad ſarciendū damnū, quod caſu fortuito incidere ſolet, nō tenetur niſi appellatus morā in ſolutione fecerit. Et quāuis huius ſcrupuli facilis poſſet eſſe exemtio, cum ibidem de certa ſpecie tractetur, hic aūt de pecunia numerata: tamen vt hæc materia tanto facilius percipi poſſit, conſtituam regulā generalē: ꝙ nedum in his, quæ pondere, numero & menſura continētur, ſed etiā quæ in genere promiſſa ſunt, aut alio modo debētur, de quibus Iuriſconſultus, *l. in ratione, 30. §. verum eſt aūt, & §. incertæ, ff. ad leg. Falc.* fortuitos caſus, incendii, ruinæ, naufragii, belli, prædonū impetus mortis, aut interitus rei debitæ, inundationis aquarū, de quibus *in l. contractus,*
in fin. ff. de reb. cred. ſi cert. pet. liberationē † nō 3
adferre, vt hoc noſtro textu, *item d. l. 2. §. 1. l. continuus, 177. §. illud, ff. de verb. oblig.* Ratio in
promtu eſt, † ꝙ per rerū naturam ita cōpa- 4
ratum ſit, vt genus nullo modo, aut ſane ra-
riſſime interire poſſit, *d. §. incertæ.* † Et dein- 5
de eſt peculiaris ratio in cauſſa mutui, quod commodum & periculum rei pertineat ad dominum, *d. §. 2 ff. de obl. itē l. 10. ff. de reg. iur.*

Hoc noſtrum generale pronuntiatum
Bartol. *d. l. quod te, num. 4.* ita declarat, † vt ſi 6
certa perſonæ quantitas, vel res in genere debeatur reſpectu ſpeciei, ſublata ſpecie intelligatur quoque peremta obligatio quantitatis, *l. quidam teſtamento, 96. §. ſi tibi ſeruus, l. Titiæ, 36. §. final. l. filiusfamilias, 114. §. final. ff. eodem titul. l. 1. §. final. ff. ſi cui plus quam*

Ludouic. Roman. numer. 8. Franc. Aret. num. 9. verſ. vnde ſicut, quando debitor. Bartholom. Socin. num. 13. Salyc. num. 8. Matth. de Afflict. deciſion. Neapol. 150. nu. 11.

14 Quarta declaratio † ſe offert ex *l. Titius, 24. ff. de præſcrip. verb.* vbi ſi pecunia ea conditione detur, vt quis inde tributum ſolueret, quod is, qui numerabat pecuniam, debebat computatis vſuris, ſemiſſibus, & reliqua pecunia vteretur, illa pecunia non ſit periculo accipientis, quem textum ad hoc expendit Iaſon *num. 15. verſ. tertio principaliter, Dec. num. 30. Zaſius num. 10. Alciat. num. 10. Caſtrenſ. d. l. Titius, §. ſed neque ipſius, ff. de præſcript. verb. idem Iaſon in l. ſi paſcenda pecora, C. de pact. num. 12. Vrſill. in additio. ad deciſion. Neapolit. Matth. de Afflict. c. 150. n. 24.*

15 Quinta declaratio † peti poteſt ex *l. in nauem Saufeii 32, ff. locat. l. in ratione, 30, §. incertæ, ff. ad legem Falcid.* quod quando res incerta debetur, quæ tamen numero aut, loco circumſcripta ſit, tunc his ſublatis, tolli quoque obligationem eius nomine contractam: qua in re non placet mihi, quod Doctores de genere generaliſſimo, & ſubalterno comminiſcuntur, cum ſiquidem nomina ſecundæ intentionis, ſecundum Dialecticos intueri velimus, nullum ſit genus generaliſſimum, aut ſubalternum, quod in obligationem deduci queat, niſi ad vltimam ſpeciem, quæ indiuidua complectitur, deſcendamus, vt ex his aliquid præſtari poſſit, vel vnius, vel alterius ſpeciei: ſi in genere quid promiſſum ſit. Nec audiendum puto Zaſium, qui *ibidem num. 15.* contendit, quod ſi teſtator leget hominem, vel equum in genere, is videatur de ſeruis vel equis ſuis ſentiſſe, vt his ſcilicet ſublatis, heres liberetur. Repugnant enim lex *legato 37. l. cum incertus, 13. ff. de legat. 1. l. in ratione, §. incertæ, ff. ad legem Falcidiam.* Neque ſuffragatur ſententiæ ipſius Zaſii, *l. ſi domus, 71. ff. de legat. 1.* Nam, vt recte diſtinguit Bartolus *in l. obligatus, ff. de verborum obligation.* & etiam ipſe Zaſius *d. l. quod te, numer. 15.* magna eſt differentia inter ea, quæ a natura certam formam & fines habent, vt homo, equus, in obligatione, vt ruſticus de domo ſua phaſianum, anſerem, vel gallinam cenſus nomine inferat: & quę artificio hominum ad perfectionem perducuntur, *l. ſi is, qui quadringenta, ff. ad legem Falcidiam.* Hic enim teſtator legando domum, vnam ex ſuis ædibus legaſſe cenſetur, ne huiuſmodi legatum ridiculum videatur, *d. l. ſi domus.* Illic autem mediocris pretii ſeruum, vel equum legaſſe cenſetur, multo minus igitur eidem Zaſio accedendum puto in contractibus, in quibus tamen idem ſeruandum docet.

Sextam declarationem † prodidit Cynus, 16
quem *l. cum quid, ff. de rebus cred. ſi certum petat.* ſequi videtur Alciat. *num. 10.* non habere locum definitionem præſentem, ſi pecunia promiſſa edicto Principis prohibita ſit, *argum. l. creditor, 102. ff. de ſolut. item l. in ratione, 30. § incertæ, ff. ad legem Falcid.* Et cõtra obiectionem, quod ſaltem id, quod ſupereſt, præſtari debeat, id eſt, ipſa pecunia prohibita, vt in maſſam conuerti poſſit, occurrit per allegationem *l. mortuo, 49. ff. de legat. 2.* qua comprehendatur, mortuo boue, neque corium, neque carnem deberi. Sed ſanè meo iudicio recte reprehenditur a Bartolo *d. l. quod te, num. 6.* item Caſtrenſe *ibidem num. 9.* Bartholom. Socin. hanc ſententiam communem renuntiante *num. 14.* Alexan. *nu. 6.* Franciſc. Aretin. *num. 4.* Dec *nu. 31.* Angel. *l. cum quid, ff. de rebus credit. ſi certum petat. nu. 6.* Salyc *ibidem num. 8.* Quamuis enim pecunia in certa forma data in eadem forma ſolui debeat: tamen ſi talis pecunia non amplius deprehendatur, iuſta eius æſtimatio inferenda erit *cap. cum olim, & c. cum canonicis, extr. de cenſib.* ita pronuntiant Caſtrenſis, Alexand. Angelus, Salycet. *in locis ſupr. allegatis*, quamuis † Bartol *ibidem num. 7.* videatur ſentire, quod ſufficiat, quod quis eandem pecuniam, quamuis prohibitam poſſit 17
ſoluere. Nam, vt ait, in pecunia, materia tanquam præcellentior formam ad ſe trahit, *l. quæſitũ, §. illud fortaſſis, ff. de legat. 3.* Quod ita intelligo, non quod creditor ea vti poſſit, ſed vt ad monetæ præfectum deferat, vt ab eodem conflетur, & maſſa, vel iuſta æſtimatio ipſi reſtituatur, alioquin ſi vtilitatem non habeat, ſatis iniqua videri hæc ſentẽtia poſſet, niſi in caſu *d. l. creditor.* Et quamuis hanc Bartoli opinionem taxet Caſtrenſis, tamen defendi poteſt ex traditione gloſſæ, *in §. mutui datio, l. 2. ff. de reb. cred.* item Butigellæ *n. 12.* Alex. *nu. 2.* vbi eam ſententiam magis communẽ dicit, poſt Petrum, Cyn. Bald. & Ang. Petr. Richard. *Inſt. de oblig. quæ re contrah. §. 1. n. 37. arg. l. 1. §. fin. ff. de aur. & arg. leg. l. cum certum, l. cum aurũ, ff. de aur. & arg leg. item l. quæſitum, §. illud, ff. de legat. 3. item l. ſi quis argentũ, C. de donat.* Quod tamen ita declarant, ſi pecunia, quæ datur, ſit eiuſdẽ ponderis atque bonitatis. Porro, animaduertimus aliquãdo monetã ex eo prohiberi, non quod ſubæra-

Digitized by Google

d.n.5.verſ.ſecundo caſu quãdo debet rem, vbi tamen nonnihil diſtinguit, vt poſtea intelligemus, *Ang.num.3.Bald.verſic.oppono quòd debeat diſtingui, Salyc.nu.19. Bartholom.Soc.n.22. Caſtrenſ.num.11.* adhibita tamen diſtinctione, de qua poſtea. Decius *num.50.* repetita eadem diſtinctione, *Zaſ.num.28.Alciat.num. 14.Iaſon num.27.*. Et teſtatur de communi opinione, vt etiam facit Angel. *loco ſupr. allegato, Ludouic. Roman. nu.10.* idque fulcire conantur per *l.nemo,82.ff.de verb.oblig.§ final.l. cum res, 47.ff. de legat.1.* idẽ ſumto argumento a fure, quem certum eſt, omnino teneri, *vt ſupra diximus*, ad illum, qui moram contraxit, *l.inter ſtipulantem, 83.ff. de verbor.obli-*
26 *gat.§.Stychum.* † Dixi Albericum, Caſtrenſem & Decium adhibere diſtinctionẽ, quæ reſpuenda non videtur. Exiſtimant enim intereſſe, an certum ſit, rem eodem modo perituram fuiſſe apud petitorem, an vero illud incertum ſit, quod rem acceptam potuiſſet diſtrahere, vt hoc caſu de interitu teneatur, illo vero liberetur. Incertum autem videri, niſi alter doceat, hanc rem poſt traditionem petitorem venditurum non fuiſſe, ſiue, quod iam eſſet in ea cauſſa, vt vendi non poſſet, ſiue, quod conſtaret de propoſito petitoris, vel per confeſſionem ipſius, vel alia ratione, quod huiuſmodi rem alienare nollet: atq; hoc modo etiam apud eundem æque peritura fuerit, ita accipiendam eſſe legem, *ſi in Aſia,§.fin.ff.depoſiti*, coniunctam cum *l.ſi plures, 14. § fin.eod.tit.* & hanc conciliationem nulla aliorum mentione facta, vſurpant etiam Duaren. *l.ſi ex legati cauſſa, 23. ff.de verb. obl. in verb. ſi interpellatus nõ dediſti, Donell.ibid n.11.& 12.* Idemq; videtur ſentire Cuiacius, quamuis paulo obſcurius loquatur, & videtur hæc ipſa diſtinctio etiam colligi poſſe ex lege, *ſi is qui Stychum, 56.ff.de iure dotium*, vbi tractatur de mora mariti, qui debitorem Stychi, cum is ex cauſſa dotis eidẽ delegatus eſſet, non ſatis mature conuenerit, vt & hic interſit, an Stychus quoq; apud maritum moriturus fuerit.

Hæc de periculo rei mutuo datæ dixiſſe
27 ſuffecerit. Ceterum, quia meminimus, † naturæ ipſius mutui etiam conuenire, vt res in eadem bonitate præſtetur, non abs re facturi videmur, ſi & hanc quæſtionem paulo accuratius proſequamur. Tradit Iuriſconſultus *l.cum quid, ff.de rebus credit. ſi certum petat. quod cum quid mutuum dederimus, etſi non cauimus, vt æque bonum nobis reddatur, non licere debitori, deteriorem rem, quæ ex eodem genere ſit, reddere, veluti, ſi vinum nouum pro vetere. Nam*, vt ait Iuriſconſultus, *in cõtrahendo, quod agitur, pro cauto habendum eſt, id autem agi intelligitur, vt eiuſdem generis & eadem bonitate ſoluatur, qua datum eſt.* Animaduertendum autem eſt pro intellectu legis allegatæ, Iuriſconſultum † vti ſolemni ſyllogiſmo, non 28
tamen ſeruare ordinem Dialecticum, quod puerile illud videatur, & abhorrere a decoro legem ſcribentis, cum non magni ſit negotii, inueſtigato cuiuſque diſpoſitionis medio, rem ad ſyllogiſmi formam reuocare. Concluſio primam partem legis occupat: Maior ſequitur: Minor in finem legis reiecta eſt. Syllogiſmus itaque Dialecticus ita conſtitui poteſt. Quod agitur inter contrahentes, id pro cauto habendum eſt, & præſtandum, vt res mutua eiuſdem generis, & eadem bonitate, qua data eſt, reddatur. id tacite actum cenſetur. Ergo in eodem genere, & in eadem bonitate res ex cautione præſtanda eſt. Fateor tamen, quod ſi quis rem paulo propius vrgere velit, adhuc alio ſyllogiſmo, eoque intermedio opus fuiſſe: veluti, *Quod cautum eſt, præſtandum eſt: quod tacite inter contrahentes eſt actum, id cenſetur cautum.* Ergo, &c. Declarat itaque Iuriſconſultus, vinum † nouum 29
pro veteri ſolui non poſſe. Quid igitur, ſi nouum ſit præſtantius, anne ſoluendo vinum nouum ſeſe liberare poterit? & poſſe conſtituo. Quamuis enim reluctentur verba legis: non tamen repugnat mens & voluntas ipſius, quæ in omnibus legibus præferenda eſt, *l.non dubium, C.de legib.* redditur enim res eiuſdem generis, & eiuſdem bonitatis, vt requirit lex, *cum quid.* Nec mouet, quod æſtimatio bonitatis excellat, cum vtique illud, quod melius ſit, neceſſario eandem bonitatem complectitur, *l.vbi autem non apparet, 75.§.vſque adeo, ff. de verbor.oblig. l.cum furti, ff.de in litem iur.* Vnde colligimus, quod pluris ſit, vtique melius intelligendum videri. Iuriſconſultus enim † videtur legem 30
reuocaſſe ad illa, quę frequenter, maxime in Italia fieri ſolẽt, vt vinum vetus ratione pretii nouo præferri ſoleat. Enimuero, ſi quis a Iureconſulto quæſiſſet, an pro frumento veteri liceret nouum, & recens excuſſum frumentum tradere, longe aliter reſponſurus fuiſſe videtur, cum nedum in Germania, ſed etiam in Italia frumentum nouum plus farinæ præbere ſoleat, quam vetus, quod iam pro bona parte exſiccatum eſt, *Alciat. d.l.cum quid, n.10. argu l.1. C.de condit. in publ.*

Digitized by Google

horr.lib.10. gloſſ.l.1. C.ſi aduerſus vſucapion. &
31 *ibidem Baldus,atque alii.* Inde agitatur † con-
traria quæſtio,an pro nouo vino vetus reſti-
tui poſſit? Gloſſa diſputat in vtraque parte *in*
d.l.cum quid in verb. nouũ, & videtur inclina-
re in negatiuam ſententiam, & id aperte
defendit Albericus *nume.7. Baldus numero 5.*
verſic.quærit gloſſ. an poſſit reddi. Decius numer.
10.Bar autem d.l.cum quid,num.6. contrarium
probant Caſtrenſ.*num.3.* Franciſcus Aretin.
num.5. Zaſius *num.4.* idemque ſentit Alcia-
tus *num.11.* vbi ait vulgo in illam ſententiam
itum eſſe, vt quis etiam inuitus huiuſmo-
di vinum accipere cogatur. Accedunt Iaſon
numer.10. Bartholom.Socin.*num.15.* qui ad-
dit tamen, non eſſe idem probandum, ſi
quis offerret vinum rubrum pro albo, vel
contra, allegat in fulcimentum ſuæ opinio-
nis *l.res in dotem datæ,42.ff.de iure dotium*, quæ
dictat:res eſſe eiuſdem generis & qualitatis
32 reſtituendas, *Alciat.ibidem num.12.* † Ex hac
traditione noſtri doctores eliciunt etiam il-
lud pronuntiatum, quod ſenex cum iuuene
comparatus, ſemper præferendus ſit. Vnde
Bald.*in l.cum in antiquioribus, C. de iure delib.*
& eum ſecutus Zaſius *d.l.cum quid, nu.6.* in-
ferunt, quod melior ſit vmbra ſenis docto-
ris, quam gladius aut doctrina alicuius iuue-
nis, de qua re diſceptandum mihi non exi-
ſtimo. Etenim fieri poteſt, vt iuuenis excel-
lentis doctrinæ, aut aliis ornamentis conſpi-
cuus, ſeni præferendus ſit, *argum.§.ordinatio-*
nem,nouell.de monach.

Secunda quæſtio eſt, *an ſi quis certam pecu-*
niam mutuo dederit in nummis aureis, veluti du-
catis Vngaricis, ſub nomine Imperatoris Caroli,
vel Maximiliani procuſſis, aut thaleros, vel ſimi-
lem pecuniam, an huic ſatisfiat, ſi ipſi alii ducati,
vel thaleri, qui non idem inſigne habent, ſoluan-
tur, vel quod magis eſt, an is adquieſcere debeat
monetæ, quæ reſpondeat æſtimationi thalerorum,
qui nunc frequentantur. Qua in re cõſtituen-
dæ nonnullæ concluſiones ſunt. Prima igi-
tur ſit, quod quoties obligatio cõcepta fuit
33 ſub certa † ſpecie monetæ, quæ in eadẽ for-
ma reſtitui debeat, non teneatur creditor
recipere aliam monetam, quamuis probam
& vſitatam, ſi ſit alterius materiæ, cum pa-
ctorum fides præſtanda ſit, *l.iuriſgentium, §.*
pactorum, ff. de pact.l.1 eodem tit.cum ſimilib.l.
ex emtione,11.ff.emt. & vend.l.contractus,23.in
verb.conuenit, ff.de reg.iur.l penult. §.mancipio,
ff.ſolut.matr. & ibidem illud obſeruarunt Imol.
num.15. Alexan.num.2. Bart.l.Paulus reſpondit,
99.num.10. Raphael Cuman. num.2. Alber.Bru-
nus in tractat. de augment. & dimin. in concluſ.
vlt.verſ.octauo fallit. Didac.Couarr.de veterum
nummo.collat.c.7.§.1.n.5. idem quoque vide-
tur ſentire Angel. *d.l. Paulus, num.3.* dum ſe
refert ad dicta Bartoli, Andr.Gail *lib.1.obſer.*
73.num.9. Mynſ.cent.4.obſer.1.nu.5. Matth.de
Afflict.in tit.quæ ſint regalia,in verb.moneta,n.
11.verſ.circa ſecundum, Andr.Iſern.n.12.Anton.
Gabr,comm.concl.lib.3.tit.de ſolut.concl.2.nu.8.
Albert. Brunus in tract.de augment.in 8.limitat.
Aymo Crauett. conſ.47.n.1. Franc. Aret.in l.non
amplius,final.ff. de legat.1. Quod ſi nomina-
tim † id expreſſum non ſit, hoc caſu nõ du- 34
bitamus, quin cogatur alios ducatos vel tha-
leros, qui eodem nomine inſigniti nõ ſint,
aut recentiores deprehendantur, accipere,
vel aliam monetam auream, ſi ducati mu-
tuo ſint dati, argenteam ſi thaleri: modo ta-
men & in materia, & in æſtimatione reſpõ-
deant, *Bart.l.Paulus,n.3. & Imol.ibid.* idemq;
videntur ſentire Alex.*l.2.§.mutui datio, Dec.*
n.10.& ſeq.Zaſ.n.17.Alciat.n.11.&12,Caſtr.nu.
7.Angel.nu.3. Petr. & Cyn. quos refert Albericus
ibid.nu.14.Iaſ.n.5. vbi ait magis communem
opinionem, quod pecunia pro argento ſol-
ui poſſit, *Ludou. Roman.n.6. Franc.Aret.nu.11.*
princ.eiuſd.leg. idem l cum quid,n.5. Bartholom.
Socin.num.14.& 15. dum omnes ſtatuunt, ex-
cepta gloſſ. Bartolo, & Salyceto, pecuniam
argenteam pro maſſa argentea ſolui poſſe,
Bald.l.ſi quis argentum,in prin.C.de donat. Abb.
in c.quanto,extr.de iureiur.Boer.dec.327.num.3.
Did.Couar.in vet.collat.numiſmatum c.7 §.1.n.
1.idq; arg.l 1.§.1 ff.de aur.& argent.legat.item l.
cum argentum,C.de donat.

Sed an hoc caſu alia pecunia alterius me-
talli, veluti pro auro argentum, † aut pecu- 35
nia ærea, quæ eiuſdem ſit æſtimationis, ſolui
poſſit, ſatis magna controuerſia eſt: id fieri
poſſe, ſtatuunt † Fulg.*n.6. Alciat.nu.11. Purp.* 36
nu.31.d.l.2.§.mutui, item Butigell. d.l.cum quid,
ff.de rebus cred.n 26. Arius Pinell.l.2. infr.de re-
ſcind.vendit.c.3.num.16.& Aluarus ibidem in
additio. Anton.Faber de var.num.deb.ſol.cap.3. 37
† Sed contrariam ſententiam defendunt
Bart.*d.l.Paulus,n.3.Imol.nu.1. Didac.Couar.lo-*
co iam commemorato poſt multos auctores, quos in
hanc rem arceſſit, Leges tamen, quibus hãc aſ-
ſertionẽ tueri poſſint, ſatis dubias in cauſſam
deducunt, *vt l.2 §.1. ff.ſi cer.pe.& l.cũ a quo.ff.*
eo.tit. Nã quod ad *l.2.§.1.* iam allegatam atti-
net, tantũ abeſt, vt aduerſariis præſidio eſſe
poſſit, vt plane hãc ſententiã ſubuertat. Cõ-
ſtituit enim lex in ceteris contractib aliud ꝓ
alio, inuito creditore, dari nõ poſſe. Diuerſã
itaque

Digitized by Google

itaque eſſe cauſſam eorum, quæ pondere, numero, menſuraque conſtant. vnde ſi cõfugiant ad legem, *cum a quo.ff.eod.tit.* occurram, talem legem in titulo allegato nullam reperiri. Suſpicor itaque adductam fuiſſe, *l. cum quid,3.eod.titul.* & culpa typographi hu-

38 iuſmodi mendum irrepſiſſe. Sed neq; † hæc munus impoſitum ſuſtinere poterit, quamuis enim requirat, vt res eiuſdem generis, & in eadem bonitate nobis reddantur, tamen neceſſe eſt nobis, vt concedant hanc diſpoſitionem generalem interpretationem ab aliis legibus accipere, *vt l. Paulus reſpondit,99.ff.de ſolut.* quę ſtatuit ita demum creditorem non poſſe compelli, vt pecuniã in alia forma recipiat, ſi ex ea re damnũ aliquod paſſurus ſit. Vnde per argumẽtum a contrario ſenſu, quod fortiſſimũ eſſe profitetur Iuriſconſultus, *l. 1.ff. de eo, cui mand. eſt iuriſd.* facile adſequimur, ſi nullum ipſius detrimentum intercedat, illum talem ſolutionem recuſare non poſſe. Secundo, moueor auctoritate *l.1.ff. de cõtrah.emt,* qua cauetur pecuniam eo conſilio inuentã eſſe, vt eius publica & perpetua æſtimatio difficultatibus permutationũ æqualitate quantitatis ſubueniret, quæ forma publica percuſſa vſum dominiumque, non tam ex ſubſtantia præberet, quam ex quantitate. Si quis huius legis verba ad verum ſenſum exigere velit, animaduertet circa pecuniam non eſſe vim conſtituendam in materia, quæ appellatione ſubſtantiæ continetur, ſed in æquali æſtimatione. Itaque ſi quis in thaleris tantundem recipiat quantum in aureis Vngaricis debebatur, non videtur habere quod queratur: idem ſi in ære fiat ſolutio, & ipſius nihil interſit, vtrum hoc vel illo modo ipſi ſatisfiat. Intereſſe autem poterit multis modis, puta, ſi longinquum iter emetiri debeat, vt nummos argenteos circunferre non poſſit, ſi pecunia, quæ ſibi debetur, in regione quo proficiſcitur, pluris valeat, vt in aureis floren s Germaniæ euenire videmus. Et ſane exiſtimarim vtrinque humanitatis rationem haberi debere. Etenim ſi eam pecuniam in ciuitate mox erogaturus ſit, non videtur eſſe ratio, quare eandem recuſet, ſiue argentea, ſiue aurea ſit. Neque enim malitiis indulgendum eſt, *l. in fundo. ff de rei vindic.* Idẽ igitur ſtatuo ſi pro decem aut viginti thaleris pecuniã in moneta ſolueret, aliud probaturus, ſi illud pro mille aut aliquot millibus florenorum facere vellet, cum ciuilitatis ſemper habenda ratio, *leg. ſi quis ff. de ſeruitut.* neque oneroſus creditor aut delicatus debitor ferendus ſit, *leg. continuus. §.cum ita.ff.de verborum oblig.* Etenim cum *l. Paulus,99.ff.de ſolut.* quæ alias incipit, *creditorem,* neget hanc mutationem pecuniæ cum damno creditoris fieri poſſe: illum ſatis detrimenti ſentire intelligimus, qui in numeranda moneta iacturam temporis ſui facere cogitur, & a negotiis ſuis auocatur, *l. ſed etſi quis,7.ff.teſtam. quemad.aper.* Accedit quod is potiorem dicatur adferre cõditionem, qui pretii ſolutionem faciliorẽ & expeditiorem adferat, *l.vbi, alias, incipit, ſi ex duobus. §.melior.ff. de in diem addict.* Hanc noſtram animaduerſionem in cõmunem ſententiam adiuuat etiam, *l. quæ extrinſecus, 65.ff.de verb. oblig.* qua cauetur denarios argenteos ſtipulanti, poſſe promitti aureos eiuſdẽ quantitatis, nec vitiari ſtipulationem, cum tñ ſtipulatio ſit ſtricti iuris, neq; vllam diſcrepantiam in reſponſione admittat, *l. 1. §.ſi quis ſimpliciter. ff. de verb. oblig.* ita enim eandem legem reiecta aliorũ extranea expoſitione accipiunt Iaſ. *ibid nu.3. Zaſ.num. 6. Alciat.n.7. Duaren. in verb. nam ſtipulanti denarios, Cuiac. ſtatim ab initio, Donel. n 3. Carol. Molin. q.92.n.700.in tract.de contract.* Enimuero certum eſt, denariũ conſtitiſſe argenteis ſiliquis 24. vt *oſtendit Alexand. ab Alex. genial.dier.lib. 4.c. 24. idemque probat ibidem Andr. Tiraquell.in ſuis annot. auctoritate Plutarchi in Camillo.* habuit enim, *vt cõmemorat Plin.lib.34.c.fi.* idem pondus quod drachma Attica, eadẽ ſex obulos põdere efficiebat, obulus 10. calchos, idemque etiam ſequitur Budæus, *in lib.de aſſe.* denarius enim inde dictus eſt, quod decem aſſes pendere ſolebat, *vt ipſe Budæus obſeruauit, item Alex.ab Alex. & ante illos Priſcianus.* eodem pertinet, *l.ſi is cui ff.de ſolut. & l.numis.ff.de in lit.iur.* in pecunia non debere nos ſpectare corpora ſed quantitatẽ, & certam rei æſtimationẽ. Vltimo non vulgarẽ cumulũ auctoritatis adiicere poteſt, ꝙ conſuetudinis ſit leges interpretari, *l. cum de interpretatione.ff.de leg.l. cum de nouo.C.eo.t* & ꝙ ipſa glo. *in l. ſi quis argentũ. C.de don.* fateatur ita de conſuetudine receptũ eſſe *in verb. æſtimatione. Afflict. dec.90. n. 5.Boer.deciſ.327.num.3.verſ.tamen, de conſuet. gen.* vbi in hanc ſententiã allegat gloſſ. ſupra dictam, item Bald.Sal.& Alber. *in eadem lege.* & multos alios, vt apud eundem videre licet, *Curt. Iun.d. l. cum quid,nu.25.Bart.l quæ extrinſecus.ff.de verb.obl. Zaſ.n.6. Alciat.n 8. Brun.in tract.de augmẽ.mone lim.2. Curt.Iun.*

conſ.24.num.5.Franc.Viuius.in theſaur.comm. opin.in verb.moneta ſiue pecunia minuta.

39 Secunda cõcluſio eſt, † quod ſi quis mille ducatos vel totidem thaleros alicui mutuo dederit, & eadem pecunia poſtea non in tam proba, aut eiuſdem bonitatis materia cudatur, tanti tamen valeat, quãti prior pecunia erogari ſolebat, aut adhuc queat, quod eo caſu quis abnuere ſolutionem in tali pecunia non poſſit. *arg.d.l.Paulus reſpondit,99. item l.qui extrinſecus, 65. l.1.ff. de contrahend.emt.l.ſi is cui.ff.de ſolut. l.nummis.ff. de in lit.iur.l.ſi quis argentum. C. de donat. l.1. §.ſi.ff.de aur.& arg. legat.* Quamuis enim refragantur Bartol. *d.l.cum quid.num.16.& 17. Alberic.nu.13. Angel.nu.6. Bald.nu.7.* licet is neget, in æſtimatione inſpici tempus contractus ſed petitionis, de qua re poſtea, *expreſſe Paul.de Caſtr.ibidem.nu.5. Ludou.Roma. nu.21. vbi tamen excipit duos caſus, Alexand. nu.16.Phil. Dec.n.27. Zaſ.n... Alciat.n.70. Bar. d.l. Paulus reſpondit, nu.3. Imol.nu.1. Panorm. in c.quanto, extr.de iureiur.num.12. Iaſon. d.l. cum quid, nu.27. Curt.Iun.ibid.nu.23. Boer. d. deciſ.327. num.3. And. Tiraq. in tract. de retract. conſang.§.1.gloſſ.8.nu.27. Corn.conſ.109. viſo puncto.in prin.lib.4.* vbi illam ſentẽtiam communem teſtatur, *Signor. Bertrand. Nic. Milius, Ant. Rubeus, Socin. Iunior, Gratus, Albert. Brunus & alii relati ab eodem Tiraq. & Did.Couar. Matth de Afflict.deciſ. Neap.90. nu.2. Vrſil.ibid.nu.1. Roman. conſ.123. Andr. Gail. obſeru.73.nu.7. Guid.Pap.deciſ.493.nu.1. Bart. Socin.d.l.cum quid, poſt Ant.de Butr.num. 40. Anton. Fab.in ſuo tract.de var.num.deb.ſol. cap.4.* tamen ego ex auctoritate legum noſtrarum, *leg.nemo. Cod. de ſenten. & inter l. omnium iudic.* ſtatuo, nos non debere exquirere, quid viri etiam eruditionis laude excellentes & auctoritate conſpicui ſenſerint, ſed quid legibus & iiſdem probatis rationibus perſuadere potuerint. Nam quod ad ad argumenta illorum attinet, illis puto ſatisfactum eſſe. Et plane videtur, aliena eſſe reſponſio ad *l. quæ extrinſecus, 65.ff. de verbor.obligat.* quod iuriſconſultus intelligi debeat de denariis aureis ſecundum ea, quæ ſupra propoſui, defenduntq; hanc ſententiam Ioan. Fab. *in authent.hoc niſi. C. de ſolut. Molin. in tract. de contract quæſt. 100.* & in eandem quoque inclinare videtur Did Couarr. *in lib.de vet.coll.numiſm.cap.7.§ num.7.*
40 habet tamen & hæc † ſententia declarationem illam, quam ſæpe inculcamus, id obtinere, ſi nihil creditoris interſit, nam ſi mercatorem eum proponamus, qui diuerſis in regionibus illam pecuniam erogaturus ſit cum ſuo detrimento. Hoc caſu facile videmus definitioni, *l.99.ff. de ſolut.* locum eſſe. nec mouemur conſideratione ipſius Antonii Fabri *dict. libr.de var. nummar. capit.4.* qui exiſtimat, ſemper creditoris intereſſe, cum pecuniam etiam intra fines prouinciæ ſuæ potuerit in alios vſus conuertere, ſi non per ſe conflando ſaltem aureos nummos ei vendendo, qui poteſtatem cudendi nouos nũmos a principe habeat. Enimuero cum ipſa conflatio regulariter prohibita ſit, vt apparet ex *l.fin.infra.de vet.numiſmat.poteſt. lib.11.& l.1.eod.tit.Balſaran.in tit. quæ ſint regal. in verb.moneta.num.10.* nummus huic vſui deſtinatus non ſit, *l.1.ff.de contrah.emt.& l.ſi is cui ff.de ſolut. l.3.ff.de in lit.iur. l.ſi ita fideiuſſorem, 42.ff.de fideiuſſ.* non puto hæc prętexentem facile audiendum eſſe, niſi eius inſtituti ſit, vt argentarium vel collibiſtam agat, aut nominatim ſibi ꝓſpexerit vt pecunia in eadem ſpecie & eiuſdem temporis ſibi reddatur. Porro, ſi tẽporalis aliqua ſit permutatio pecuniæ, vt ſi ſæuiente bello pretia numiſmatum in immenſum aucta ſunt, & hoc caſu recuſantem talem ſolutionem audiendum putarem, quod non inconſiderate perpendiſſe videtur Guido Papa loco ſupra allegato. † Porro, in eo omnes con- 41
ſentiunt. *vt tradit idem Did.Couarru.* quod ſi pecunia mutetur ratione materiæ & pretii, tunc quem non liberari tales nummos ſoluendo, ſed debere ſupplere quod deſit.

Tertia concluſio eſt, ꝙ ſi pecunia conſtet eodem pondere & materia, æſtimatio tamen † eius vel augeatur vel minuatur ante morã debitoris illud proſit & noceat creditori, *Bar.d.l. cum quid.nu.17. Alberic. de Roſa.ibid.nu.13.poſt Iac.de Aren. Ang.n.6. Bald. nu.7. Ludou.Rom.nu.19. verſ. tertia fuit opinio Bartoli, Paul. Caſtrenſ.nu.5.& 6. Alex.nu.16. Alciat.nu.68. Decius nu.28. Barth.Soc.nu.42. Salic.nu.8. Andr. Tiraq.de retract.conſang.gloſ. 8.nu.27.* vbi plurimos cõmemorat, & hanc opinionem cõmunem eſſe profitetur Did. Couarr. *d.c.7.§.1.nu.3.* adiiciens id communi omnium conſenſu receptum eſſe, præſertim eorum, qui citentur ab And. Tiraq. *in tract.de retract.§.1.gloſſ.18 nu.26.* item ab Albert. Bruno. *in tracta. de augment. & diminut.concluſ.vlt.limit.1. Anton Faber in tract. de var.num.deb.ſolut. cap.5. Alberic.l,2.C.de iur.emphyt.Coſtal.ad l. 42.ff.de iur. dot. Cuiac. Nouell 4. c.3.verſ.& creditor Pinel.in rubr.l.2.*

C. de

Digitized by Google

C.de reſcin. vend.nu.21. & ſeq. Franc.Viuius.in theſaur.com.opi.in verb. monetæ pecuniæue, non diminuta, Rota Bononien.deciſ.39.n.1.Emnanel. Soazin.d.theſaur.in verb.monetæ promiſſæ. nu. 101. Andr. Gail.lib.2. obſeru. 73.nu.9. Math. de Afflict.in tit.quæ ſint regal.in verb.monetæ. n.11. verſ.circa ſecũdum, Ioan. Andr.ibid.nu. 12.Balſaran.ibid.n.19.Borchol.ibi.n.58. addens hanc communem eſſe Doctorum ſententiam.gl. in c.quis ignorat, in verb.noſtro, 32.q. 4.Hoſtienſ.in c.quanto,de iureiur. verſ. quid ergo. Curt.Iun l. cum quid.num.21.Oldrad. conſi. 13.nu.1.Spec.in tit.de obl. & ſolut.lib. 4. part. 3. §.nunc aliqua.n. 9. verſ.ſi autem ex cõtractu allegat l. vxorem 41. §. teſtamento. item l.nomen l final.ff.de aur. & argen. legat. & Ioanes Andreas ibid. in addit. argument. leg.ſi ita quis, 7. ff.eod tit.poſt Azon ab eod.allegatum. Addit Parpal.dict.l cum quid.circa ſi.verſ quarta concluſio, hanc ipſam opinionem, conſuetudine confirmari.

43 Ceterum diſſentiunt † & contrariam partem defendunt Panormitanus dict. cap. quanto, num. 12.poſt Anton.de Butr. & Odofredum ab eodem allegatos. Matth. de Afflict. ſibi contrarius, deciſ. Neapolit. 194. num. 2. Bald. l. acceptam.C.de vſur.num.45. allegat l. ſi vina quæ doliis.ff. de pericul. & commod. rei vendit. Gratus conſil 12.num. 30. Socin.Iun. conſil. 145. num. 94. Ioan. Faber.Inſtitut.quibus mod. toll. oblig.in princip. num. 3. Anton. Gabriel. communium concluſ.libr.3.tit.de ſol.concluſ.2. num. 1.qui tamẽ multos allegat ſatis incõſiderate, vt Hoſtienſ.cap. quanto,de iureiur. Bart. l. Paulus.ff. de ſolut. Bald. conſ. 213. vol. 5. Franciſcus Aretin.l. quod te.ff. de reb.cred. ſi cert. pet. & Angel.ibid. circa fin. Socin. Parpal. qui plane contrarium decidunt, & multos alios. Vnde his remotis ſubiicio alios idẽ defendentes, vt Curt. Seniorem, l. cum quid.ff.de reb. credit. ſi cert.pet. & iuniorem nu. 23. Anton. Burgund. cap.cum dilecti de emtion.num.39. Carol. Molin. in tract.de contract.quæſt.92.num.701. & quæſt.97.num.737. Didac.Couar.dict. cap.7. §.1. verſ. ceterum.Carol. Molin. Guid. Papien. deciſ. 493.num. 1. verſ.nec eſſet opinio illius gloſſæ, Donel.l.3.num.9. & ſeq.ff.de reb. cred.ſi cert. pet. & ibid. Godefred.in verb.deteriorem, Boer. deciſ.327.num.4. verſ. & ſecundum eum regula eſt. vbi pro hac parte adducit Petr. de Anchar Clem. vlt. verſ. ex prædictis collige. Franciſc. Aretin conſil. 84 Ludouicus Bologn. conſil 16 & Roman. conſil. 123 circa primum quo quæritur. Domini.de S.Gemin conſi. 137. addit præterea nonnullos alios, qui illud minime defendunt. Borchold. quæ ſint regal. verb.moneta. numer. 58. qui tamen & ipſe impingit minus diligenter Auctores laudando, qui contrarium defendant, & in hac ſententia videtur eſſe Mynſingerus centuria quarta.ca. 1 num. 2. & 5. dum negat creditorem compelli, vt pecuniam ſi debilior ſit facta aut decreuerit, in æſtimatione recipiat, allegat deinde num.3. certum præiudicium Cameræ Spirenſis.

Argumenta præcipua, quibus hi mouentur, ſunt, quod forma ipſa & ſubſtãtia nummi, quatenus nummus eſt, aliud non ſit quam valor impoſititius, l. ſi ita fideiuſſorem, quadrageſima ſecunda, ff.de fideiuſſ. l. ſi is cui, 94. ff. de ſolut.

Secundo, quod contractus tempus debeamus ſpectare, l. Rutilia Polla 69. ff. de contrahend.emtio. l. ſi filiusfamilias, 78. de verborum obligatio. l. fundum Cornelianum, 28. ff. de nouat. Vnde cum numini nunc temporis plus valeant, æquum eſt, vt æſtimatio redigatur ad pecuniam minutam, quę tempore contractus inferebatur,

Tertio, quod cum mutuum contrahatur re quam metimur ex ipſo valore contractus, quod iniquum videatur, & præter naturam mutui, vt re maior contrahatur obligatio, quam eius pecuniæ, quæ data eſt, l. rogaſti. §. primo ff. de rebus credit. atque ſi plures batzios vel ſolidos quis cogatur ſoluere, quam tempore contractus præſtari ſolebant.

Quarto, quod ſi pecunia edicto Principis in totum improbata ſit, quod ſpectemus tempus ſolutionis, l. creditor. ff. de ſolution.

Quinto, quod de hac re videatur eſſe textus expreſſus, l. cum certum, 9. ff. de aur. & argent. legat.

Pro tollenda quæſtione, † ita rem dige- 44
rendam exiſtimo, vt ſiquidem conuenerit aureos, qui dati ſunt in ſpecie ſoluendos eſſe, pactionis fides ſeruanda ſit, ſecundum ea quæ ſupra propoſui, quamuis Molineus, dict. quæſtio. 92. numero 710. parum circumcumſpecte aduerſetur.

Quod ſi vero dictum eſſet, pecuniam
receptam † præſtandam eſſe ad ratio- 45
nem triginta Batzeorum, pro ſingulis ducatis, item octodecim Batzeorum pro ſingulis thaleris imperialibus, & poſtea ducatorum æſtiſtimatio ex edicto Principis incrementum, vel diminutionem recipiat, an hoc caſu totidem ducati reſtituendi ſint, an vero minores numero,

ſi aucta ſit æſtimatio, plures, ſi minus valere cœperint, non immerito in controuerſiam vocari poſſit, Boer. quidem *d. deciſ. 327. num. 11. & Molin. d. quæſt 92. num. 705. in fin.* videtur ſentire, quod quis liberari poſſit vtroque caſu, ſoluendo priores ducatos, idque arg. *l. ſi inter. infr. de pact. conuent. inter vir. & vxor.* Deinde, quod hæc verba ad rationẽ, 30. Batzeorum demonſtrationis *cauſſa*, videantur adiecta eſſe, *l. liber homo. ff. de verb. oblig.* Tertio, quod id videatur decidi per *l. ſi quis ſtipulatus fuerit decem in mille, 57. ff. de ſolut.* Præterea, quod cum re contracta ſit obligatio debeat reſpondere numero ducatorum, quem quis explicauerit, *arg. l. rogaſti 11. §. ſi tibi. ff. de reb. cred. item l. ſi tibi. ff. de pact.* Quinto, quod illa, quæ tacite inſunt, ſi exprimantur, nihil mutent de natura rei, *l. 3. ff. de legat. 1. l. non recte. C. de fideiuſſ.*

Contrariæ autem, ſententiæ ſunt Ioan. ab Imol. *leg. pen. §. mancipio. ff. ſolut. matrim. num. 15. Alexand. num. 2. Bartol. l. Paulus reſpondit 99. num. 10. Raphael. Cuman. nu. 2. Angel. nu. 3. Didac. Couar. in veter. collat. numiſm. c. 7. §. 1. n. 5. Cranet. conſ. 47. n. 1. & ſeq. Practica Papiens. in libell. actionis hypothecariæ. in verb. relaxandũ. in fi. verſ. ſed circa prædicta. Marian. Socin. Senior. conſ. 298. in prin. Ant. Gabriel. commun. concluſ. lib. 3. tit. de ſolut. concluſ. 2. nu. 11. vbi plures allegat Ioan. Faber. Inſtitut. quibus mod. toll. oblig. num. 3. in verb. ſecus ſi ad certum genus monetæ, & valorem ſe obligarit. Baldus conſi. 39. lib. 2. ſecund. veterem, & conſ. 213. libr. 5. ſecundum nonam impreſſionem. Petr. Anchor. clem. vlt, de decim. Andr Barbat. conſi. 19.* & in eandem partem videtur inclinare Andreas Tiraq, *de retract. conſang. § 1. n. 28. Anton. Faber. in tract. de var. nummar. deb. ſol. cap. 2.* vbi hanc ſententiam communiorem renuntiat. Pro fulcienda hac vltima enuntiatione adduci poteſt, *l. penult. §. mancipio. ff. ſolut. matrim.* vbi ſi mancipia æſtimata in dotem data ſint, non debebitur partus ancillæ, aut ſimilis acceſſio, quæ alias præſtari deberet. Secundo, *l. æſtimatis, 50. cum l. ſeq.* Ex quibus intelligimus, vt etiam ex *l. plerumque, 10. ff. de iur. dot. item l. cum maritus. ff. de pact. dotal. l. cum dotem. C. de iur. dot.* æſtimationem alicuius rei id efficere, vt periculum & commodum rei transeat in excipientem. Quod cum ita ſeſe habeat in pactis dotalibus, vtique etiam admittendũ erit in pecunia mutuo data vbi ſtatim dominium & periculum rei in accipientem tranſit, *l. 1. §. 1. ff. de oblig. & act.* Porro omnia verba contractuum, & aliarum diſpoſitionum, ita accipienda ſunt, ne otioſa cenſeantur, *l. ſtipulatus. ff. de vſuris. l. hæc verba, 73 ff. de verb. ſign. l. ſi quando ff. de legat. 1. l. 1. ff. ad munic p. cap. ſi Papa. de priuileg.* Tertio, quod cum nummi nõ recipiant affectionis conſiderationem, *l. Iulianus ff. de action. emt. & vend. § ibidem Papinianus*, ſed certam habeant æſtimationem, *l. 3. ff. de in lit. iur.* ſaltem ſi tempus contractus intueamur, quod per conſequens videãtur ſe munire voluiſſe aduerſus ea, quæ dies parere & adferre ex mutatione monetę poſſit. Quarto, huc referri poteſt doctrina Felini, *in cap. ſuper literis. extr. de reſcript.* in ſimili caſu diſtinguentis intereſſe vtrum huiuſmodi verba ſub orationis vna conceptione, adſcribantur, ſiue ſeparata ſint, vt hic demonſtrationis locum, quomodo facilius quid explicari poſſit, obtineant, *arg. l. quidam teſtamento. ff. de legat. 1. l. Lucius. ff. de legat. 2. leg. Paula Callinico 27. §. fin ff. de legat. 3.* illic autem taxationis munus ſuſtineant, *arg. l. ſi ſ. c. §. 1. ff. de legat. 1.*

Et ſane hanc vltimam ſententiam cum
certa diſtinctione † admittendam ſta- 46
tuo, vt referat an in loco, in quo contractus eſt inſtitutus, varii ducati, daleri aut floreni fuerint, ita vt nonnulli triginta batzeis, alii autem viginti octo, vel minoris erogari ſoleant, & contrahentes ad tollendam hanc dubitationem, propterea hanc clauſulam adiecerint. Hoc enim caſu non putarem æſtimationem factam, quidquam aliud operari, *arg. l. quæ dubitationis. ff. de reg. iur. & l. lecta. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* cum illa, quæ ad vnum finem deſtinata ſunt, nõ debeant ad alium, de quo cogitatum non eſt, retorqueri, *l. quæſitum. 12. §. penult. ff. de inſtruct & inſtrum. legat. cap. fin. extr. de verb. ſignific Boer. d. deciſ. 327.* ita intelligens Signorolum de homod. *conſ. 74. col. 2.* & Paul. Caſtrenſ. Alexand. & alios *in l. Stichum, qui meus erit. ff. de legat 1.* in ſimili caſu loquentes, eodemq; pertinent, quæ ſcripta reliquerunt Salic. *in l. ſi quis argentum, §. 1. infra. de donat. num. 3. Anton. Fab. d. c. 2. de var. nummar. deb. ſolut. item Felin. cap. ſuper literis, extra de reſcript. nu. 4.* Et hæc ſane inſpectio in coronatis daleris & florenis iuſtiori ex cauſſa procedere poſſit, cum coronati Italici tanti non æſtimentur quanti ſolent coronati Francici, quos *ſolares* vocant. Quemadmodum etiam magna differentia eſt inter daleros imperiales & Hollandicos, quæ obſeruatio apud Coloniẽſes pernecesſaria eſt. Pari ra-

tione

Digitized by Google

tione ſunt floreni Germanici, Belgici, vel Brabantici itē Leodiēſes, inter quos maximum eſt diſcrimen. Vnde cum Brabantici & Leodienſes in ciuitate Leodiēſi pene ex æquo frequententur, non poteſt abſurdum videri, ſi ad tollendam ambiguitatem, æſtimationem pecuniæ ſubiecerint. Hac ambiguitatis ratione ſublata, exiſtimarem talem adiectionem taxationis loco accipiendam, ita vt ſi ex conſtitutione principali aureorum, æſtimatio ſe intenderit aut remiſerit, damnum & lucrum ſit debitoris, quem arbitror liberari ſoluentem æſtimationem
47 adſcriptam. Quod tamen intelligo, † ſi moneta, quæ ſoluitur, ſit illa, quæ tempore contractus in vſu erat, & in illa æſtimatione annumeretur quæ tunc obtinebat. Solet enim vt intelligimus ex *leg. ſecunda, Cod. de numiſmat. poteſt. libr. 11.* creſcente vel decreſcente aurei numi pretio, etiam aliarum ſpecierum talem quoque permutationem accipere. Vnde ſi ille ex noua moneta, quæ reſpectu antiquioris & in materia & in æſtimatione longe inferior ſit, ſatisfacere vellet, non putarim id admittendum eſſe, cum vtique intellexerit de moneta, quæ tempore contractus in certa æſtimatione expendebatur, *l. ſemper in ſtipulationibus, 34. de reg. iur. l. ſi fundus. ff. de euict. l. circa. C. locati.* ſi coiungantur cum *l. Rutilia Polla. ff. de contrah. emt. l. ſi ita. l. fin. ff. de aur. & argent. legat.* cū alias & hoc modo damnum creditor ſentire poſſit, pecuniā minutam in alia forma accipiendo contra *l. cum quid. ff de rebus credit. item l. Paulus, 99. ff. de ſolut. Anton Faber d. libell. de var. numar. deb. ſolut. cap. 9.* & quamuis videantur repugnare illa, quæ traduntur a Bartolo, *l. Paul. reſpondit, 99. ff. de ſolut. numer. 3. Ioan. de Imol. nu. 3 ibidem. Caſtr. numer. 4. Alexand. l. numis. ff. de iureiuran. num. 4 verſ. in gloſſa in verb. æſtimatio, Iaſon ibidem. num. 14.* dum perhibet, quod non eadem ſit ratio pecuniæ minutæ, quæ ſit maioris, quod ſcilicet aurei & argentei per monetam æſtimentur, non contrariam tamen hanc Bartoli obſeruationem, tanquam plus ſubtilitatis, quam æquitatis habentem repudiant Albert. Brun *in tractat. de augment. concluſ. vltim. limit. 1. ſecutus Anton. Abbat. & Imol. dict. capit quanto. extra de iureiurand. Curt Sen. dict. leg. cum quid, quæſt. 2. Martin. Laudens in tracta. monetar. quæſtio. 14. Anton Gabriel. titul. de ſolut. concluſ. 3. numer. 3. Did. Couarru. de veter collat. numiſma. cap. 7. §. 1. nu. 4.* Et ſane pro defenſione Bartoli non video, quid reſpondendum ſit, quod æque in minuta pecunia requiratur ſua bonitas, quemadmodum in aurea & argentea. Exiſtimo igitur, Bartolum atq; alios accipiendos in caſu, quo loquūtur, an ſi poſt moram debitoris aurei numi vel argentei edicto Principis maioris æſtimari cœperint, ita vt multo pluribus batzeis, groſſis, vel libris opus ſit ad comparandum mille aureos vel daleros, id conſiderari debet, & ſtatuunt non deberi, *argumen. l. fin. ff. de pericul. & commod. rei vend. item l. ſi ſterilis. §. ſi per venditorem. ff. de contra. emt.* adhibita tamen diſtinctione, an mercator quis ſit, an minus, &c. de qua re in præſentia diſceptare, non eſt animus.

Quibus ita conſtitutis † non eſt, quod nos de ſuſcepto defenſionis curſu excutiāt illa legum præſidia, quæ pro parte aduerſa conniti videntur, *vt l. ſi inter, 21. C. de iur. dot.* qua ſtatuitur, res ipſas reſtituendas eſſe, quamuis æſtimatæ ſint. Diuerſa enim pecuniæ, & aliarum rerum eſt ratio, pecunia certam habet æſtimationem, & ex affectione hominum aliiſque circumſtātiis incrementum non recipit, *l. 3. ff de in lit. iuran.* deinde pecunia tot fortuitis caſibus, quibus expoſitæ res aliæ ſunt, *vt l. verum. §. fin. ff. de minor. in integrum. reſtitut. l. contractus ff. de regul. iur.* obnoxia non eſt, quippe quæ ſanctionem in genere ſuo recipiat, *leg. ſecunda. §. 1. ff. de rebus cred. l. in ratione 30. ff. ad legem Falcidiam.* Præterea ſupra admonuimus, etiam in pecunia numerata æſtimationem nihil mutare, ſi huiuſmodi æſtimatio dubitationis tollendæ cauſſa facta ſit. Quod hæc verba ad rationem triginta batzeorum, vel triginta batzeis pro floreno computatis taxationis loco videantur adſcripta, arguunt rationes ſupra a nobis commemoratæ, cum res quæ certa ſit, demonſtratione nō egeat, *l prima. ff. de dot. prælegat. §. fin.* & contrahentes illud intelligantur ſenſiſſe, quod verborum ſignificatio præ ſe fert, *l. nepos Proculo. ff. de verborum ſignificat. l. ſi quis fuerit, 57. ff. de ſolution.* recta intellecta nullum nobis negotium exhibebit. Concedimus enim in caſu legis mel ſolui poſſe, ſed ſtatuimus æſtimationem mellis debere reſpondere quantitati nominatæ, idque tempore ſolutionis, adeo vt hæc lex non incidat noſtræ enuntiationis neruos, ſed eiſdem robur & vires ſuppeditet. Quamuis obligatio re contracta excedere rem traditam non poteſt, neque in alio genere ſolui, tamen in

48 (margin, beside "Quibus ita conſtitutis")

pecunia numerata admiſſum eſt propter ipſius naturã, vt aliud pro alio inferri poſſit. Vnde cum tempore contractus pecunia numerata certam habuerit taxationem in libris, batzeis vel groſſis, illi merito etiam expediundi ſunt, quamuis valor pecuniæ datæ nunc temporis nõnihil remiſerit. Nec obeſt, quod illa, quæ tacite inſunt, ſi exprimantur, nihil largiri ſoleant. Nam illud locum non habet in his, quæ mutationi ſunt obnoxia, ita, vt ex euentu poſſint non ineſſe, vt in æſtimatione pecuniæ, & aliarũ rerum, quæ ex tempore & aliis circumſtantiis varietatem recipere poſſunt.

49 Reliqua eſt † tertia quæſtio, *quid iuris ſit, ſi mille ducatis mutuo datis cautũ ſit, vt tantundem nobis reſtituatur, an hic tot numero ducati nobis reſtituendi ſint, vel iuſta illorum æſtimatio, ſi ponamus horum aureorum æſtimationem nonnihil varietatis accepiſſe: puta mille ducati tempore contractus valebant duobus millibus florenorum in moneta: tempore ſolutionis maioris æſtimari cœperunt, ita vt ad duo millia, & quadringentos florenos aſſurgant: an debitori hæc res commodo ſit, adeo vt totidem ducatos deducere poſſit, qui quadringentis florenis reſpondeant: vel ſi ducatorum æſtimatio diminutionem acceperit, vt ſolutionis tempore quadringentis florenis minus colligant, quam antea conſtituebant, eoſdem addere cogatur.* In hac quæſtione totius diſceptationis cardinem verſari quodammodo videmus, & plane pugnantes eſſe Doctorum ſentẽtias: hi debitoris partes capeſſunt, illi aſſerunt cauſſam creditoris. Quibus argumentis nitantur fautores debitoris ſupra expoſui: reliquum igitur eſſe videtur, vt cõtrariæ ſententiæ, quam veriorem opinor, conuenientia fundamenta cõſtituam. Pro cuius defenſione ſeſe initio offert, *l. cũ quid. ff. de rebus cred. ſi cert. pet.* mutuo accipientem cogi, vt res eiuſdem generis & bonitatis reſtituat. Accedit, *l. res in dotẽ data, 42. ff. de iure dot.* quæ requirit, vt ſint res eiuſdem generis & qualitatis.

Porro, ſi pro ducatis mille, quis tantummodo ſoluat octingentos & viginti, quod illi nunc duo millia florenorum efficiant, is non poteſt conſtitui res in eadem bonitate dare aut ita dare, vt accepit: quemadmodum in diuerſo caſu ſi mille ducati, nunc ſolum mille & ſexcentos florenos efficiant, is ſane non poteſt cogi contra naturam contractus, vt pro mille ducatis cogatur expedire mille & ducẽtos, aut paulo minus, cum re non poſſit vlterius obligatio contrahi, quam quatenus ipſæ interceſſerint, *dict. leg. rogaſti. §. ſi tibi. ff. de rebus credit. item l. ſi tibi, 17. ff. de pactis.* Secundo, quod omnes contractus, & pacta ita intelligenda ſint, vt reuocentur ad ea, quæ contrahentes ſi interrogati fuiſſent, veriſimiliter reſpondiſſent, *l. tale pactum. §. fin. ff. de pact.* & quod ibidem Doctores ſcriptum reliquerunt.

Porro, inficiari non poſſumus contrahentes interrogatos quot ducati inferendi tempore ſolutionis fuerint, reſponſuros fuiſſe totidem numero & eiuſdem bonitatis. Tertio, iure naturæ æquum eſt, neminem cum damno & iniuria aliena debere locupletari, *l. iure naturæ, 26. ff. de regul. iur.* atque debitor, & e diuerſo creditor vltra beneficium præſtitum cum damno & iniuria aliena ad deformem compendium adſpirarent, ſi plus aut minus inferrent vel acciperent, quam præſtitiſſent. Quarto, moueor auctoritate *l. vinum, 22. ff. de rebus credit. ſi cert. pet.* vbi æſtimatio vini, quod quis definito tempore non reddidit, refertur ad tempus ſolutionis, vt ſcilicet tantum quis cogatur nomine æſtimationis agnoſcere, quantum potuiſſet quis ex venditione vini eodem tempore referre, ſiue plus ſiue minus vinum eodẽ tempore valeat, quam venire potuit tempore contractus, modo bonitas vini intrinſeca reſpondeat. Eodem referri poteſt, *l. quotiens, quinquageſima nona. ff. de verborum obligation.* qua traditur, quod quotiens in diem, vel ſub conditione oleum quis ſtipulatur, eius æſtimationem eo tempore ſpectari oportere, quo dies obligationis venit. Nec mouere nos debet, *l. cum quis, 22. ff. de obligatio. & actio. l. hominem, 37. ff. mandat.* quibus comprehenditur, tempus contractus inſpiciendum. Parata enim reſponſio eſt & nos dicere, tempus contractus intuendũ eſſe cum agitur de indemnitate aliena veluti fideiuſſoris. Is enim hactenus quid repetere poteſt, quatenus ſoluit. Nec rurſum eſt, quod cõſiſtemur cum *l. 3. ff. de actio. emt. & vend. §. ſi per venditorem. l. ſi ſterilis, 21. §. cum per venditorem. ff. eod.* vbi cauetur, ſi per venditorem vini mora facta ſit, quo minus traderet, condemnari illum oportere, vtro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Porro, *leg. penultim. ff. de condictio. triticar.* ſtatuitur tempus rei iudicandæ ſpectandum, *l. aũt, ſed mihi. §. in hac actione,*

Digitized by Google

actione. videtur introduci quædam differentia inter actiones bonæ fidei, & ſtricti iudicii, ita vt hic tempus litis conteſtatæ, ibi vero rei iudicatæ intueamur, idemque traditur, *l. vinum, 22. & l. fin. ff. de condict. tritic* quam difficultatem Alciat. *dict. leg. vinum. nu. 39. & 41. Donellus num. 16. & 17.* ita dirimunt, vt conſtituant in his, quæ pondere, numero, & menſura continentur, tempus litis conteſtatæ ſpectari debere, in ſpecie promiſſa, rei iudicatæ. Sed de hac quæſtione alibi vo-
50 lente Deo copioſius. Et hæc obtinent, ſi nulla mora debitoris interceſſerit. Nam ſi per eum ſteterit, quo minus ſuo die daret, & poſtea pecuniæ æſtimatio diminuta ſit, nõ dubitamus ipſius culpam eſſe coercendã, ita, vt quod deſit, ſupplere cogatur, *Bartol. dict. l. Paulus reſpondit, numer. 6. & 7. Caſtren. ibid. num. 4. Did. Couarr. dict. capit. 7. §. 1. de veter. collat. numiſm. nu. 4. Anton. de Butr. in cap. quanto, extra. de iureiur. verſ. vltimus caſus, item Abbas, colum. 5. verſ. idem ſcias procedere. Anton. Gabriel. commun. concluſ. lib. 3. tit. de ſolut. & liberat. concl. 3. num. 1.* vbi infinitos allegat.

51 His cognitis † non eſt, quod nos ſuſceptæ defenſionis loco pellant ea aduerſariorum tela, quæ ſupra in cauſſam deducta ſunt. Negamus enim ſubſtantiam pecuniæ, ex ſolo valore impoſititio metiendam, ſi aliquod damnum ipſius creditoris verſetur, *l. Paulus reſpondit, num. 19. ff. de ſolut. cap. olim, & capit. cum canonicis, extr. de cenſibus.*

Quod ad legem Rutiliam Pollam attinet, & alias leges ad eandem cauſſam pertinentes, contractus tempus ſpectandum eſſe, infirmare noſtram ſententiam non poteſt, cum vtique & illud admittamus. Dicimus enim tot ducatos reſtituendos eſſe, quot dati ſunt, nec plures, nec pauciores numero, & ſi quis inſtet: atqui tempore cõtractus licebat pro ſingulis ducatis ſoluere viginti octo batzeos. Conſequens igitur eſſe, vt tempore, quod ſolutioni deſtinatum eſt idem liceat. Hic reſponſum accipiat, id ita demum vtroque tempore licere, ſi ſine præiudicio creditoris illud fiat, *dict. leg. Paulus reſpondit, 99. ff. de ſolutio. & dict. capit. cum olim. & capit. cum canonicis, extra. de cenſ.* videri autẽ creditorem damnum ſentire, ex quo iuſtam æſtimationem pecuniæ datæ non recipiat, eius ſcilicet temporis, quo pecunia debita redditur, *l. vinum, 22. & l. quotiens. 69. ff. de verborum obligation.* Etenim, ſi quis viginti octo batzeos tempore contractus intuliſſet, potuiſſet pro his batzeis tantum comparare, quantum ſi ducatum in ſpecie erogaſſet, atque tempore ſolutionis id non poteſt.

Quod mutuum re & hactenus, quatenus datum eſt, contrahatur, libenter agnoſcimus, & illud argumentum tanquam validiſſimum in aduerſarios retorquemus. ducati ſint dati, ergo in eodem numero reſtituendi. In eadem cauſſa eſt quartum argumentum, vt ſcilicet, ſi ex edicto Principis, vel alia ex cauſſa prohibiti nummi ſunt, qui mutuo erant dati, aut amplius non inueniantur, vt tunc præſtari debeat iuſta æſtimatio pecuniæ antiquæ, *capit. cum olim, & capit. cum canonicis.* Porro, ſi creditor in mora recipiendi fuerit, damnum, quod ex huiuſmodi cauſſa contingit ipſe agnoſcere cogitur, non debitor, *dict. leg. creditor. ff. de ſolut.*

Scrupulum quinto loco motum facile eximere liceret, ſi vna cum gloſſa, *dict. leg. cum certum. ff. de aur. & argent. legat.* Item Roman. *in ſuo ſingulari, 513.* & aliis interpretibus illa verba præſentis temporis, velimus accipere pro tempore ſolutionis. Sed quia illud facere nobis religio eſt, quod in his quæ teſtamento relinquuntur ſequamur æſtimationem temporis, quo teſtamentum conditum eſt. *Oldrad. conſil. 31. num. 1.* vbi in hanc cauſſam allegat, *l. vxorem. §. teſtamento ff. de legat. tertio. item l. Aurelius. §. teſtamento & §. Titius. ff. de liberat. legat. Paulus Caſtrenſ. l. fin. Cod. commun. de legat. Antonius Gabriel. cõm. concluſ. libro tertio. titul. de ſolut. concluſ. 4. in princip.* vbi multos more ſuo allegat, *l. vxorem, 41. ff. de legat. 3. Arrius Pinell. l. 2. infra. de reſcind. vend. in expoſitione rubricæ, cap. 3. num. 22.* ideo pro conciliatione animaduertẽdum eſt, eſſe diſcrimen inter contractum mutui, & vltimas volũtates.

52 Quarta concluſio eſt, † quod ſi quis cõprehenderit, ſe centum libras mutuo dediſſe in florenis vel aureis, & poſtea aureorum æſtimatio aucta vel diminuta eſſet, damnũ & emolumentum inde contingens adſcribi accipienti, quod aureos tanti videatur æſtimaſſe, *Bartol. d. l. Paulus reſpondit, 99. ff. de ſolut. n. 10. Did. Couarr. d. c. 7. nu. 5. concl. 8. verſ. nona concluſio,* vbi ex Alb. Bruno hãc ſententiam communem renuntiat. *Brun. in tract. de aug. monet lim. 8. Bald. cap. quanto, de iureiur. Ant. Gabr. libr. 3 comm. concluſ. tit. de ſolut. & liberat. concl. 2. n. 13. Ant. Faber in tract. de var. nummar. debitor ſolut. c. 9. Franc. Viuius in the-*

Digitized by Google

theſaur.commun.opin.in verb.moneta. variata, ſeu mutata, vbi allegat Bolog.Ferrar.Alex.Alciat. & multos alios idem ſentientes, *in l.cũ quid ff.de rebus cred.* idque arg. *l.ſi quis ſtipulatus fuerit decem in melle.ff.de ſolut.item l.æſtimatis,cũ l.ſeq.ff.ſolut.matr.* Videri enim hic emtionem, vel potius permutationem cõtractam, *argum. l.certi condictio. §.final. cum l. ſequen. ſi cert.pet. item l.ſi ex pretio, hoc eod. tit.* Et ſane hæc concluſio magnam affinitatem habet cum his, quæ diximus de aureo computato ad 30. batzeos, intereſt tamẽ, quod ibidem principalis obligatio incipiat a promiſſione aureorum, hic vero a conuentione, de libris ſoluendis. Qua in re obſeruandum eſt nonnullos, vt Angel. *l.ſi quis ſtipulatus fuerit decem in melle.ff.de ſolut.numer.3.Curt iun.conſil. 24.num.6.Did. Couar.dict.c.7. §.1. concluſ.10.* exiſtimare, quod ſi aurei vel floreni de quibus mentio facta eſt, interea temporis, ratione pretii minus valere cœpiſſent, eſſe tamen illos in ſolutione, quod ſane mihi cum doctrina Bartoli & aliorum, & ipſa æquitate pugnare videtur. Cur enim debitor, qui hoc caſu compelli non poteſt, vt aucta æſtimatione aureorum eundem numerum refundant, quem tempore contractus accepit, ſed liberari poſſit illata quantitate librarum, quæ deſignata fuit, quamuis aureis ob auctam æſtimationem non reſpondeat: in contrario caſu, cum aureorum æſtimatio euiluerit, audiendus erit, ſi hos ipſos aureos offerre velit, recuſata ſolutione librarum, cum tamen ſecundum naturam ſit commoda cuiuſque rei illum ſequi, quem & incommoda, *l. 10 ff.de regul.iuris.l. 1. §. penult. ff.de aqu. pluu arc.* & ferre alteri conditionem non debeat, qua ipſe vti nolit, *l.penult. infra. de ſolutio.* admiſſa etiam illa conſideratione, quod inter eos, qui per modum relationis coniuncti ſunt, æqualitas ſeruari debeat, *l.fin.ff. de acceptilat. l.ſicut.ff. de actio. emt.& vend.*

53 Quinta concluſio ſit, quod † ſi non appareat, in quibus nummis facta ſit numeratio, ſed ſola quantitas librarum aut ſolidoru in comprehenſa ſit, hoc caſu non dubitamus illam ſummam reſtituendam eſſe in pecunia currente, vnde etiã ſi mentio facta ſit florenorum, conſtituo debitorem ſatisfacere, ſi pro ſingulis florenis quindecim batzeos inferat. quamuis florenus argenteus ſedecim batzeis æſtimetur, *argument. l.ſemper in ſtipulationibus, 34.ff. de regul.iur. l.ſi ſeruus, 50. §.final.ff. de legat primo. Fabian.de Mont.in tract.de emt. & vendit. in 5. quæſtio.principal.numer. 14.cum ſequen. Decius dict. leg.ſemper, num.8.Cagnol.nu.5.Mynſing. obſeru. 15. centur. 4.* vbi in hanc rem etiam refert præiudicium Cameræ Spirenſis. De leg. ſi in rem, tractatur in l.ſi non ſinguli hoc tit.

Lex, eum qui.13.

SVMMARIA.

1 *Illum condictione conueniri poſſe, qui pecuniam accepit, ſi creditor domini perſonam ſecutus non ſit.*

2 *Diſtinctio gloſſæ quid obtineat, ſi literæ interceſſerint.*

3 *Alia diſtinctio Bartoli.*

4 *Procurator ſemper mandati actionem contra dominum habet.*

5 *Quid obtineat ſi literæ mandatum continentes ad incertam perſonam miſſæ ſint.*

6 *Quis teneatur, ſi nullæ literæ interuenerint.*

7 *Diſtinctio auctoris.*

DEmonſtrat præſens conſtitutio, † non 1
poſſe illum condictionem certi recuſare, qui pecuniam quamuis in alienas res mutuo accepit, ſi creditor contemplatione domini pecuniam non numerauerit, vnde cum aduerſari videantur, *l.ſi pupilli, 6. §. item, ſi procuratori, ff. de negot geſt.* qua cauetur ſolum dominum teneri negotiorum actione, *item l.ſi litteras, infra mandat.* quæ declarat vtrumque teneri, dominum & nomine illius contrahentem, operæ pretium
eſſe † ſtatuimus vt ſecuti gloſſam, *dict. leg.* 2
ſi pupilli. §.primo.in verb.qui ex abundanti, & alios interpretes, hanc materiã in ſua membra digeramus.

Diſtinguit itaque, intereſſe, an is, qui cõtrahit, mandatum habeat, an nullum? Si habet ruſſum referre, an ad certum hominem, an minus. Si ad certum, diſtingui vtrum tanquam nuntius negotium expediat, an vt procurator. Si vt nuntius, ſolum dominus obnoxius erit, *l final.ff. quod iuſſu, l.qui autem, 14. §. final.ff. de conſtit. pecun. l. ſi ex contractu, 4.infra, quod cum eo, qui in al. pot. eſt negot. geſt. eſſ. dic. idemque poſt gloſſam probat Bartolus, dict. §. primo. numero ſecundo, Alberic.numer. quinto, qui ait in hoc membro omnes conuenire, Baldus numer.tertio. Angel. numer.3.Caſtrenſ.numer 3* aut vt procurator, tunc accipientẽ teneri ex contractu & do-
minũ mandati, *l.ſi literas. C. mandati.* † Ce- 3
terum Bart. *hic num.2.* Bald. *numer.4.* Angel. *num.3.* quibus ſubſcribendum puto, & quorum

rum ſententiæ accedere videatur Alberic. *numer. 6. Caſtren. num. 3. verſ. in dubio*, ceteris paribus, id ex conceptione literarum vel mandati, æſtimandum arbitrantur. Si enim ſcripſerit, vt huic tanquam procuratori ſuo pecuniam mutuo daret, videri creditorem ſolius domini gratia illam pecuniam explicare, ita, vt procurator non teneatur, quod ſi illud adiectum non eſſet, hoc caſu definitio gloſſæ locum habeat, vt ſcilicet vterque teneatur *dict. l. ſi literas. C. mandat.* procurator certi conditione, dominus vero actione mandati.
4 † Habet tamen ipſe procurator etiam mandati actionem contra dominum, vt indemnis præſtetur, *l. ſi mandatu meo 45. ff. mandat.* Et hæc vera eſſe puto, niſi ex aliis coniecturis appareat creditorem huius vel alterius perſonam ſecutũ. Puta ſi ductus amicitia vnius illud fecerit, *d. l. ſi pupilli. §. qui*
5 *amicitia, l. qui habebat. ff. de reb. dub.* † Et hæc diſtinctio ẽt locum habet in ſequenti membro, ꝙ gloſſa meo iudicio ſine euidenti neceſſitate ab hoc membro ſepararit cum literæ vel mandatum ad incertam perſonam diriguntur, qua in re placet declaratio Bartoli quem ſequitur *dict. loco Ang. num. 3. verſ.* Si enim literæ ſint, quibus procuratori permittiur aut mandatur, vt pecuniam in rem ſuam mutuo ſumat, a quocunque illud poſſit idem obtinere, ac ſi literæ nominatim ad eum miſſæ eſſent, quibus illæ poſtea offeruntur, *argumen. l. quidem. & l. ſi fuerit. ff. de rebus dub. l. vnum. §. ſi ex Falcidia. ff. de legat. ſecundo.* idque procedit, ſi ſpecialiter comprehenſum eſt quid petatur. Nã ſi generales ſint literæ, quas credentias vocant, illæ effectum habere non poterunt, niſi in certis caſibus, de quibus *in l. Lucius. ff. de fideiuſſ.* quod ſi autem dominus nullas literas ad aliquem in hunc finem miſerit, ſed ſimpliciter conſtituit procuratorem cum adiectione, quod poſſit pecuniam mutuo ſume-
6 re, † hoc caſu gloſſa diſtinguit, referre, an contemplatione ſolius domini fecerit, vt is tantummodo conueniri poſſit, *dict. leg. ſi pupilli §. primo. ff. de negot. geſtis.* aut ſolius procuratoris, tunc procuratorem duntaxat teneri in hac noſtra lege, ſin autem vtriuſque gratia, vtrumque; vt dictum eſt, *dict. l. ſi literas, infra. mandat.* accipientem conditione certi, dominum vero negotiorum geſtorum actione, *dict. l. ſi pupilli, §. 1.* item vtili actione inſtitoria, *l. ſi mutuam. infra. de inſtit. actio. Gloſſ. ſententiam probant Bart. num. 4. Ang. num. 3. verſ. ſed ſi accepit. Alberic. nu. 5. Bald. nume 4. Caſtrenſ. num. 3 Salic hic circa fin.* Porro, Baldus hãc gloſſæ diſtinctionem ex eo laborare oſtendit, quod non expediat quid iuris ſit in dubio. Vnde idem Baldus, *num. 4. Bart. num 5 Caſtr. nu. 3. verſ. ſed quid in dubio.* in effectu idem videntur complecti, quod in membro præcedenti, vt illud pendeat ex coniecturis. Si enim dixerit ſe pecuniam procuratorio nomine ſumere, vel ex eo mutuo accipere, vt in rẽ Titii conuertat videri creditorẽ ſequi perſonã ſolius Titii. *d. l. 6. §. 1. ff. de neg. geſt* idẽ ſi amicitiam, vel notitiam habeat cum ipſo Titio, cum procuratore nullam, vt ſupra dictũ eſt. Reprehenditur præterea eadem gloſſa a Caſtr. Ang. & Bart. quod creditori decernat negotiorum geſtorum actionẽ. nam aut procurator mandatum ſuum vel literas exhibuit, illaſque ſecutus eſt, & habebit locum ſecundum Angel. actio mandati, argumento eorum, quæ ſupra ſunt dicta; aut nihil tale factum eſt: hoc caſu dari inſtitoriam actionem, *l. ſi mutua. C. de inſtitut. actio. l. eum qui. §. fin. C. quod cum eo, qui in al. poteſt. eſt. negot. geſt. eſſ. dic.* † Ceterum cum repugnet, 7
l. liberto, 31. ff. de negot. geſt. quæ in huiuſmodi caſu defert negotiorum geſtorum actionem, ideo rem paulo aliter digerendã ſentio, referre, quomodo mandatum conceptum ſit, an in forma literarum, quæ collatæ eſſent in perſonam certam vel incertam, qui tamẽ ex præſentatione certus reddatur. Hic enim habere locum actionem mandati, *d. l. ſi literas. Cod. mand. & d. l. quidam. ff. de reb. dub.* aut miſit literas ad libertum vel amicum, quibus mandat, vt pecuniam mutuam ſumant. Si enim harum fidem ſecutus ſit creditor, actio negotiorum geſtorum locum habebit, *dict. l. liberto, 31. ff. de negot. geſt.* Quod ſi vero nullum mandatum ipſi creditori exhibitum ſit, tamen ex poſt facto conſtare cœperit, quod tale mãdatum interceſſit, ſubuenietur per vtilem inſtitoriam actionem, *d. l. ſi mutuam. Cod. de inſtit. actio.* quod ſane ab ipſo creditore probandum erit. Idem etiam obtinere ſtatuimus, ſi non habeat mandatum expreſſum, vt pecuniam mutuam petat, ſed vt aliquid faciat, quod ſine ſumtu explicari non poſſit, *argumen. l. cuicunque §. penult. ff. de inſtit. action. l ſi. ff. quod cum eo, qui in al. pot. eſt, negot. geſt. eſſ. dic. Alberic. dict. l. 6. §. 1. num. 4. verſ. ſin autem non habet.* ſane dubiũ nullum eſt, quin etiam habeat actionem de in rem verſo, ſi pecunia ita accepta in cauſſam domi-

Digitized by Google

ni proceſſit, *l. ei, qui, in fin. infra. quod eum eo, qui in al. pot. eſt. negot. geſt. eſſ. dic.* idem pene videtur probare gloſſ. *d.* §. *qui ex abundanti, l. 6. §. 1. ff. de neg. geſt.* in illo, qui nullum mandatum habuit, vt negotiorum geſtore. quo lectorem breuitatis gratia reiicio.

Lex, ſi mutuæ, 14.

SVMMARIA.

1 *Qui ſe tanquam teſtem ſubſcribit, nõ obligatur propterea.*

2 *Si ſe ſimpliciter ſubſcribat, & fideiuſſor ſit, obſtringitur.*

3 *Idem, ſi tanquam proxeneta interuenerit.*

4 *An ſubſcribens ſibi ratione iuris ſui præiudicet?*

5 *Tantum valet ſubſcriptio, atque ſi quis totum inſtrumentum manu propria ſcripſiſſet.*

6 *Sigillum contractus ſciens, vel cauſſa approbandi adiiciens ſibi præiudicat.*

CVm deſtinata ad certum effectum non debeant in contrarium torqueri, *l. legata inutiliter. ff. de adem. leg. l. qui hominẽ. §. fin. ff. de ſolut.* & ſubſcriptio illorum, quos nego-
1 tium non contingit, ad probationis † cauſſam, non obligationis pertineat, *l. ſcripturas. infr. qui potiores in pig. ſint. §. ſed cum paulatim. Inſt. de teſtam.* idemque etiã in pecunia mutuo data euenire ſoleat, vt ſi inſtrumento, quo comprehẽdatur, aliis pecuniam creditam eſſe, quis ſubſcripſerit, non intelligatur, ſe propterea obligaſſe, ſed vt teſtis id feciſſe, vt hic, vbi præter gloſſam idem in ſum̃ariis obſeruarũt Bart. Bald. Ang. Salic. Accedit *l. ſi non 15. infr. de admin. tut. l. ſi pater, 6. de fideiuſ.* eodemq́; pertinet, *l. nimia. infr. de obligat. & act. & l. Titia, 34. §. Lucia Titia. ff. de legat 1. Bar. l. ſicut §. non videtur. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. Felin. c quoniã contra extr. de prob. n. 47 Iaſ l. ſi ita quis. § Chryſog. n. 11. Maſcard. de prob. ut. vol. 3. concl. 1341. n. 24. l. Gaius Seius, 39 ff de pign. actio.* habet tamen hæcres declarationes ſuas. Primo, ſi in inſtrumento
2 contineatur, eum eſſe fideiuſſorem † contractus interpoſiti, *d. l. ſi non. infr. de adminiſt. tut.* Et ratio in promtu eſt, quod hic nõ ſubſcribat vt teſtis, ſed vt affirmator eorum, quę in inſtrumentum ratione perſonæ ſuæ col-
3 lata erant. † Secunda declaratio eſt, quod ſi ſe ſubſcribat vt teſtis, tamen ſi ipſe Proxenete operam accommodauit, vt cõtractus inſtitueretur, intelligatur etiam ſibi præiudicaſſe, ſi tractetur de re, quæ ad eum pertinere potuit, *cap. ex literis, extra. de tranſactio.* Tertiam tradidit gloſſa. *l. Gaius. ff. de pign. actio. in verb. non obeſſe, & gloſſam ſecutus Barto. ibidem, num. 2. Franciſc. Aret. num. 1. Roman. l. qui dotis, numer. 40. verſ. & licet. ff ſolut. matrimon. Iaſon. ibid. num. 95. Pariſ. conſ. 93. num. 45. libro primo, Decius in capit. cauſſa matrimonii. numero ſeptimo. de offic. delegat. Abbas dict. capit. ex literis. colum. final. verſ. ſatis credo. Felin in capit. quoniam contra. extra. de probatio. numer. 43. Anton. Gabriel. communium concluſ. libro primo, titul. de præſumtio. concluſ. 3. num. 24.* vt ſi quis contradicendo actum impedire potuerit, & illud non fecerit, intelligatur conſenſiſſe, idque defendunt argumento, *l. fideiuſſor 26. §. 1. ff. de pignor.* alias contrarium obtineat, *dict. l. Titia. §. Lucius. ff. de legat. 2. & dict. leg Gaius. ff. de pignorat.* 4
actio leg. final. ff. de re iudic. Et † quamuis hæc aſſertio communi calculo inniti videatur in quæſtione, an præſens & non contradicens videatur conſenſiſſe; tamen in ſubſcribente putauerim eſſe amplectendam diſtinctionem Alberici, *dict. leg. Gaius, 39. ff. de pign. actio. item Caſtr. ibid. num 3. Bartol. dict. leg. quæ dotis, 34. num. 26. Alex. ibid. num. 37.* intereſſe, an ſe vt teſtis ſubſcripſerit, vel auctoritatem præſtans, an vero animo illum actum approbandi, vt hic ſibi præiudicet, illic autem nullo modo, *dict. leg. fideiuſſor. §. 1. ff. de pignor.* Et quamuis Donellus *hic numer. 3.* talem diſtinctionem explodere videatur, quod commemoret eundem §. loqui de illo, qui totum inſtrumentum manu ſua ſcripſerit: aliud autem eſſe ſi nuda ſubſcriptio interuenerit, tamen eundem Donellũ conuincere poteſt ab eodem in contrarium allegata, *l. ſicut. § non videtur. ff quib. mod. pign. vel hypoth ſoluat.* in hæc verba, *Sed ſi ſubſcripſerit forte in tabulis conſenſiſſe*
videtur, † idque multis aliis legibus doce- 5
ri poteſt, quæ indicant tantum valere ſubſcriptionem, ac ſi totum inſtrumẽtum manu ſua perſcripſiſſet, *l. emtor § Lucius. ff. de pact. l. ſi ita ſtipulatus, 126. §. Chryſog ff. de verb. oblig & ibid. Iaſon. nu. 11. Zaſ. nu. 3. l. ſi quis ex argentariis. §. 1. ff. de edend. leg. ſi per epiſtolam, verſ. ſubſcriptam. ff. de adquir. hered. authent. quod ſine. C. de teſtament. cap. ſi quis præsbyterorum. extr de rebus eccleſ. non alien. gloſſa. in cap. quanto, de his quæ fiunt a prælato. Roland. a Valle conſil. 44. num. 50. volum. 1. Cephalus. conſil. 272. num. 85. volum. 2. Guid. Panciro. conſil 118. num. 4. Tiber. Decian. reſpon. 29. numer. 30. volum. 2. Ioh. Maſcard. concluſ. 1341 num. 1. & ſeq. Ant. Gabr. tit. de præſumt. concl. 3.* idem
quoque videmus procedere † in perſona 6
ipſius, qui ſigillum ſuum inſtrumento adiecit,

iecit *l.2.de reb.alie.non alien. Ant.Gab.d.tit.de præſumt.n.1.& ſeq.* Habet tamen hæc inſpectio moderationem ſuam, vt ſcilicet non intelligatur de his, qui ignorantes, quid actum ſit, ſubſcripſerint, *l.fin.infr.plus valere quod agitur, quam quod ſimul.concip.& d.l.2.Alex.d.l. quæ dotis ff.ſolut.matrim.n.37.Felin.d.cap.quoniam contra, n.48.Maſcard.d.concl.1341.nu.16. Ant Gabr.d.concl.3.n.27.*

Lex, non aduerſus, 15.

Svmmarivm.

1 *Illum, qui pecuniam mutuam accepit, obligari, & propterea deſiderare non poſſe, vt cū alio, cui eandem mutuo dedit, experiatur.*

DIſpoſitio præſentis legis magnam affinitatem habet cum lege, *eum qui*, ſcilicet, illum obnoxium eſſe, qui pecuniam mutuā
1 accepit: nec † quidquam referre, vtrum in
res alienas accepit. Quod cum ita ſit, facile intelligimus multo minus illum deſiderare poſſe, vt creditor cōtra eum experiatur, cui debitor eam pecuniā ex poſt facto credidit, *vt hic & l.eum, 13. inf.de oblig.& act.l.eū a quo, de ſolut.cum alius, quæ in gloſſa allegantur.*

Lex, quiſquis, 16.

Svmmaria.

1 *Iudicialis auctoritas largitionibus contaminanda non eſt.*
2 *Indirecte permitti non debet, quod directe non conceditur.*
3 *Intellectus l.præſidis 34.ff.de reb.cred ſi cert.pet.*
4 *Iudex pecuniam fœnebrem dare non poteſt.*
5 *An idem in perpetuo magiſtratu admittendum ſit.*
6 *An extraneus fœnebrem dare queat.*
7 *Quid ſi palam & bona fide illud faciat.*
8 *Collectarius quis intelligatur.*
9 *Qua pœna iudices & collectarii pecuniā fœnebrem in cauſſis prohibitis exercentes, puniantur.*

1 MAgnæ curæ ſemper noſtris † legislatoribus fuit, vt omnes artes, quibus labefactari fides iudicantiū ſolet, amputare poſ-
2 ſent. Cum itaque nulla paratior † corrūpendi via ſit, quā largitiones, *l.cum filiusfamilias, ff.de iudic.l.1.& auth ſed nouo iure, infr.de pœn. iud.qui mal.iud.*& pernicioſius factū illius intelligatur, qui verba legis circumueniens, illā eludere conatur, *l.non dubiū, ſup.de legib.l. contra leg.ff.eo tit.l.ita fidei, ff.de iur.fiſc.* quam ſi aperte eas ſubuertere niteretur. Idcirco non iniuria eius factū deteſtantur leges, qui ſub prætextu fœnebris pecuniæ id facere conatus ſit, vt hic. Ceterum repugnare vide-
3 tur † *l præſidis, 34.§.1.ff.de reb.cred.ſi cert.pet.*
quæ ſtatuit præſidem prouinciæ mutuā pecuniam fœnebrē ſumere nō prohiberi. Gothofr. vt ſæpe alias, hāc antinomiā notat, ſed in medio relinquit. Sed puto, non admodū difficilē eius rei ſolutionem eſſe, vt eundem textū intelligamus ex mēte Alex. *l principalibus, poſt Guil. Cuman.* q, in caſu neceſſitatis iudex non prohibeatur mutuā pecuniā ſumere, *Dec.ibid n.13.arg.l.1.ſup.de contract.iud. itē l.ſolent, § fina.ff.de off.proconſ.Iaſ.ibid.nu.2. verſ.quarto limita*, Zaſ.*nu.16.* Alia ſolutio eſt Donelli *hic n.1.* exiſtimantis, intereſſe inter eum, qui litigator cum eſſet, iudici pecunias mutuo dederit, & illū, qui cum in ea conditione non eſſet, præſidi prouinciæ id petēti mutuam pecuniā dederit. Ego puto vtramque ſolutionē coniungendā, alioquin facile quis poſſit neceſſitatē prætexere, quæ tamen tanta vix eſſe poteſt, vt non æque apud alios, quam apud ſe litigantes pecuniā inue-
nire poſſint: multo magis itaq; iudex † pecu- 4
niam fœnebrē dare non poterit, vt conſtat ex *d.l.principalibus, 33.ff.de reb.cred.ſi cert.pet.* quæ definitio tamen certas declarationes admittit. Prima eſt, ſi perpetui ſint officiales, *l.præſidis, 34 eod.tit. Bart.l.principalibus, nu.2. Balb.nu.2.Alberic.n.1.Ang.n.1.Franc.Aret.n.2. Ludou.Roman.n.1.Zaſ.n.15.Bartholom.Soc.n 3.* Idque etiam admittunt in illis, in quibus dubium eſt, an perpetui futuri ſint, an nō. Ceterum aduerſantur Salyc.*hic nu.1.Dec.nu.12.* qui putant, idem in perpetuis magiſtratibus admittendum, quod ſubſit eadem ratio, & textus *in l.præſidis*, videatur loqui non de illis iudicibus, qui iuriſdictionem habent, ſed eorum officialibus. Et quidem hanc ſententiam non improbabilem puto in cauſſa fœnoris, ſi iuſtus timor concuſſionis interueniat, quod totum ex circumſtantiis pendet, vbi admittendam nō puto interpretationē Alex. qui hanc opinionē, cōmuniter teneri ait, quod poſſit in loco originis ſuæ, auctoritate eiuſdem textus, fœnebrem pecuniam exercere: cum nullam de hac re mentionē faciat, ita vt non immerito Bart.*hic n.2.* cuius auctoritate ceteri nituntur, vacillet, & Ang.*nu 1.d.l principalibus.* præterea Dec.*n.7.*hanc opinionem plane repudient, quod etiam facit Bald.hic arg.*l.non licet, & l.qui officii, ff.de contrah.emt.* Ceterum Roma.*hic nu.1.verſ.vnde dic quod ſi, itē Franc. Aret.n.3. Dec. nu.7.*diſtinguunt, an iuriſdictionem habeat, an minus, vt hic procedat prima opinio, illic
vero contraria. Secunda † moderatio eſt, q, 6
illud non habeat locū in perſonis extraneis, qui eo loci nō verſentur, neq; cauſsā timēdi habēt, quæ potiſſimū cōſiderari ſolēt, *l.ſi per*

impreſſionem, ſupr. de eo, quod met. item argum. noſtræ leg. Accedit præterea, quod horum non ſit, negotiationem nõ neceſſariam inſtituere, maxime in ſordido fœnore, dum dirimendis negotiis operam dare debeant, *argum. l. milites agrum. ff. de re milit. & l. ab ad-*
7 *miniſtratione, C. de legat.* Tertio, † ſi id fieret palam, & bona fide, *l. ſi in emtione, 34. § final. ff. de contrah. emt. Alexand. d. l. principalibus, n. 4. verſ. ſexto fallit. Decius ibidem num. 9. verſic. quinto fallit. Zaſ. num. 21. allegat l. non exiſtimo, ff. de adminiſtr. tutor. item l. pupillus, §. fin. ff. de auctor. tut.* Præterea fallit hæc definitio *in leg. qui officii, 62. ff. de contrahend. emtio.* cum quis paterna prædia redimit. Sunt & aliæ declarationes, quas apud eoſdem interpretes videre licet, & ea ex cauſſa omiſi, quod ad materiam mutui non vſque adeo pertineant.

8 Secunda pars legis noſtræ, quæ de † Collectario ambiẽte pretium honoris ſuppeditante loquitur, nõ eandem apud ſcribentes interpretationem habet. Etenim Accurſius quem multi ſequuntur, putat collectarium eſſe candidatum eiuſdem honoris, qui alicui pecunias hoc cõſilio ſubminiſtraret, vt deſiſtat a petitione eiuſdem honoris. Sed hãc expoſitionem non immerito refellit Andr. Alciat. *libr. diſpunct. 4. cap. 22. Cuiac. obſeruat. lib. 10. cap. 14. verſ. eadem actione tenentur, Briſſon. & Sichard. in ſuis Lexicis.* Collectarium enim illum conſtituimus, qui operam argentariis in cogendo ære alieno reliquatorum, qui dubiæ fidei erant, accommodabant, ſiue, quod ipſi redimerent huiuſmodi debita, ſiue, quod nudos miniſtros ſeſe præberent. Collectarios etiam illos ſimpliciter intelligimus, qui argentariam exerceant, & pecuniam cum ſuo fœnore id petentibus, præſtent, de quibus hunc locum exaudiendum ſtatuo. Puniuntur itaque vterque tam colle-
9 ctarius, quam iudex exſilii pœna. † Ceterum, quia *l. ſi per impreſſionem, ſupr. de his quæ vi metus cauſſ.* item *l. aufertur. §. 1. ff. de iure fiſci,* aliæ pœnæ conſtitutæ videntur, idcirco ſecuti Bartolum, *d. l. aufertur, §. 1.* diſtinctione rem expediendam ſtatuimus, intereſſe, an quis metum aliquem per impreſſionem alteri inferat, vt rem ſuam vendat: tunc enim pœna legis *penult. C. de his, quæ vi metusve cauſſa fiunt,* exercebitur. Quod ſi vero emat re ipſa non inferendo metum, locum habebit *l. aufertur, 40. §. quod a præſide, ff. de iure fiſci,* vt ſcilicet infirmato contractu res vindicetur, & æſtimatio eius fiſco inferatur, quãuis reuera & *in d. §.* metũ aliquẽ ſupponere debeamus.

Lex fin. eod. tit.

Svmmaria.

1 *Vbi numerus teſtium definitus non eſt, duo ſufficiunt.*
2 *Vbi periculum maius intercedit, ibidem cautius agendum.*
3 *Quot teſtes neceſſarii ſint, ſi contractus inſtituatur ab imperito literarum, & auri libram excedat.*

Certa eſt iuris definitio, quod † vbi numerus teſtium determinatus nõ ſit, ibi 1
duo teſtes ſufficiant, *l. vbi, ff. de teſtibus.* Ceterum, quia in cauſſis, in quibus maius † peri- 2
culum verſatur, cautius quoque procedendum eſt, *cap. vbi periculum, de elect. in 6.* Idcirco Iuſtinianus in cauſſa numeratæ pecuniæ, ſi tractetur de ſumma, quæ excedat quinquaginta libras auri, maiorem cautelam requirit, vt ſcilicet in accipiẽda ſecuritate creditor teſtimonium trium teſtium probatæ opinionis per eorũ ſubſcriptionem capiat. Quid ſit libra auri, intelligimus ex *l. quotiens, 5. infr. de ſuſceptor. & arcariis, lib. 10. Cuiac. libro 17. obſeru. 9.* † Porro, idem Iuſtinianus cum a- 3
nimaduerteret, ne hoc quidem modo contrahentibus ſatis conſultum eſſe, *nouell. 73. c. 8.* paulo aliter hanc rem digerendam ſtatuit, vt ſiquidem ab imperito literarum contractus in ſcriptis fiat, & in ciuitate: excedat autem libram auri, ad minus quinq; teſtes adhibendi ſint. Quod ſi autem contractus ſine ſcriptis intercedat, vel in agris interponatur, locum habeat veteris iuris diſpoſitio.

De ſuffragiis, Tit. 3.

Svmmaria.

1 *Expoſitio huius legis ſecundum Accurſium, & alios interpretes.*
2 *Interpretatio Alciati.*
3 *Appellatione ſuffragii quid contineatur.*
4 *An appellatione ſponſionis nuda conuentio contineatur.*
5 *Suffragii rationem noua lege Iuſtiniani ſublatam.*
6 *Intellectus Ioannis Roberti Aurelianenſis.*

Accurſius in explicatione † huius tituli, 1
& Accurſium ſecutus Albericus tam in rubr. quam *in l. 1.* præterea Bartol. *in ſummar.* Baldus, Salycet. & Sichard. hunc titulum accipiunt de patrocinio aduocatorum: & hinc etiam in explicatione primæ legis, gloſſa *in verb. conſtrinxerint, Bart. in verſ. oppono, quod imo petendum ſit. Bald. numer. 5. Alberic. num. 1. Salyc. num. 6. Ioan. Sichard. num. 5.* inferunt, ex pacto nudo, ratione ſalarii aduocato debiti decerni actionem, vſumque, vt commemo-

rat

rat Salyc. ſequuntur Iac. de Butr. Guilielm. Cuman. Ray. atque vt idem profitetur, doctorum communis ſententia eſt, vt ſcilicet, ſi ſtipulatio interceſſerit ratione certi ſalarii detur condictio certi ex ſtipulatu, *l. condictio, 9. ff. de reb. cred. ſi. cer. pet.* quod ſi incerta quātitas ꝓmiſſa ſit, actio ex ſtipulatu, *l. ſtipulationū quadā, 74. ff. de verb. oblig.* Si vero nuda cōuentio ſubſecuta fuerit, habere locū condictionē ex hac lege, ſin aūt nulla cōuentio interuenerit, aut nihil certi conſtitutū ſit, confugiendū ad officium iudicis *l. 1. §. in honorariis, ff. de var. & extraord. cogn.* Ceterū Alciat.
2 *lib. parad. 2. c. 14.* † auctor eſt, gloſſam, & alios interpretes in expoſitione hui⁹ legis minus perite atq; conſiderate verſatos eſſe, quod titulus de ſalariis aduocatorū nō debeat accipi: cum ſuffragii appellatio hanc ſignificationē non recipiat, ſed intelligi debeat de cōmendatione aulicorū, qui circa Principes verſētur, & deſideria quid ambientiū ſua ſuffragatione adiuuare ſoleant. Hos enī honorariū præſtitæ operæ recipere poſſe, ſi res ſine fuco ꝓceſſerit, idq; diuerſis exēplis illuſtrat. Lampridius enī in Alexandro his verbis vtitur: *Quod quidam Turinus ſuffragium apud Imperatorem promiſiſſet, atq; pronūtiaſſet ſe Imperatori quædam dixiſſe, cum nihil dixiſſet, ſed in eo pēdere, vt adhuc impetraret, fumum hoc pacto vendens. Alexander iuſſit hominem accuſari, & ad ſtipitem ligari, fumoq; appoſito ex ſtipulis atq; humidis lignis necari, ſuperindicente præcone, fumo punitur, qui fumum vendit.* Alter locus eſt apud Suetonium Tranquillum in Veſpaſiano. *Quendam ex caris miniſtris diſpenſationē cuidā quaſi fratri petentem, cum diſtuliſſet, ipſum candidatū ad ſe vocauit, exactaq; pecunia, quantam is cū ſuffragatore pepigerat ſine mora ordinauit, &c.* His reſpondent, quæ ſcripta reliquit Ammianus Marcellinus *lib. 22.* cū Ægyptii genus hominū litigioſū quotidie Iulianū Imp. tædio afficerent, dum eius præfectos acceptarū pecuniarū accuſant, eū conſtituiſſe lege promulgata nullū interpellari ſuffragatorē, ſuper his, quæ cum recte cōſtiterit accepiſſe. Huc referri etiā poſſunt verba Capitolini in Marc. Antonino, dū ſcribit, *eundē non facile ſuffragatoribus credidiſſe.* Hāc animaduerſionē Alciati in vulgarē expoſitionē probarunt hoc loci Duaren. itē Cuiacius *in ſuis paratit.* prætcrea *in nouell. 8. vt iudices ſine quoque ſuffragio fiant,* quā ipſe inſcribit de præſidib. Gothofred. *in ſua gloſſ. Donel. n. 1. Briſſon. & Schard. in ſuis lexicis, in verb. ſuffra-*
3 *giū,* qui etiā † adiiciunt pronūtiatione ſuffragii deſignari illam mercedē, quæ huiuſmodi ſuffragatoribus dabatur, quod & ipſum obſeruauit Accurſ. quāuis in diuerſo ſenſu, atq; probari poteſt auctoritate *l. laudabile, §. & poſtquā, itē l. per hāc, in prin. ſup. de aduoc diuerſ. iudic. itē d. nouell. vt iudic ſine quoq; ſuffrag. fiāt,* licet in ea tanquā Græce edita magnū præſidiū conſtitui non poſſit. Edocemur itaq; ex præſenti conſtitutione, quod ſi quis pro ſuffragio ferendo ſponſione ſe obſtrinxerit, ſi quæ optabat, conſecutus ſit, ſolutionē illorum, quæ promiſit, recuſare non poſſe. Qua
in re non puto † appellatione ſponſionis nu- 4
dā conuentionē deſignari, quāuis id tradat Accurſ. & alii, & deinde defendere conetur Donell. *hic nu. 7.* repugnat enim *l. ſponſio, 7. ff. de verb. ſig. l. ſciendū, §. dictum, ff. de ædil. edict. l. 2. ff. de ſponſal. l. 1. C. de cont. & com. ſtip. l. ea quæ, ff. de donat. int. vir. & vx.* Hinc etiā non immerito talē interpretationem damnant Alciat. & Duar. & nonnulli ex antiquioribus, quos Albericus deſignat. Et quidē ſi res mobilis ſit, atq; traditio ſubſecuta, valere quod geſtum eſt: quod ſi vero res ſoli in talē conuentionem deducta ſit, ſcriptura deſideratur. Deinde temeritas illius, qui bona cādidatorum non ſponte tradita occupauerit, coercetur, vt ſcilicet in ſtatum priſtinū poſſeſſio reducatur eo a petitione excluſo. Nō pigeret, circa explicationem præſentis conſtitutionis longius inſiſtere, niſi conſtaret, hanc ipſam diſpoſitionē, atq; adeo totū ſuf-
fragii genus † noua lege ipſius Iuſtiniani *no-* 5
uell. 8. vt iud. ſin. quoq; ſuffrag. fiant, ſublatum.

De prohibita ſequeſtratione pecuniæ, Tit. 4.

PRo coronide animaduertendū eſt † Ioan. 6
Robert. Aurelianenſem *ſentent. lib. 2. c. 21.* quod fortaſſe abſurdum iudicaret admittere correctionē legum, vbi cōciliationi locus eſſet, legē noſtram de ſuffragiis, quæ ratione militiæ, vel aliorum officiorū, quæ in commercio ſint, de quibus diſſerimus *l. illud, inf. de collat.* accipere, quod alienū præterea eſſe exiſtimet, hanc notam Imperatorib. Theodoſio & Honorio adſpergere, vt cum ipſi Theodoſius & Valentinianus *l. fin. infr. ad l. Iul. repetun.* ſtatuiſſent, vt hi, quibus honores cōmitterentur, inter geſta iurati depromere cogantur, ſe pro adminiſtrationibus ſortiendis neque dediſſe quidpiam, neque daturos poſtea, ſiue per ſe, ſiue per interpoſitam perſonā, &c. immemores huius conſti-

Digitized by Google

tutionis tam deforme compendium ſuffragatoribus aſſeruiſſe videantur. Quæ obſeruatio Roberti nõ videtur eſſe temere ſpernenda, niſi dicamus conſtitutionem Theodoſii non eſſe intelligendam de ſuffragatoribus aulicis, qui ex permiſſione Iuliani Imperat. huiuſmodi emolumentum vindicare poterant: ortam tamen inde cõtrouerſiam, quod lex generaliter cõcepta, etiam de huiuſmodi aulicis exaudienda videretur. Hãc dubitationem poſtea eundem Theodoſiũ, & Honorium præſenti in lege ſuſtuliſſe. Superueniſſe deinde Iuſtinianum, qui *d. nouell. 8.* ponderatis huius licentiæ incommodis etiam ſuffragatoribus aulicis, tali nũdinatione interdicendum putauit: neque vllo modo ferendum, vt quis ad huiuſmodi adminiſtrationes & officia per ſolitas largitiones viam muniret.

De prohibita ſequeſtratione pecuniæ, Tit. 4.

SVMMARIA.

1 *Cum quilibet ex poſſeſſione cẽſeatur dominus, commodum poſſeſſionis ſequeſtratione interpellari non debet.*
2 *Sequeſtrationis duo eſſe genera, voluntariũ, & neceſſarium, primum permiſſum, alterum regulariter prohibitum cenſetur.*
3 *Eſſe nonnullos caſus, in quibus ſequeſtratio permiſſa ſit, & primo, ſi de re mobili controuerſia, & perſona ſuſpecta ſit.*
4 *Quæ res debitorem ſuſpectum commendet, vbi conſiderata qualitates, a gloſſa requiſita.*
5 *Ille debitor, cuius conditio mutata non eſt, ſuſpectus allegari non poteſt.*
6 *Qui deſiderat ſequeſtrationem docere, de ſuo debito debet, & an inſtrumentum publicum ſufficiat.*
7 *An ſuſpitionis cauſſa per ſolum iuramentum probari poſſit.*
8 *Si timor ſit, ne debitor res controuerſas profundat, admittitur ſequeſtratio, & an id dilapidatio fructuum impetrare poſſit?*
9 *Propter contumaciam non cauentis permittitur ſequeſtratio.*
10 *Conditiõ perſonæ id nonnunquam concedere ſolet.*
11 *Si metus armorum ſubſit, id iudicem ex officio ſuo praſtare poſſe.*
12 *Quando iudex ad ſequeſtrationis conſilium procedere poſſit.*
13 *Si quis prouocet ab exſecutione ſententia, per ſequeſtrationem periculo occurritur.*
14 *Sequeſtratio locum habet, ſi quis ſe cõtumaciter abſentet.*
15 *Sequuntur aliquot caſus vſque ad decem & octo, in quibus ſequeſtratio permiſſa videatur.*
16 *Quamuis ſequeſtratio regulariter prohibita ſit, non tamen idem probatur in deſcriptione, ſi quis aliquid iuris in bonis controuerſis habeat.*
17 *An ex ſequeſtratione poſſeſſio rei interuertatur.*

CVm ex diſpoſitione iuris naturalis quilibet ſit arbiter & moderator rerum ſuarum, *l. 2. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt. l. in re mand. infr. mand. l. domum, ff. de reg. iur. §. per traditionem, Inſt. de rerum diuiſ. & adquir. rer. domin.* & ex poſſeſſione præſumatur quilibet dominus eſſe, *l. 1. infr. de priuil. fiſci,* recte, atq; ordine videntur noſtri Imperatores ſtatuere, quod ſi quis ab alio petat certam pecuniæ quantitatem, & oriatur controuerſia, an illa pecunia petẽtis, an vero poſſeſſoris ſit? item ſi eius eſſe cõſtet, an petenti ſit reſtituenda
pendente huiuſmodi controuerſia ius † dñi 1
per ſequeſtrationẽ interpellari non debere decernant, quod ſcilicet oporteat debitorẽ primo conuinci, & ſic demum ad ſolutionẽ compelli, *vt hic & l. 1. & l. fin. infr. de exſecut. rei indic.* Id enim æquitati & ciuili rationi cõſentaneum eſſe, *l. de vnoquoque, ff. de re iudic. c. paſtoralis, de re iudic. in 6.*

Sciendum autem eſt, quod † cum ſeque- 2
ſtrationis duo ſint genera, voluntarium, quę ſcilicet partium conſenſu fit, *l. intereſſe, ff de adquir. poſſ. l. ſi ſoluturus, §. fin. ff. de ſolut. l. licet, 17. ff. depoſiti,* alterum iudiciale, & neceſſarium. Quod ad primum genus attinet, illud ſemper permiſſum eſt, *argum. l. ſicut, infr. de oblig. & act. Bald. hic num. 3. Salyc. num. 3. Ioan. Andr. in c. locupletari, extr. de reg. iur. Coraſ. miſcell lib. 3. c. 2. num. 1. Hoſtienſ. in ſua ſumm. de ſequeſtr. poſſ. num. 4. Archidiac. in c. quia res, 11 q. 1. verſic. & eſt notandum.* Iudicialis autem ſequeſtratio regulariter prohibita eſt, vt hic.
Exſiſtunt † tamen nonnulli caſus, in quibus 3
ſequeſtratio permittitur: edocemur enim ex *l. fideiuſſor, §. fin. ff. qui ſatiſda. cog.* Quod ſi ſatiſdatum pro re mobili non ſit, & perſona ſuſpecta ſit, ex qua ſatiſdatio deſideratur, apud officiũ deponi debere (ſi hoc iudici ſederit) donec vel ſatiſdatio detur, vel lis finẽ accipiat. Ceterum, non ſatis expeditum eſt,
quæ † res debitorem ſuſpectum reddat, vt 4
hoc ius exerceri poſſit, & quidem gloſſa *ibidem in verb. officium,* tradit, & illũ ſuſpectum eſſe, qui non poſſidet, *l. ſi creditores. ff. de rebus auctor. iud. vend.* item ſi malis moribus præditus ſit, *Inſt. de ſuſpect. tut § fin.* item ſi ſemel aut iterum aliis rem conuaſando & fugiendo impoſuerit. Ceterum, Bar. *ibid. num. 1* explicando eandem gloſſam, negat has quatuor qualitates requiri, ſed nonnunquã ſingulas cauſſas poſſe ſufficere, idemq; affirmat eodem loci Bald. *in princ. & num. 2. Albericus num. 2.*

Digitized by Google

nu.2.Ang.nu.4.Caſtr.n.3.Alex.n.10.Iaſon n.24. Sichard.n.4.Salyc,nu... adeo, vt hoc in iudicis arbitrio verſetur, *Alex.l.2.in princ.ff.ſol.matr. n.22.Curt.Iun. hac noſtra leg.n.34. Tiraquel.l.ſi vnquam, in verb.omnia, nu.31. inf.de reuoc.donat. Coraſ.miſc. lib.3.c.2. num.9.* Et quidem ſi cõſtaret illud ipſum ſemel aut iterum feciſſe, vt ſubtractis rebus alio ſe receperit, non dubitauerim, hoc caſu hãc ſuſpicionem ſufficere, *arg.l.ſi cui,§.iiſdem, ff. de accuſat. item c. ſcribam,c.ex ſtudiis,extr.de præſumt. item l.quis ſit fugitiuus, ff.de verb.ſig.* niſi fortaſſe tot bona immobilia poſſideret,vt hoc modo actori conſultum eſſe poſſit. Porro, quod gloſſa commemorauit de moribus, nõ puto ad omnes mores referendum, ſed eos, qui dilapidationem continent, de qua re poſtea. Quod ſi vero ſtatuamus ſuſpicionis cauſſam ex eo deducendam, quod quis res ſoli non poſſideat,non puto illam cauſſam ſufficere, vt res in ſequeſtrum committi poſſit, idque coarguit *§.fin.* ſæpe a nobis allegatus, *d.l.ſi fideiuſſor,ff. qui ſatiſdare teneantur*, dum ait, ſi perſona ſuſpecta ſit, & hoc iudici ſederit. Idemque aperte probauit Baldus *d.§.final. num...& ibidem Riminald num.4. Iaſon ibidem num.26. Mynſing.centur.2. obſeruat 11. nu.4. Guid.Pap.deciſ.246.nu.1. & ſeq. Andr.Gail obſ. 148. num.7.* idemque poſſunt videri ſenſiſſe Bart.*hic nu.1.* dum dicit, quandoque ſufficere vnum,quandoque aliud, ſecundũ diuerſitatem cauſſarum, *vt patet in legib. a gloſſ. allegatis*, expreſſius Ang.*ibid.nu.4.* in hæc verba: *Nota bene quæ faciũt quem ſuſpectum, & omnia iſta cumulata ſine dubio reddũt quem ſuſpectum, & quandoque alterum ipſorum ſecundum ſubiectam materiam,* vt probatur in legibus a gloſſ. allegatis. Exaudio enim eoſdem in vltimis duobus caſibus a gloſſa allegatis, cum alioqui aduerſentur rationes ſupra a nobis adductæ,& *l.creditores,ff.de rebus auct.iud vend.* quæ ſimilem diſpoſitionem non admittit in debitore probatioris vitæ, Ita intelligo quoque Speculatorem, *tit.de ſequeſt.poſſ.& fruct. nu.2.* in hæc verba: *Sed pone, Titius debet mihi decem,nec poſſidet immobilia,& eſt ſuſpectus, peto res eius ſequeſtrari, quæritur, an poſſim?* Ex quibus verbis facile colligimus, eundẽ Speculatorem deſiderare vltra id, quod quis nõ poſſideat immobilia, ſuſpectus ſit ratione perſonæ. Nec Io. Andr.rẽ aliter intellexiſſe viſus eſt,cum ibidem commemoret, cauſſas a gloſſa relatas, nec diſtinguat, an ſingulæ ſufficiant, an vero coniunctim requirantur: quamuis Iaſon etiam hos auctores pro contraria parte alleget, idemq; aperte defendũt Iac. Menoch. *de arb.iud.ſent.caſ.87.lib.2.n.12. Neuiſ.conſ.51.n.28.* Cum, vt obſeruarunt Baldus, Aret. Soc. *l.creditor.ff.ſi cert.pet.* ſi debitor poſſideat multa mobilia, quæ ita facile exportari non poſſent, in ea cauſſa cenſeri non debeant, cũ ea dignitas poſſit eſſe debitoris & probitas, vt ſuſpicionis cauſsã plane ſubmoueãt, *d.l.ſi creditores,§.plane ſi doceatur, & §.fin.Inſt.de ſuſpect.tut. Tiraq.in tract.de pæ. leg.cauſ.51.n.41. & 42.* maxime ſi iuramentũ de conſeruandis rebus offerat, *Mynſ.d.cent. 2.obſer.11.in prin. Gail.lib.1.obſ.148.n.6.per tex. in c.pen.de donat.int.vir & vxor. & gloſſ. ibid. in verb. quam poteſt, item l.primum, §.ſuper, de aſſert.toll. & gl.ibid.in verb.iuratoriæ.*

Præterea in conſideratione † iudex vocare debet,an eadem ſit cauſſa & conditio debitoris, quæ fuit, cum pecunia crederetur. 5
Hoc caſu enim ſuſpectus videri non poſſit, *d.l.ſi creditores,31.§.plane in recenti. item arg.l. ſi ab arbitro,ff.qui ſatiſd.cog.* quod ſcilicet illam perſonam,quam ſemel probauit, non facile improbare poſſit, *vt ibid.Iaſ.n.5. poſt Ang.Imol.& Raph. Comenſ.ab eodẽ allegatos, Alex.nu. 2.Soc.n.6.Caſtr.l.arbitro,9.nu.8.arg.l.in omnib. ff.de iudic. item l.ſi is, a quo, §.fin.ff. vt in poſſ.legat.item l.qui bona,§.de illo, ff.de dam. inf.l.fin. inf.de ſponſal.Iac Menoch.d.caſ.87.nu.15.Ioſeph. Ludouic.deciſ.41.n.1.Pariſ.cõſ.107.n.56. Ioſeph. Maſcard. de probat.vol.2.concl.823.n 9.* Idem quoque probandum eſt, ſi poſtquam ſciret debitorem facultatibus lapſum eſſe, diu tacuerit, *arg.d.l.creditores,§.plane,ff.de reb.auct. iud.vẽd.Ang.d.l.ſi ab arbitro, §.fin. & ibidẽ Socin.n.7.Maſcard.d.concl.823.n.13.* Præterea requiritur ſecundum Angel. *d.l.ſi ab arbitro,10. §.fin.nu.2.* vt doceat de ſuo credito, ſiue per inſtrumentum, ſiue per teſtes, *Iaſon ibidem num.3.Alexand.nu.2.* Et quamuis Bart. † *in l. litibus, C. de agric. & cenſit. lib.11.* exiſtimet, 6
hoc caſu ſolum publicum inſtrumentũ admittendum eſſe, *argu.l.per hanc, C. de erogat. mil.annon. lib.12.* tamẽ meo iudicio recte refellitur a Ioan.ab Imol. *l.Imperatores, §.fin.ff. de appell.Panorm.c.2.de ſequeſtr.poſſ.* præterea Alexandro *d.l.ſi.fideiuſſ.§.fin. num.8.* Iaſone *nu.14.* qui negat auctoritatem Bartoli conſiderandam, quod commentaria in vltimum librum Cõdicis ſcripta non ſint Bartoli, Bartholom.Socin. *ibid.nu.3. argu.l.in exercendis, infr.de fide inſtr. Ioſeph.Maſcard.d. concl.823.n. 15.poſt Natt. Ang.Dec.Pariſ.Bald.& alios,* idq; aperte videtur euinci ex noſtra lege, *& l.1. & l.fin.infr.de re iud.*

Digitized by Google

7 Præterea ſciendum eſt, in dubium † apud noſtros interpretes vocari, an ſuſpitionis cauſſa probari poſſit per ſolum iuramentũ creditoris, & ſunt, qui illud aſſerant, quos videre licet apud Ioſ. Maſcard. *d. concluſ. 823. n. 4*: item Menoch. *d. caſu 87. num. 1.* Ceterum contraria ſententia verior eſſe videtur, quã ſequuntur & defendunt Bald. *d. l. ſi fideiuſſor, §. final. ff. qui ſatiſda. cog. & Iaſon ibidem nu. 11. Menoch. d. caſu 87. num. 4. Maſcard. d. concluſ. 823. num. 1.* vbi infinitos huius ſententiæ auctores commemorat, cum *l. theſaurus, ff. ad exhibend.* qua aduerſarii nituntur, nihil commune habeat cum præſenti diſceptatione, in qua de ſatis graui præiudicio agitur, & lex noſtra deſideret, vt quis ex ordine conuincatur, atque vna via concedendum non ſit, quod alia non permittitur, *l. ſcire, §. 1. ff. de tutor. dat. ab his.* Illud tamen animaduertendũ eſt ex ſententia Baldi, *d. §. fin. l. ſi fideiuſſor, nu. 1. Alex. ibidem num. 2. Iaſon num. 10. Bartholom. Socin. num. 8.* non eſſe neceſſariam citationẽ ipſius debitoris, cuius perſona ſuſpecta allegatur, ſi periculum ſit, ne ſubtractis rebus, de quarum ſequeſtratione quæſtio eſt, aufugiat, idque arg. *l. ait prætor, §. ſi debitorem, ff. quæ in fraudem geſta ſunt.*

Tres alios caſus proſequitur gloſſa in verbo *ſequeſtrationis*, quos etiam probat Bartol. *hic in princ. Salyc. nu. 3. & 4. Alberic. num. 5. Sichard. nu. 4. & ſequitur Ioan. Coraſ. miſcell. lib. 3. cap. 2. Hoſtienſ. in ſua ſumm. de ſequeſtrat. poſſ. & fruct. nu. 4. Archidiac. c. quia res, 11. quæſt. 1. verſic. alia autem ſequeſtratio, Iaſon d. l. ſi fideiuſſor, §. fin. numer. 27. Abbas in c. 2. de ſequeſtr. poſſeſſ. Mynſing. d. cent. 2. obſeruat. 11. nu. 1 & ſeq. Gui-*
8 *do Pap. d. deciſ. 246.* nimirum † ſi poſſeſſor ſit ſuſpectus, ne res controuerſas interea temporis profundat, *l. ſi cum dotem, §. ſin autem, ff. ſolut. matrim. l. Imperatores, 21. §. fin. ff. de appellat.* Hic tamen aduertendum eſt, non omnẽ depopulationem, aut dilapidationem fructuum efficere, vt res in hanc cauſſã deduci poſſit, ſed ita demum, ſi quæ præſumtio ſit, quæ cauſſam actoris inſtruat, veluti ſententiæ latæ, *d. l. Imperatores, §. fin. ff. de appellat. Salyc. hic num. 3. Andr. Gail. lib. 1. c. 147. num. 6. cap. fin. de ſequeſtr. poſſ. & ibidem Panorm. numer. 7.* vbi tamen diſtinguit intereſſe, an reus cautionem præſtare poſſit de rebus reſtituendis, an nõ, vt vltimo caſu etiam in prima inſtantia ſequeſtratio locum vindicet: & ita fortaſſe poterit intelligi noſtra gloſſa. Præterea Speculator *lib. 4. part. 2. tit. de ſequeſtr. poſſ. num. 2.* Porro, ſi res reſtitutioni ſubiecta ſit, vt eſt dotalis, vel quæ in fideicommiſſum deducta eſt, hoc caſu nõ dubitamus ex cauſſa diſſipationis ſequeſtrationem admittendam eſſe, *d. l. ſi cum dotem, ff. ſolut. matrim. §. ſin autem, verſic. ſin vero dotem, gloſſ. hic & alii doctores, Coraſ. miſcell. lib. 3. c. 2. nu. 10. verſic ſeptimus, Archidiac. d. c. quia res, 11. quæſt. 1. §. & eſt ratio, argum. l. Imperator, 50. ad SC. Trebellia.* Si enim transferri poſſeſſio in fideicõmiſſarium poteſt, quod grauius eſt, multo magis meo iudicio ſequeſtratio locum habere poterit, niſi fideicõmiſſarius repugnet. Tertio
propter † contumaciam non cauentis de 9
collatione facienda, *l. 1. §. ſi frater, ff. de collat.*
Quarto propter conditionem † perſonæ, vt 10
ſi ſeruus proclamet in libertatem in caſu legis *fin. infr. quib. ad libert proclam. non lic. l. 1. §. fin. infr. de aſſert. tollend.* Circa hunc quartum caſum gloſſæ etiam declaratio quædam requiri videtur, quod duos caſus ſub quadam confeſſione implicet. Etenim ſi de peculio ſerui, qui ad libertatem proclamat, quæſtio ſit, cum præſumtio iuris intentioni proclamãtis prima facie aduerſetur, poterit iudex peculium hoc modo collocare in tuto, *d. l. 1. §. ſuper peculio, inf. de aſſert. toll.* Sin autem inter colonum, & dominum de dominio rei emphyteuticæ controuerſia ſit, hoc caſu ſi recuſet colonus ſatiſdationem de reſtituendis reditibus & publicis functionibus ſequeſtrationi locus ſit, *l. litibus, C. de agric. & cenſ. §. ſin autem. Coraſ. d. c. 2. lib. 3. nu. 10.* vbi etiam reſpondet ad difficultatem legis, *ſi quis conductionis, infr. locat.* quæ videatur innuere domino rem ante omnia reſtituendam, intelligendam ſcilicet eandem legem, cum de locatione aperte conſtat.

Quintus caſus eſt, quem proponit Specul. *in tit. de pet. & poſſ. § 1. num. 38. item lib. 4. part. 2. tit. de ſequeſt. poſſ. Bart. l. ſi vſusfructus, §. ſed ſi inter duos & fruct. n. 4. ff. de vſufruct. Salyc. hic num. 5. Hoſtienſ. in ſua ſumm. de ſequeſtr. poſſ. verſ. duodecimus, Iaſon d. l. ſi fideiuſſor, §. final. n. 27. Guido Pap. d. deciſ. 246. n. 5. Iaſon l. quidam exiſtimauerunt, ff. de reb. credit. ſi cert. pet. num. 4. Neuiſ. in ſua ſylua nuptial. num. 81. Natta conſ. 121. Archidiac. d. c. quia vero, 11. quæſt. 1. verſic. verbi gratia, primo caſu, Andr. Gail lib. 1. obſeruat. 5. num. 2. & ſeq.* vbi multos in hanc rem auctores laudat Coraſ. *d. c. 2. lib. 2. nu. 9. Mynſ. cent. 2. obſ. 11. n. 4.* quod ſi metus armorum ſubſit, tum id iudicem ex officio facere poſſe, allegant in fulcimentũ huius opinionis *l. æquiſſimum, ff. de vſufruct. quæ in Pandect. Florentinis incipit, ſi cuius, 13. §. ſed ſi inter. item l. fin.*

l.fin.§.ſi tamen,ff.de offic.procurat. Cæſar. Sed
prior lex generaliter ſolum innuere vide-
tur,eſſe,nedum cum de proprietate agitur,
ſed etiãm cum tractatur de vſufructu , qui
duobus relictus ſit, quaſi cõmuni diuidun-
do iudicium, ne ad arma & rixas illi veniãt,
quos ſua iuriſdictione cõponere poſſit. Lex
autem poſterior duntaxat demõſtrat, quod
quis ꝓhibere poſſit, ne tumultuoſus aliquis,
aut iniurioſus ad prædia aliena accedat : in-
ter quæ eſſe differentiam, facile quiuis ani-
maduerterit.quo etiã referri poterit *l.ſi ſuper
poſſeſſione,ſup. de tranſactione, l.congruit,& l.il-
licitas,§.ne potentiores, ff. de off.præſid.* Sed re-
ſponderi poteſt, quod quamuis hæ leges de
ſequeſtratione non loquantur: tamen de il-
la intelligi poſſint vi rationis. Si enim vterq;
adſpiret ad poſſeſſionẽ iam morte alterius,*l.
cum heredes,22.ff.de adquir. vel amitt.poſſ.* vel
alio modo vacantẽ, & ſe mutuo impediant,
non videtur abſurdum eſſe, quod iudex pe-
riculo per officiũ ſuũ occurrat, ſequeſtran-
do fructus rei, de qua quæſtio eſt. Hinc etiã
multa cum p'ouidẽtia ſtatutũ eſſe animad-
uertimus Ordinationis Camerę *lib.2.c.21.§.
fin.* quod ſi inter illos, qui immediate tribu-
nali Spirẽſi ſubiecti ſunt, de poſſeſſione du-
bia contentio verſetur, & reformidandum
ſit,ne res ad arma, ſeditionem, aut ſimiles
motus deducatur: Hoc caſu ſubmota præ-
rogatiua iudicum ,ex communi conſenſu
ſumendorum, magiſtratum Spirenſem par-
tes ſuas adcommodare debere, inſtituta ſe-
queſtratione, aut vtrique parti inhibitione
facta, ne ius,de quo controuerſia eſt,interea
temporis exerceant, quoad de cauſſa vlte-
terius cognoſcatur, & quod iuris eſt, ſtatua-
12 tur. Ceterum meminiſſe oportet, † hoc re-
medium tunc temporis locum habere,cum
poſſeſſionis iura vtrinq; ſint in ancipiti. Nã
ſi quis iure ſuo vtatur, aut quieta poſſeſſio a-
licuius turbetur, aliud probandũ eſſet. *Bald.
d.l.æquiſſimum, §.Iulianus, n.3. Iaſ.d.l. quidam,*
vt facile colligitur ex præſenti lege, *Herculа-
nus,in tract.de cаution. de non offend.c.2. nu.15.
And.Gail d.obſeru 5.lib.1.num 6.& 5. vbi plures
allegat.* Sed quid igitur hoc caſu fiet, cum ſe-
cundum *l.quotiens,ff. de reg.iur.* id præferen-
dum ſit ex duobus malis , quod minus eſt?
Sed reſponderi poterit,hoc caſu iudicem a-
lia remedia adhibere poſſe,vt ſcilicet iubeat
interponi cautionem de non offendendo,
*arg.l illicitas,§.ne potentiores,ff.de off.præſid. &
ibid.Bart.n.1.Bald.n.1.poſt Guil. Cuman.* idque
*argum l.denuntiamus, C.de his,qui ad eccle.con-
fug. & d.text. Abb. & Felin. c.1. de treug. & pa-
ce. Andr. Gail lib.1.c.4.num.1. & ſeq.* † Sextus 13
caſus eſt, cum quis ab exſecutione ſenten-
tiæ prouocat, *l.ab exſecutione, infr.quorum ap-
pell.non recip. & ibid.gloſſ.Bart.& alii Doctores.*
Septimus caſus eſt, ſi quis contumaciter † ſe 14
abſentauerit, tunc enim iudex hoc conſilii
accipere poteſt, *cap.ex literis, & c.olim ex lite-
ris,extr.de dol.& cont.& ibid.glo.Panor. & alii,
Alber.hic n.5.Coraſ.miſcel.lib.3.c.2.verſ.tertius
eſt caſus.* Cũ enim, vt ait iudex,poſſit aduer-
ſariũ in poſſeſſionem rei mittere, *l.conſenta-
neum,inf.quom. & quand.iudex, l.Fulcinius,§.
fin.ff.de bon.auct.iud.poſſ.c.quoniam,§.fin.extr.
vt lit.non conteſt.* multo magis clemẽtiori re-
medio vti poterit. † Octau⁹ caſus ſeſe offert, 15
l.ſenatuſconſulto.ff.de off.præſid. Nonus occur-
rit *in c.literas, de reſt.ſpol.* vbi vxor ſæuitiã ma-
riti verita interea tẽporis committi cuſtodię
honeſtæ mulieris poterit. Decimus eſt in *c.
cum locum,extr.de ſponſal.* Vndecimus ſeſe of-
fert *in l.ſi oleum, ff. de dol.mal.alias incip.ſi quis
affirmauit, Hoſt.in ſua ſumm.tit.de ſequeſt. verſ.
quartusdecimus, poſt Goffred. in hoc adductum.*
Duodecimus caſus ſecundũ quoſdã depre-
henditur *in l.acceptam,inf.de vſur.& l.fin.ff.de
fid. inſtr.* cũ agitur de depoſitione pecuniæ,
vel inſtrumentorũ. Sed ſane meo iudicio, ꝙ
hic etiam animaduertit Salyc. hi duo caſus
magis ad ſequeſtrationem voluntariam, vel
cauſſam depoſiti referendi ſunt, quã ad præ-
ſentem ſequeſtrationis iudicialis inſpectio-
nem. Decimus tertius caſus peti poterit ex *l.
iubemus, 16.§.ſuper his,infr.de erogat. mil.an-
non. lib. 12.* Decimum quartum caſum ſup-
peditat *cap. vnicum de eo, qui mittitur in poſſeſ-
ſionem rei ſeruandæ cauſſa, lib.6.* ſecundum ſen-
tentiam Alberici *hic num.5.* poſt Archidiac.
ab eodem allegatum. Nã in textu de ſeque-
ſtratione nulla mentio fit. Decimum quin-
tum caſum ſubminiſtrat Clem. vnica *de ſe-
queſtr.poſſ.& fruct. vbi Ioan.Andr.& alii.* De-
cimus ſextus caſus depromi poteſt ex *c.2. de
ſequeſtr.poſſ.* vbi ſi is qui in poſſeſſionẽ miſſus
eſt, fructus interea temporis profundere in-
cipiat, iudex per modum ſequeſtrationis e-
ius conatibus occurrere poteſt. Decimus ſe-
ptimus eſt caſus, ſi timeatur rei, de qua con-
trouerſia eſt, interitus, vel quod deterior ex
mora reddi poſſit : tunc enim implorato iu-
dicis officio rem vendi, & pretium eius loco
ſequeſtrari poſſe tradit Ferrarienſis *in forma
ſequeſtr.num.5. Panorm. c 2.de ſequeſtr.poſſ. nu.
26.* idemque videtur ſentire Andr.Gail. *dict.
obſer.148. nu.3.* Sed illud meo iudicio poſtea

Digitized by Google

recte moderatur, vt hoc caſu quidem admittenda per decretum iudicis venditio ſit, non tamen habeat locum ſequeſtratio, ſed is, qui in poſſeſſione rei eſt, poſſit ſub idonea cautione pretium vſque ad ſententiam definitiuam reſeruare, atque in vſus ſuos conuertere. Quod intelligo, niſi alia cauſſa ſit, quæ ſequeſtrationem hoc caſu ſuadeat, *d. l. litibus, 2. C. de agric. & cenſit. lib. 11. & l. fin. C. de ord. cogn.* Decimus octauus caſus occurrit *l. poſtquam, §. Imperator, in fin. ff. vt legator. nomine caueatur*

Hactenus occupati fuimus in recenſendis iis caſibus, quos legum & canonum auctoritas cũ ratione peculiari coniuncta, præſentis conſtitutionis imperio atque poteſtate exuerunt. Reliquum eſſe videtur, vt perpendamus, aliam cauſſam eſſe ſequeſtratio-
16 nis, † aliam vero deſcriptionis. Ex multis enim cauſſis quis deſiderare poteſt, vt res, in quibus aliquid iuris habet, aut habiturum ſe confidit, deſcribantur, cum illud in cauſſa poſſeſſionis, aut compendii nullum præiudicium adferat *l. cum plures, 15. § ego puto, ff de reb. auct. iud poſſ. l. 1. §. penult. ff. de ventr. in poſſeſſ. mitt. Bart. verſic. quæri video quod eſt. Panorm. cap. penult. num. 27. de ſequeſtr. poſſ. Alexand. l. ſi fideiuſſor, 7. §. fin. num. 14.* Vltimo mouetur adhuc alia quæſtio, an ſi res ſeque-
17 ſtrentur, illarum † poſſeſſio amittatur? Et glo. quidem *in verb. ſequeſtrationis*, exiſtimat poſſeſſionem hoc modo interuerti: ſed obſtat *l. intereſſe, 39. item l. 3. §. fin. ff. de adq. poſſ.* Qua de cauſſa Bart. *d. l. intereſſe, num. 4. Alex. nu. 4. Salyc. hic n. 2. poſt Iac. de Aren. & Cynum*, vbi addit omnes ita ſentire, diſtinguunt inter voluntariam & neceſſariam ſequeſtrationem, vt in voluntaria amittatur poſſeſſio, *l. licet, 17. §. rei depoſitæ, ff. depoſ.* in neceſſaria non, *d. l. intereſſe, ff. de adq. vel amitt. poſſ. c. 2. ext. de dol. & cont.* Etenim voluntaria depoſitio, vt aiunt, longe maioris effectus eſt, quam neceſſaria: quod appareat ex cõparatione nouationis voluntariæ & neceſſariæ, *l. aliam, ff. de nouat. & l. 1. C. de ædil. ed.* Itẽ ſatiſdationis neceſſariæ & voluntariæ, *l. fideiuſſor, §. neceſſaria, ff. qui ſatiſda. cogant.* Porro Raph. Cuman. *d. l. intereſſe, in prin.* fatetur quidem opinionem Iacob. de Arena communem eſſe: ipſe tamen putat, diſtingui poſſe, an ſequeſtratio fiat in cauſſa ꝓprietatis, an vero poſſeſſionis, vt hic non videatur deponere animum poſſidẽdi. Preterea poſſe aliã differentiã cõſtitui inter ſequeſtrationẽ rei mobilis & rei immobilis: vt rei mobilis poſſeſſio facilius amittatur, *l. rem quæ nobis, eodem titul.* Sed ſane hæc ipſius obſeruatio ex eo explodenda videtur, quod ſequeſtratio non fiat, niſi in rebus mobilibus aut immobilibus ratione fructuum. Ceterum Coraſ. *d. c. 2. lib. 3. miſcell. Franciſc. Aretin. d. l. intereſſe*, putant, neutro caſu poſſeſſionem amitti, quo Lectorem breuitatis cauſſa reiicimus.

De condictione indeb. Tit. 5.

Summatim inſtituta explicatio.

SVMMARIA.

1 *Quare condictio indebiti, recenſeatur inter contractus.*
2 *Quæ neceſſaria ſint, vt condictio indebiti locum habeat.*
3 *Ad condictionem indebiti requiritur rei ſolutio.*
4 *Item, vt id ab imprudente ſit factum.*
5 *Præterea vt res ſit indebita.*
6 *Quot modis aliquid indebitum dicatur.*
7 *Error iuris non prodeſt ad indebiti condictionem.*
8 *Perſona locum condictioni indebiti facere poteſt, ſi pupillus, furioſus, fœmina in cauſſa fideiuſſionis.*
9 *An cauſſa præſcriptionis ſufficiat ad condictionem tribuendam.*
10 *Fulgoſii animaduerſio in communem ſententiam, exiſtimantium, errorem facti ad condictionem indebiti ſufficere, ſi naturaliter ſit indebitum, cum argumentis.*
11 *Seruus naturaliter obligatur, & ſolutum a ſe manumiſſo, repetere non poteſt.*
12 *Vſuræ nudo pacto promiſſæ, & ſolutæ, non poſſunt condici.*
13 *Libertus ſi putabat, ſe operas ex promiſſione debere, illas præſtitas repetere nequit.*
14 *Qui reuera debet, pendente iudicio ſoluens, condicere non poteſt, ſiue condemnetur poſtea, ſiue abſoluatur.*
15 *Ex teſtamẽto minus ſolẽni ſoluens, repetere nequit.*
16 *Quod frater fratri, qui erat in eiuſdem patris poteſtate, mutuo acceptum poſt mortem ſoluit, an repetere poſſit?*
17 *Quæ pietatis opinione ſoluta ſunt, quamuis indebita, repeti non poſſunt.*
18 *Pupillus mutuo pecuniam accipiens, an naturaliter obligetur, diligenter excuſſum cum diſſolutione pugnantium?*
19 *Exempla obligationis, quæ ciuiliter valeat, non autem naturaliter.*
20 *Talem obligationem condictionem non impedire.*
21 *Duæ declarationes, ſi res iudicata interceſſerit, & ſi inficiando lis creſcat.*
22 *Si debitum ſit, vtroque modo condictioni locus eſt.*
23 *Idem ſi debitum per exceptionem elidi poſſit.*
24 *Declaratio ſi exceptiones ſint temporales.*
25 *Declaratio ſecunda ſi exceptio ſit odioſa.*
26 *Illi condictio indebiti competit, qui ſuo nomine rem ſoluerit.*
27 *Diſſoluta antinomia inter l. ſi pœna, & l. repetitio, hoc titulo.*

28 Si

28 *Si procurator indebitum ſoluerit, quis repetitionem habeat.*
29 *Quid obtineat in perſona tutoris.*
30 *Condictionem indebiti contra illum dari, cui res ſoluta ſit.*
31 *An it, qui ex cauſſa lucratiua quid conſecutus eſt, condictione teneatur, an alio remedio?*
32 *An ſi pater pecuniam indebite ſolutam in alendis liberis conſumſerit, illi teneantur.*
33 *Effectus condictionis indebiti.*
34 *An fructus medio tempore percepti, præſtandi ſint.*

CVm nedum Iuriſconſultus *in l.ſi abſen-*
tis,§.is quoque,ff.de oblig.& act. ſed etiam
ipſe Imperator, *§.item is cui, Inſtit. de obligat.*
quæ ex quaſi delicto, condictionem indebiti
recenſeat inter obligationes, quæ ex quaſi
contractu naſcantur, alienum cenſeri poſ-
ſit, quod hic videatur contrarium facere, vt
& ſit, *Inſtit.de oblig. quæ re contrah. §. is quoque.*
1 † Sed facilis huius rei eſt ſolutio, quod quã-
uis indebitum non ſoluatur animo aliquem
obligandi, & ideo inde naſcens obligatio
cõtractibus, qui illa affectione inſtituantur,
minime adſcribatur: tamen propterea inter
contractus, qui re conſtituantur, recenſea-
tur, quod negotium geſtum, & res interce-
dens talem obligationem producat.
2 Hæc ipſa condictio, vt locum † habeat,
tria potiſſimum requiruntur, vt nedum
Duaren. *in tract. hoc titul. cap 2. Schneid. §.is*
quoque, Inſtit.de oblig.quæ re contrah. ſed etiam
Bart. & alii Doctores *in l.1.ff.eodem*, obſerua-
3 runt, ſcilicet, vt res ſit † ſoluta, ſecundo, vt
per errorem euenerit, tertio, vt etiam inde-
bitum ſit, idque colligi poteſt ex pauciſſi-
mis *l.1.6. & 7. noſtri tit.* verbis, deinde *l.1.ff.*
eodem, dum ait, *Si quis indebitum ignorans ſol-*
uit. Sed obiici poteſt *l.33.ff.eodem. item l.3.hoc*
eodem, vbi nihil ſolutum eſt: ſed tamen cau-
tio interceſſit: Cuius rei, meo iudicio, expe-
dita conciliatio eſt, vt cautio loco ſolutio-
nis ſit. Soluendi enim verbum latiſſime hic
accipitur, vt *l.ſolutionis, ff. de ſolut. l.15. §.ſed ſi*
nummi, ff.de cond. Porro, ſi nihil ſolutum ſit,
aut tradens rei poſſeſſionem, accipientis ni-
hil fecerit, condictionem exercere non po-
terit, vt apparet ex *l.ſi in area, 33.ff.eodem*, ex
qua intelligimus, quod ſi quis inſulam in a-
liena area ædificaſſet, & poſſeſſionem tra-
didiſſet, eum cõdictionem non habere, ob
eandem ſcilicet rationem, quod nihil acci-
pientis fecerit: cuius legis explicationem
eo conſilio ſeparatim exhibemus, quod
ſummariam tituli ſeriem interrumpere no-
4 luerimus. Secundum requiſitum † eſt, vt
ſolutio ab imprudente ſit facta. Qui enim
ſciens id facit, is donare cenſetur, *l.1.ff. de*
condiction. indebit. l.indebitum, hoc titul. l.cu-
ius, ff. de regul.iuris. Imo, ſi ſciens indebitum
ſoluat, hac mente, vt repeteret, condicere
volens, non audietur, *l.quod quis ſciens, 50.ff.*
de condictio.indebit. Error itaque condictio-
ni locum facit, ſi is in facto verſetur, *l.2.& 3.*
ff.eodem, etiamſi eſſet facti proprii, *l.ſed etſi,*
22.l.ſi pœna, 19.§.3. eodem titul. Imo dubitan-
tes quoque in hac cauſſa conſtituit Impe-
rator *in l. final. hoc titulo.* Sed an iuris error
idem tribuat, non æque expeditum eſt: Ne-
gant Duarenus *cap.3. hoc titul. Donellus l.6.*
hoc eodem titul.num.1. Pac.num.4. Zaſius in l.1.
ff.de condict.indebit.num.6. idque argum.d.l.6.
item l.cum quis, ff. de iuris & facti.ignorant. l.
error, ff. ad legem Falcidiam. Diſſentiunt tã-
men alii auctores, *vt Bartolus, Alberic. Saly-*
cetus, & Alexand. in l.1. ff. de condict.indebit.
Schneid. in §.is quoque, Inſtit.de obligat. quæ re
contrah.numer.3. Statuunt enim diſtinguen-
dum eſſe inter cauſſam damni & lucri, *ar-*
gument.l.error, 8. & l.7. ff. de iuris & fact.igno-
rantia. Et hanc ſententiam probabiliorem
puto, ſi agatur de tali indebito, quod planè
indebitum ſit, & in cauſſam lucratiuam ab
initio inciderit. Nec obſtant leges in con-
trarium allegatæ, quia interpretationem
recipiunt ab hac diſtinctione. Porro, quod
ad *leg.error* attinet, *infr.ad leg.Falcid.* ſuo lo-
co reſpondebimus.
Tertium requiſitum eſt, vt dixi, quod
res † ſit indebita, qua in conſideratione, 5
quamuis varii diuerſas diuiſiones commi-
niſcantur: nobis tamen religio eſt, a vulga-
ta diuiſione recedere, quam probant gloſ-
ſa *in l.ſi quis, C.de iuris & fact.ignorant.* & gloſ-
ſam ſecutus Bartol. & Odofred. *num.3.* Ful-
goſius *num.1.* Iaſon *num 1.* idem Iaſon, *ff. de*
condict.indeb. & ibidẽ Alex. & alii. Schneid.
in §. is quoque, Inſtit. quibus modis re contrah.
oblig.num.2. Petrus Ricciard. ibidem num.1. Ia-
ſon in addit.ad Port.nu... Bellon.num.1. † Con- 6
ſtituunt enim, quoddam eſſe indebitum ci-
uiliter, naturaliter vero debitũ. Quoddam
vero indebitum naturaliter, debitum vero
ciuiliter. Tertio indebitum recte dici, quod
neutro modo debeatur. Quarto eſſe inde-
bitum, quod ab initio quidem debeatur ve-
re: ſed tamen per exceptionem elidi poſ-
ſit. Quamuis enim me non lateat, pronun-
tiatione indebiti potiſſimum illud contine-
ri, quod neutro iure debeatur, quemadmo-
dum verbo obligationis illa, quæ vtrumque

vinculum tam ciuile, quam naturale complectitur, vt conſtat ex definitione obligationis: tamen vberioris doctrinæ ergo hanc diſtinctionem ſequimur. Si igitur quæratur, an ſi quis imprudens rem non debitam ſoluerit, repetere eam poſſit, ex diuerſitate inſpectionis, diuerſum quoque ius ſequetur. Si enim diſtinctionis primum membrum ſpectemus, certum eſt, non eſſe con-
7 dictioni locum, ſi † errorem iuris interceſſiſſe ponamus, *l.ſi quis, C.de iuris & fact.ignorant.l.error, infr.ad legem Falcid.* Quod ſi vero in facto quem lapſum eſſe imaginemur, aliud probandum eſſe ſtatuunt gloſſ. *d.l.cum quis, C.de iuris & fact.ignor.Bart.Iaſon num.14. Schneid. d.§.is quoque, num.2. Petrus Ricciard.*
8 *ibidem num.12. & paſſim alii*, excipiunt † tamen pupillum, & ſimiles perſonas, quæ auctoritate tutorum, vel curatorum reguntur, vt furioſus & prodigus, *vt l.interdum, 39.ff.eodem titul.* Item & fœminam contra Senatuſconſultum Velleian.contrahentem, *l.9.inf. ad SC.Velleian.l.cum quis, C.de iur. & fact.igno. l.quamuis, eodem titul.* Adiiciunt deinde & a-
9 liam moderationem, † quod cauſſa præſcriptionis huc referenda non ſit: quippe, quæ nedum ciuilem obligationem tollat, ſed naturalem ita infirmet, vt effectu careat, *l.fin.*
10 *ff.de diuerſ.& temp.act.* Ceterum hanc † traditionem Doctorum impugnant Placentinus, Petrus Guilielm. antiqui interpretes, quos refert & ſequitur Fulgoſius *in tit.de iur. & fact.ignor.l.cum quis, Donell.l.1.hoc tit.num. 21.* Et his potiſſimum argumentis nituntur, quod ſcilicet condictio indebiti ex æquitate naturali deferatur, quodque medium concludendi ſit, ne quis cum aliena iactura locupletior reddatur, *l.nam hoc natura, & l.hæc condictio, ff.de condict.indebit.* Ceterum, vt illud, quod naturaliter debitum eſt, ſolutum etiam ex errore facti reuocetur, id æquum non videtur, maxime cum reus cum aliena iactura non locupletetur. Secundo, quod cum naturalis obligatio ſufficiat ad compenſationem introducendam, *l.etiam, ff.de compenſ.* multo magis illud admittendum ſit in cauſſa retentionis, quæ fauorabilior eſt, *l.33.ff.eodem titul.* Tertio, quod in pari cauſſa melior ſit conditio poſſidentis *l.in pari. ff de reg.iuris.* Quarto, quod indebitum ſolutum poſſit ratione alterius debiti retineri, *l.ſi non ſortem, §.ſi centum, l.eleganter, §.1.ff.de condict. indebit.* Multo igitur iuſtiori ex cauſſa, ratione ſui ipſius, *l.frater a fratre, ff.de condict.indebit.l.negotia, ff.mandat.l.cum in eo, ff.de pact.l. antepenult.de adminiſtr.tutel.* Et hanc ſententiam iuri magis cõformem ſtatuo. Nec mutat *l.cum quis, ſupr.de iuris & fact.ignor.* cum ſimpliciter de indebito loquatur, & quidem indebito ciuili. Naturaliter autem debitum impropríe in illa cauſſa cenſeatur, vt repetitionem ex natura ſui inhibeat. Porro *l.error, infr.ad leg.Falc.* munus impoſitum non recte ſuſtinere poterit, ſi animaduertamus, naturalem illam obligationẽ, quæ vltra dodrantem portionis hereditariæ locũ habere poſſit, auctoritate l.infirmatã, *l.cum lex, ff.de vſucap.* per ſe ſolam non ſufficere, vt repetitionem etiam errore iuris factã impediat, niſi fulciretur adminiculis, de quib. ſupra mentionem feci, quod quis pleniorem fidẽ defuncti precibus adcõmodare voluerit, cuius rei exempla plurima proponi poſſunt. Si e-
nim † ſeruus quid promiſit, naturaliter obligatur: & propterea ſi ipſe manumiſſus, vel alius nomine ipſius ſoluerit, repetitio locum non habebit, *l.naturaliter, 13.ff.de cond.indeb.* 11
Pari ratione quãuis vſuræ † nudo pacto promiſſæ, peti non poſſint, *l.1.& l.quamuis, C.de vſur. l.lecta, ff.de reb.cred.ſi cert.pet.l.Titius, ff. de præſcript.verb.* tamen ſi ſolutæ ſint, repeti nõ poſſunt, quod omne pactum naturalem obligationẽ pariat *l.1.ff.de pact.* & quod ſorti quodammodo debitæ videantur, *l.ſi non ſortem, 26.ff.eod.tit.* Nã etſi minor viginti quinque annis pecuniam mutuam acceperit, & poſtea in integrum reſtitutus ſit, vſuras medio tempore illatas repetere non poteſt, *leg. Stychum, 67.§.fi.ff.eod.* Huc † pertinet exem- 12
plum de liberto, qui cum putaret ſeſe obligatum eſſe ad operas edẽdas, cum nulla interpoſita eſſet cautio, eaſdem præſtiterit. Condictioni enim locus non erit, *d.l.ſi non ſortem, 26.§.libertus, eodem titul.* Quartus huius rei caſus occurrit, *l.iudex, 28. & l.Iulianus, 60.* † *hoc eodem titul.* in perſoña ipſius, qui cum 13
vere debitor eſſet, ſoluiſſet pendente iudicio. Quamuis enim abſoluatur, repetitionem nullam habebit, modo eo tempore, quo condictio inſtituitur, certum ſit, illum reuera debere. Conſtare autem poterit, ſi per confeſſionem ipſius debitoris rei veritas illuſtretur, *Bart.d.l.Iulianus, num.2.Baldus ibid.num.3. Iaſon ibid. num.10. circa fin. gloſſ.in authent.ſed iam neceſſe, C.de donation.ante nupt.* 14
Quintum † caſum inſinuat Bartol. *l.1.ff.eod. tit.* quod ſi in teſtamento minus ſolemni legatum adſcriptum eſſet, iure enim ciuili hoc legatum non deberetur, *l.nemo poteſt, ff. de leg.1.* aliud tamen iure gentium obtinere, 15

quod

Digitized by Google

quod naturalem obligationem producat *l. hoc amplius, §.1 ff. de reg. iur.* Sed hanc ſententiam Bartoli in præſentia neq; probare, neq; improbare conſilium eſt, quod lex *fideicommiſſum, 62.* qua fulcire hanc opinionem conatur, nullam vim conſtituat in naturali obligatione, ſed quod ſciens fidei explendæ cauſſa fideicommiſſum promiſiſſet, quodque lex, *ſi creditores, infr. de fideicommiſſ.* contrarium videatur innuere, quodque repugnet iuris definitio, quæ dictat omiſſa forma lege definita, ne naturalem quidem obligationem naſci, *l.1. §. ſi quis ita, ff. de verborum obligat.* quo referri poteſt *l.2 in verb. nullo iure, infr. ſi quis omiſſa cauſſ. teſtam.* item *l. ſi vnus,*
16 *infr. de teſtam.* Sextus caſus † deprehenditur *in l. frater a fratre, 38 ff. eodem tit.* quod ſi pater filio aliquid crediderit, & is emancipatus ſoluat, ſi nihil ex peculio apud patrem remanſerit, fruſtra filium hoc præſidii ſibi polliceri, quod aduerſetur naturalis obligatio. Idemque e contrario quoque procedit. Nam ſi pater emancipato filio ſoluerit, quod ei ante liberationem debuiſſet, nihil eundem repetere, ob eandem cauſſam, quod ſcilicet obligatio naturalis permanſerit, poſſe. Sed an idem obtineat, ſi frater a fratre, qui in eiuſdem patris poteſtate erant, pecuniam mutuatus poſt mortem patris ſoluerit, perinde expeditum non eſt. Sed longum & difficilem tractatum ea res habet. Vnde eiuſdem legis pleniorem interpretationem a compendioſa tituli præſentis explicatione ſecernendam, & ſeparatim eandem perſequendam duco.

Septimus caſus, in quo naturalis obligatio condictionem indebiti inhibet, occurrit *in l. cum is, 32. §. mulier, ff. de condictio. in-*
17 *debit.* Si enim pietatis † opinione ſolutum ſit, quod non debebatur, repetitioni non erit locus. Octauus caſus ſecundum ſen-
18 tentiam Duareni † occurrit in perſona pupilli *in l. naturaliter, 13. §. final ff. de condict. indebit.* Ceterũ, quod repugnare videatur *l. 41. ff. eodem titul. l. pupillus, antepen. ff. de verborum obligation.* quibus declaratur, pupillum ne natura quidem obligari, ſiue pecuniam mutuo acceperit, ſiue quid aliud promiſerit: & pugnent e diuerſo alii textus, *vt l.1. in fin. ff. de nouat. l. ſi eius, 64. ff. ad SC. Trebellian. l. cum illud, 25. §.1. ff. quando dies legati ce lat. item l. Stychum, 95. §. aditio, ff. de ſolut.* quæ declarant, pupillum naturaliter ex vtraque cauſſa obligari. Pro ſoluenda huiuſmodi difficultate, Bartol. *l.1. ff. de nouat. poſt gloſſ. num. 6.* diſtinguit, an contractus inſtituatur ab illo, qui proximus ſit pubertati, id eſt, qui ſecundũ eundem habeat decem annos cum dimidio, vt is naturaliter obligetur, alias minime, Bartolo aſſentiuntur Caſtrenſ. *ibidem num.6. Angel. num.2. Ioan. ab Imol num.2. Alberic. num.1. & 2.* qui tamen hanc annorum diuiſionem non agnoſcit. Porro, cum hæc ſolutio diuinationem aliquam contineat, eapropter Alciat. *in l. pacta, ff. de pact. nu.52. & ſeq. Duaren. in tit. ff. de obligat. & act. c.2. item de condict. indeb. c.5. Cuiac. l. ſi pupillus, 122. ff. de verborum obligat.* & ibidem Donell. *idem Donell. lib. commentar. 12. c. 22.* aſſerunt, regulariter verum eſſe, quod pupillus ne quidem naturaliter ex contractu obligetur, niſi locupletior ſit factus, *d. l. naturaliter, §. final. ff. de condict. indeb.* nimirum, ſi de graui damno ipſius pupilli tractetur, *vt d. l. 41 ff. de condict. indeb. & d. l. antepenult. ff. de oblig. & act.* Porro, ſi illa res nullum pupillo præiudicium, ſed aliis adferet, hoc caſu pupillus naturaliter obligatus, intelligatur: ita accipienda *l.1. ff. de nouat.* Nocet enim illa res obligationem in pupillum transferenti. Idem probatur in perſona creditoris, *l. final. ff. de iureiuran.* heredis, *d. l. cum illud, §.1. ff. quando dies legat. ced.* Idem quoque obtinet eo caſu, quo pupillus tantundem, aut plus emolumenti ſentiret, *l. ſi pupillus, 21. ff. ad legem Falcid.* Quod ſi vero pupillus locupletior ſit factus, hoc caſu etiam actionem contra pupillum competere, *l. in pupillo, 47. l. ſi pupilli, 66. ff. de ſolut. & liberat.* idque ex reſcripto diui Pii, *l.5 ff. de auctorit. tut. & curat. l.3. §. pupillus, ff. de negot. geſt. l.3. in princip. ff. commodat.* Et quamuis me non præ ereat, Coraſium *miſcellan. lib.6. cap.22.* diſtinguere inter hæc verba, *vtrum natura debeat, aut naturaliter debeat:* tamen quod talis diſtinctio repugnet regulæ coniugatorum, de qua *Inſtit. de tutel.* idcirco exiſtimarim quidem præferendam eſſe interpretationem Alciati atq; Duareni: tamen quod rationem ita decidendi non ſatis plene perſequantur, propterea ſciendum eſt ex ſententia Zaſii *de Iudæis, §.2. quæſtion.2. §. itaque aliam putamus, Coſtal. d. l. 41.* naturalem obligationem dupliciter conſiderari poſſe, vno modo, prout ex ea quædam ſpecies neceſſariæ præſtationis infertur, quæ tamen actionem non pariat, ſed alios effectus iuris producat, vt exceptionis *l.7. §. igitur, ff. de pact.* retentionis, *l. naturaliter, 33. ff. de cond. indebit.* cõpenſationis, *l. etiam, ff. de compenſ.* alio modo naturalis obligatio accipitur pro illa, quæ

Digitized by Google

deſtituta adminiculis iuris ciuilis h[illegible]s effe-ctus non parit, verbi gratia, quod beneficia beneficiis penſare debeamus, *l. ſed etſi, §. conſuluit, ff. de petit. heredit.* Oſtendit tamen effe-ctũ ſuũ, cum de præiudicio pupilli non agitur, quod leges, & hic ceſſante contraria æquitate, quæ pupillis fauet, *l. fere in omnibus, ff. de regul. iuris*, naturalem illam obligationem eo modo, quo diximus, ferendam duxerint. Quæ res cum paulo obſcurior ſit, ſimul exemplo illuſtrari poteſt. Dictat naturæ inſtinctus, beneficia beneficiis penſanda, *l. ſed etſi, 25. ff. de petit. heredit. §. conſuluit*, non habet tamen effectus retẽtionis, compenſationis, & ſimiles, quod id iure cautum, non ſit. Cum enim donare ſit liberi arbitrii, officium remunerationis ad legis neceſſitatem transferre noluerunt: tamen hæc ipſa cõſideratio effecit, vt in multis caſib. vel hæc ipſa vel alia remedia indulſerint. Etenim cõdictionem impedit eo caſu, quo eadem res, quę donata eſt, nobis reſtituatur, *arg. l. ſi in teſtamento, 50. §. 1. ff. de fideiuſſ.* vbi copioſe Bartol. & alii Doctores. Item impedit, quod in dubio intelligatur quis donãdi animo conſenſiſſe in alienationem rei donatæ, quamuis non affectione libertatis, ſed putans ſe efficaciter teneri, id faciat, ſi primo donatori eandem vendenti, poſtea voluntatem adcommodet, *l. 1. §. ſi vero non remunerandi, §. inde Papinianus, ff. mandat.* Item, quod ſi quis fideiuſſori remunerandi animo obligationem remittat, fideiuſſor hoc caſu agere poſſit, *l. idemque, 10. § final. ff. eodem titul.* quod donatio inter viuos ex cauſſa ingratitudinis non reuocetur, *argum. l. ſi pater, § final. ff. de donat.* Item, quod inſinuationem non requirat, *l. Aquilius, ff. eodem titul.* quod non impediatur inter virum & vxorem, *leg. quod autem ſpectatur, ff. de donatio. inter vir. & vxor.* & in multis aliis vim ſuam oſtendit, quos 18. numero recenſet Iaſon *l. ſi cum ſortem, §. libertus, ff. de cond. indeb.* quod ſcilicet, rerum circumſtantiæ ſuaderent, vt hanc naturalem obligationem ſuo fauore etiã complecterentur. Deducẽdo igitur rem ad propoſitum, quamuis hæc verba naturaliter obligari & non obligari videantur cõtradictoria eſſe, ſi figuram dictionum intueamur: tamen reuera non ſunt, idque coarguit diſtinctio a nobis propoſita, & obſeruatio titulorum, in quibus de naturali obligatione quæritur. Si igitur quis quærat, an pupillus ſit ita naturaliter obligatus, vt ſoluta pecunia promiſſa, aut credita, ex qua tamen pupillus locupletior non ſit factus, repeti nequeat, id conſtanter cum Neratio *d. l. 41. ff. de cond. indeb.* item Licinio, *l. 59. ff. de obl. & act.* negabo, *arg. l. naturales, ff. de obl. & act.* quæ declarat, quid appellatione naturalis obligationis eidem Iuriſconſulti intellexerint. Porro ſi tollamus præiudicium ipſius pupilli, & ſtatuamus de ſucceſſoris, vel alterius præiudicio agi, aliud probandum erit. Et hæc quod ad leges ſupra in contrarium allegatas. Porro, cum nobis adhuc certamen ſit cum *l. ſi eius, 64. ff. ad SC. Trebell.* vbi deciditur, quod pupillus, ſi id, quod ei quis ſine tutoris auctoritate crediđiſſet, ſoluiſſet, repetere nõ poſſet, alia ſolutio nobis inueſtiganda videtur. Statuo itaque *dict. l. ſi eius, 64.* de illo pupillo intelligendã eſſe, qui ex pecunia recepta locupletior factus ſit: & ſi quis exclamet hunc non ſolum naturaliter, ſed etiã ciuiliter obligatum, cum ex reſcripto Diui Pii etiam actio hoc caſu deferatur, *d. l. 5. ff. de auct. praſt. d. l. 3. ff. commodat. item d. l. 3. § pupillus, ff. de negot. geſt.* illi cum Duareno reſponſum cupio; reſcripta, quæ in certis cauſſis, aut contemplatione vnius perſonæ emanarunt, non ſtatim ius inter alias perſonas conſtituere, *l. 3. ſupr. de leg.* Itaque Paulum & Pomponiũ, *d. l. naturaliter, 13. & l. ſequen.* præterea Metianum, *d. l. 64. ff. ad SC. Trebellian.* religione iuris antiqui conſeruandi motos, ita pronuntiaſſe. Ceterum Vlpianum ab iiſdem diſſenſiſſe, ſecutum auctoritatem dicti reſcripti, cuius ſententiam vna cum tribus reſponſis Vlpiani Iuſtinianus cũ Pãdectis inſeri curauerit, per conſequens quoque ſuam auctoritatem impartiſſe videtur, *l. 2. C. de veter. iur. enucl. § legislatores, item d. l. 3. C. de legibus.* Si quis tamen hanc cõciliationem, quod ad *d. l. 64. ff. ad SC. Trebellia.* non commode adcommodari poſſe exiſtimet, quod ibidem nulla mentio fiat, quod pupillus locupletior factus ſit, is aliam, quæ tamen & ipſa adeo ſecura non eſt, boni conſulat; quoad ex ſuo ingenio aptiorem excogitet, intereſſe, ex qua cauſſa pupillus repetere non poſſit. Si enim prætexat ſe a fideicommiſſario, ex ea cauſſa poſſe repetere, quod illum heredem putaſſet, condictio locum non habet, quod repugnet ratio a Iureconſulto, initio legis conſiderata. Quod ſi vero ſuam imprudentiam prætexat, hoc caſu illum repetentem audiendum eſſe, *l. interdum, ff. de condict. indebit.* nec obſtare, quod naturalis ratio condictionem morari ſoleat, cum non intelligatur hoc caſu naturalis obligatio

gatio

Digitized by Google

gatio contracta, *dict. leg. 41. ff. de condiction. indeb. d. l. antepen. ff de oblig. & actio.* niſi hactenus, quatenus extraneus ſolum teneretur, aut ipſe pupillus ſponte illum agnoſcat, & in illo perſeueret, *dict. l. cum illud. §. primo*, ſtatuo tamen primam ſolutionem potiorem.

Vltimum exemplum proponi poteſt, *in l. ſi pœnæ, 19. ff. de condict. indeb. in princ.*

19 Exemplum † indebiti naturaliter, debiti vero ciuiliter, iidem Auctores proponunt in obligatione literarum, de qua *Inſtit. de liter. obligat. cap. vnico.* quem textum eodem loci ita accipiunt gloſſa, *in verb. obligetur. Ioan. Fab. num. 14. Ang. nu. 13. Mynſing. nu. 7. Schneide. num. 6.* vbi teſtatur de communi ſententia, de qua re tamẽ quid nobis videatur *in tit. de non numer. pec.* Dei auxilio exponemus. Aliud autem exemplum proponũt in obligatione, quæ per pactum de non petendo, quod ad naturale vinculum, ſublata videatur, *l. Stychum, 95 §. naturalis. ff. de ſolut. item l. ſi vnus. §. pactus. ff. de pact.* Conten-

20 dunt autem hoc † caſu condictioni locum eſſe Bart. *num. 19. verſ videamus ff. de condictio indeb. Zaſ. nu. 5. Alexan. nu. 12. & 13. Iaſon. num. 14. Caſtr. num. 1. Ricciard. Inſti. quib mod. re contr. oblig. §. is quoque. num. 11. allegant l. ſi non ſortem 26. ff. de condict. indeb. §. indebitum,* qui meo iudicio impoſitum munus vix ſuſtinere poterit, tamẽ ratio legis non omnino aliena eſſe videtur. Habet hæc definitio

21 tamen † vnam, aut alteram declarationem, vt ſcilicet non obtineat in cauſſa rei iudicatæ, *vt notatur l. Iulianus, 60 ff. de condict. indeb. l. 1. & tot. tit. ff de except re. iud.* Recipit deinde & aliud temperamentum, quod ſcilicet ſi per inficiationem lis creſcat, aliud etiam probandum videatur, *l. 4. hoc tit.* in hæc verba: *Ea quæ per inficiationem in lite creſcunt, ab ignorante etiam indebita ſoluta repeti non poſſe*

22 *certiſſimi iuris eſt.* Tertio modo, † ſi ex vtraque cauſſa indebitum ſit, locum eſſe repetitioni non dubitamus, *l. quod indebitum, 7. ff. de condict. indeb. l. Stychus 67 eod. tit. l in ſumma, 65. §. ei qui indebitum, l ſub conditione, 16. ff. de cond. indeb. l. ſeruum meum, 37 l. is cui hereditas, 34 ff. eod.* Quarto modo indebitum,

23 quod ſcilicet debitum per † exceptionem elidi poteſt etiam condictionem parit, *l. qui exceptionem, 40. ff. de condict indeb.* vt eſt exceptio SC. Velleiani, *d. l. iuriſiurandi 40. l. ſi quis iuraſſet, 43 ff. eod tit.* tranſactionis, *l. eleganter, 23. §. ſi poſt rem iudicatam. ff. eod.* compenſationis, *l. qui inuicem, 30 ff. eod.* quod vſque adeo verum eſt, vt ſatis ſit id dubium eſſe, *l. ſufficit, 36. ff. eod.* Sed hæc intelligimus de exceptionibus perpetuis. Diuerſum autem † eſt 24

ſi ſtatuamus eſſe exceptiones temporales, *l. in diem, 10 ff. eod. tit.* quod etiam obtinet, ſi diem incertum eſſe ponamus, modo conſtet illum aliquando venturum, *l. nam ſi, 17. & l. 16. §. fin. eod. tit.* qui tamen ſatis obſcurus videtur. Porro, ſciendum eſt, quod non omnes exceptiones hoc impetrent, vt illæ, quæ in odium creditorum comparatæ ſunt, veluti SCti Macedoniani. Huc pertinet exceptio, ne quis † vltra quã facere poſſit con- 25

ueniatur, *l. quod nomine, 8. cum l. ſequen. ff. eod. tit.* Item, ſi is, qui de peculio teneri poterat, per imprudentiã plus, quam in peculio eſt, ſoluerit, *l. ſi is cum quo, 11. ff. eod. tit.*

His ita digeſtis, excutiendum videtur, qui ad repetitionem admittantur. Quam in diſceptatione † regulam conſtituo, illi hãc 26

actionem decerni, qui indebitã pecuniam ſuo nomine ſoluerit, *l. indebitum, 47. l. fideiuſſor, 59. ff. de condict. ind.* Hæc definitio procedit, *in l. ſi vrbana, 55.* nam ſi vrbana prædia locauerit prædo, ſolutione ſubſecuta nõ inquilini, ſed ipſe dominus præſtitæ penſionis repetitionẽ habet, item, *in l. ſeruus cuiuſdam, 36.* Pari ratione ſi quis, cum ſe heredem exiſtimaret, legata ſoluerit, cũ aliis tabulis poſtea prolatis de errore conſtitiſſet, verus heres repetitionem datorum habet, cum periculum nominum ad illum, qui bona fide ſoluit pertinere non debeat, *l. 3. & 4. ff. eod. tit.* Quo pertinet etiam, *l. tutores, 61 ff. eod.* quæ idem etiã de creditoribus pupilli cõſtituit. Inde illa antinomia † *l. ſi pœnæ, 19. § 1. eo.* 27

tit. & l. repetitio, 44. eod. tit. Priori enim §. cauetur eſſe repetitionẽ, quoties ille, qui dat, indebitum ſoluit, quamuis ille qui accipit, ſibi debitum accipiat. Hoc idem totidẽ verbis lex contraria negare videtur. Circa huius antinomiæ diſſolutionem non mediocriter noſtros interpretes deſudaſſe videmus. Petrus enim Stella putat, *l. repetitio,* accipiendam de illo, qui rem propriam accepit. Hic enim nõ eſſe locum repetitioni, alias eſſe. Sed Zaſius de antinomiis, *capit 1. num. 14. & peculiari ca. contra Petrum Stellam,* hanc expoſitionem refellit, quod non debeat Iuriſconſultus de peculiari caſu accipi. Hinc Petrus Ricciardus *Inſtit. in §. his quoque, de oblig. quæ re contrah. n. 27.* poſt alios ab eodẽ relatos exiſtimat, *l. 44.* exaudiendã de illo, qui certa ratione debitor exſiſtat, quãuis verus debitor non ſit, ſi ſaltem natura-

liter debeat. Sed ſane & hæc ſolutio ſatis longe petita videtur. Statuo itaq; hanc pugnam aliter componi non poſſe, niſi vt ex ſententia gloſſæ intelligamus, *d. l. ſi pœna 19. §. 1.* de illo, qui ſuo nomine ſoluit, cum nullo modo deberet, cum alter tamen ſibi debitum acciperet, *l. repetitio, 44.* de eo, qui id hereditario nomine fecerit, vt diſtinguit gl. *d. § 1. item Bart. in prin. Bald. & Alex. in ſummar. Angel. n. 1. Iaſon. nu. 1. poſt Caſtell. Fulgoſ. & alios, Caſtr num. 2. Zaſ. d. c. 1. de antinom. n. 14. & 15. Duaren. in expoſitione. d. §. 1. Cuiac. 8. obſeru. 9.* Hæc de illis, qui nomine ſuo; ſed quid ſi nomine alieno illud factum ſit, ve-
28 luti ſi id procuratorem feciſſe † imaginemur? Et conſtat quod ſi dominus illud mandauerit, vel ratum habeat, ipſi domino hanc condictionem competere, *l. indebitam, 47. l. procurator, 6. & §. Celſus. ff. de condict. indeb.* quod ſi dominus ratum non habeat, ipſum procuratorem repetiturum, quod ſcilicet non videatur illi mandatum, vt pecuniam indebitam exſolueret, *d. l. 6. in prin. §. 1. & 2.*
29 Sed † quæſtionis eſt, an idem obtineat in tutore? Et non obtinere videtur innuere, *§. fin. d. l. procurator, 6.* & Zaſius quidem, *ibid. num. 6.* conſtituit, nō eſſe repetitioni locum, antequam pupillus ad pubertatem peruenerit, *arg. l. ſi pupillus. ff. de nouat.*

Ceterum quod abſurdum videatur condictionem indebiti in tempus pubertatis cū graui damno ipſius pupilli differri, contra legem, *interdum, 29. & l. cum indebitum. 57. ff. eodem.* non dubitarim explicationem Fulgoſii vltimam, *de ſoluta re debita intelligendam*, amplecti. Nec obſtat, quod obiiciunt alii hoc modo legem non habituram dubitationis cauſſam probabilem, quandoquidem ſatius eſſet illud admittere, quam quod fingamus Iuriſconſultum pugnantia proponere, dum *in §. Celſus,* procuratori concedit repetitionem cum relata diſtinctione. Hic autem ſecūdum aliorum lecturam idem intelligeretur denegare: verba enim ita ſe habent: *Iulianus ait neque tutorem, neque procuratorem ſoluentes repetere poſſe, neque intereſſe ſuam pecuniam an pupilli vel domini ſoluant.* Ex quibus verbis apparet non ſeparari in hoc caſu cauſſam adulti ab illo, qui pupillus ſit. Nec concedo nullam hic dubitandi cauſſam verſari, cū pecunia tutoris aut procuratoris non videatur debita. Quod ſi quis id non admittat propter auctoritatem gloſſæ, Bartoli & aliorum, qui hunc §. aliter interpretantur, tamen nō animaduerto, quomodo Zaſii explicationi ſubſcribi poſſit? Præferenda itaque diſtinctio Bartoli eſt, *d. l. procurator. §. fin. num. 12.* quam ibidem probant Baldus, Angelus, Alexander, Iaſon, ꝙ ſcilicet pupillus ante pubertatem auctoritate alterius tutoris ratū habere poſſit, quod geſtum eſt, *l. pupillus. §. 1. ff. de auctorit. præſt.* & ita repetere: quod ſi ratum non habeat, non video quare tutori, ne in damno verſetur, id denegandum ſit, quod procuratori *d. §. Celſus,* conceditur. Huc pertinet, *l. qui heredes. ff. eod. tit.* ſoluentem pecuniam heredis, nomine ipſius heredis, cum non deberetur, non habere condictionem, ſed illam heredi propoſitam, ſi ratum habeat? quod ſi nō habeat, vindicationi locum eſſe. Quod ſi de ſuo ſoluiſſet, quid illo caſu fieri debeat, textus non aperit, ſed non dubitamus confugiendum ad diſtinctionem, *l. 6. §. Celſus. ff. de condict. indeb.* Pari ratione diſſeritur, *l. ſi pœna. 19. §. fi. & ſeq. l. ff eo.* quid iuris ſit, ſi duo rei plus, quam debebant, intulerint, *vt l. ſi duo, 25. de duobus fideiuſſoribus.*

Hæc de perſonis, quibus condictio quæritur, quædam de iis dicenda videntur, de his, contra quos locum habeat. Definiunt autem generaliter noſtri interpretes hanc condictionem † ſolum contra illum 30
dari, cui res ſoluta ſit, nō autem ſingularem ſucceſſorem, *gloſſa. in l. his ſolis. ff. de condict. indeb.* & ibidem Bart. Alberic. Ang. Iaſon. Coſtal. ita legem eandē accipiūt: Eodemque pertinet. *l. fin. ff. de contrah. emt. l. 1. §. heres. ff. ad Senatuſconſul. Trebell.* nam cum hæc perſonalis ſit actio, *l. ſi abſentis. §. his quoque. ff. de oblig. & actio. §. his quoque. Inſtit. de obligat. quæ re contrah.* illæ in perſonas ſingulares non tranſeunt, *dict. l. 1 §. heres.* Porro, ſi ex cauſſa lucratiua † res in aliquem tranſlata 31
eſſet, *gloſſ. in d. l. 49. in verb proficit. Bart. nu. 2. Ang. num. 1. Alberic. circa fi.* item Coſtal. ſtatuunt ipſi ex æquitate atque in ſubſidiū ſubueniendum, *arg. l. fin. ff. quod cum illo, qui in al. pot. eſt. negot. item l. ſi aurum ſeruum 23. ff. de rebus cred. ſi cert. pet.* Sed non expediunt quo remedio vti debeat. Caſtren. *d. l. 49.* eidem defert præſidium *l. ſi me & Titium 32 ff. de rebus cred. ſi cert pet.* aut condictionis ſine cauſſa, ſed non puto ſine cauſſa rem apud aliquem intelligi, quæ ex cauſſa donationis apud eundem verſetur, quare primū remedium conuenientius eſſe ſtatuo. Mouetur a Bartolo † & illa diſceptatio, quid proban- 32
dum ſit, ſi pater acceptam pecuniam erogauerit in alendis filiis, an aliquid auxilii & huic

huic polliceri poſſimus, & quæſtionem indeciſam relinquit. Angelus ſtatuit, filios teneri, *arg. l.2. §. 1. ff. ad leg. Rhod. de iact. itē l. in ſumma, 65. §. in frumento. ff. de condict. ind.* ſi ſtatuamus patrem inopem fuiſſe, ſed non aperit, qua actione. Iaſon *nu. 2.* auctor eſt cōpetere actionē de in rem verſo, *arg. l. ei qui, in fin. infr. quod cum illo, qui in al. pot. eſt. negot. geſt. eſſ. dic. item l. fin. ff. eod. tit.* Sed ſane non animaduerto, quomodo quæſtio propoſita ad tractatum præſentem deriuari poſſit, niſi fingamus eidem indebitam pecuniam ſolutam eſſe: quo caſu nō animaduerto, quomodo actio de in rem verſo decernēda ſit, niſi ponamus patrem tāquam negotiorum geſtorem, aut adminiſtratorem bonorum, quæ filii erant, ita in rem filiorum vertiſſe. Hæc de perſonis: nam quid in procuratore tutore & aliis iuris ſit, demonſtrant, *l. 6. ff. de cond. ind. & ibidem gloſſa, Bart. & alii.* Nunc de effectu. Ex cōdictione indebiti, quos cō-
33 ſequitur, † vt eādem rem aut tantundem recipiat, *l. quod indebitum, 7. l. hæc condictio, 66. ff. de cond. ind. l. in ſumma, 65. in frumento, ſupr. ſic habitatione eod. tit. ff. de cond. ind.* modo tamen locupletior ſit factus, *l. in ſumma, 65. §. ſi ſeruum. eod. tit.* Sed quæſtionis eſt, an fru-
34 ctus † perceptos, maxime induſtriales præſtare cogatur? Et videtur illū cogendū non eſſe, *arg. §. ſi quis a non domino. Inſti. de rer. diuiſ.* Contrarium euincit, *l. in ſumma, 65. §. ei qui indebitum*, quæ decernit & fructus & partus reſtituendos, *l. indebiti, 15. ff. eod.*

Lex, ſi in area. 33. ff. de condict. indeb

Summaria.

1 Quo conſilio auctor hanc legem a reliquo contextu enarrationis ſeparauerit.
2 Interpretatio gloſſæ & aliorum cum illa ſentiētium circa hanc noſtram legem.
3 Intellectus Martini & nonnullorum neotericorum ipſi ſubſcribentium.
4 Amiſſa poſſeſſione dari actionem ratione impenſarum, ex æquitate ſecundum Martinum.
5 Sententia Papienſis circa hanc legem.
6 Interpretatio Cuiacii.
7 Garſiæ & Lorioti.
8 Opinio Caſtrenſis.
9 Menochii explicatio.
10 Auctoris de hac lege iudicium.
11 Martini & aliorum ſimpliciter actionem decernentium opinio repudiata.
12 Vniuerſalis enuntiatio ſecundum Dialecticos vniuerſaliter accipienda.
13 Idem ſecundum leges.
14 Negatiua oratio maiorem vim habet quam affirmatiua.
15 Ciceronis opinio in Topicis reprehenſa.
16 Amiſſa poſſeſſione etiam actionem nonnunquam dari, ſi id ratio ſuadeat.
17 Neotericorum ſententia tam multis, illiſque diuerſis actionibus ſubuenientium, abſurda.
18 Verba pluralis numeri in vno non verificantur.
19 Verba geminata maiorem vim habent quam ſemel & ſimpliciter prolata.
20 Exceptio confirmat regulam.
21 Sæpe repetita non temere, ſed conſiderate videntur facta.
22 Poſſeſſor omiſſa retentione rem tradens amplius non auditur.
23 Ratio.
24 Deceptus dolo, ſi aliud remedium neglexerit, non habet actionem de dolo.
25 Omittens exceptionem qua ſe tueri poterat, non habet euictionis actionem.
26 Expenſæ non petita, vel fructus qui ex officio iudicis adiudicari poterant, non poſſunt alio iudicio peti.
27 Quibus actionem prætor denegabat.
28 Iura negligentibus non ſubuenire.
29 Retentionis ius etiam in aliis caſib. fauorabilius.
30 Interpretatio huius noſtræ legis.
31 Metu compulſus ad promittendum, ſi is ſponte ſoluat amplius agere non poteſt.
32 Quatuor cauſſæ conſiderandæ, ex quibus noſtra lex locum habeat.
33 Quare amiſſa poſſeſſione quis condictionem incerti habeat l. qui exceptionem, 40. §. ſi pars. ff. de condict. indeb.
34 In dubio ea facienda interpretatio eſt, quæ nos culpa aut perfidia liberet.
35 Quantū interſit inter rationes d. §. ſi pars. l. 40. ff. de cond. ind. & præſentis noſtræ legis.
36 Leges ita accipiendæ ſunt, vt aliquid controuerſi cōponant.
37 Dubitandi cauſſa in hac noſtra lege, admiſſa interpretatione auctoris.
38 L. ſi pœna 19. §. 1. ff. de cond. indeb. dare condictionem quod aliquid negotii ſit geſtum, & facto interpoſito, non ſit quod retineatur.
39 L. 41. §. 1. ff. de cond. indeb. item l. quod ſi nulla, 60. ff. de legat. 1. deferri condictionem incerti, quod interceſſit animus obligandi.
40 Rationes, quare in l. hereditas. ff. de petit. hered. tribuatur negotiorum geſtorum actio.
41 Funus & mediocre monumentum, pietatis & neceſſitatis cauſſam continent.
42 In funere facto inepte de retentione diſſeri.
43 Gloſſæ, Bartoli, & aliorum indiſtincte condictionem, vel aliam actionem negantium aſſertio notata, & conuenientior interpretatio huius noſtræ legis adſcripta.
44 Violatio, ſiue argumenti ab aduerſariis moti retorſio.
45 Hanc noſtram legem non intelligendam de illo, qui iuſtam impenſæ factæ ignorantiam habet.
46 Qui transfert poſſeſſionem, quam non debebat, aut in cauſſa, in qua iure compelli non poterat, facit aliquid accipientis.
47 Qui ſciens & prudens poſſeſſionem rei debitæ transfert, licet accipientis aliquid facere videatur, tamen non id transfert, quod condictionem pariat.
48 Ratio.

Digitized by Google

49 *Diuerſam cauſſam illius eſſe, qui etiam in traditione erret.*
50 *Legem noſtram a præcedentibus reſtringi.*
51 *Ceſſante cauſſa effectum quoque ceſſare.*
52 *Rationem legem quoque circumſcribere.*
53 *Qui captat gratiã, ſine deductionẽ ſumtus rem tradendo, non facile poſtea auditur.*
54 *Ignoranti culpa imputari nequit.*
55 *In facto proprio non admittitur ignorantiæ allegatio.*
56 *Ambitioſam diligentiam ſuſpectam eſſe.*
57 *Sententiam auctoris nouam quidem eſſe, ſed tamen quæ mediam viam amplectatur.*
58 *Garſiæ opinio, de danda actione ratione impenſarum neceſſariarum confutatur.*
56 *Error Menochii qui tamen excuſetur.*

EXiſtimaui, candidiſſime Lector, pro euidentiori huius tituli explicatione, me
1 non † abs re facturum eſſe, ſi vnam aut alteram legem, quæ plurimum difficultatis haberent, a cõtextu enarrationis ſecernerem, & quæ eodem pertinerent paulo accuratius exſequerer. Cum itaque in eo genere verſetur lex, *ſi in area. ff. de condict. indeb.* a noſtris interpretibus male meo iudicio intellecta, *vt oſtendi. in tractat. de impenſis.* eius explicationem ſubiiciendam putaui. Animaduerto autem, quod noſtri interpretes, dum eius difficultates ſoluere conãtur, potius ſe defatigauerint, quam quod cũ fructu quidquam
2 expediuerint. Gloſſa † enim ibid. *Bart. nu. 2. Bald. in prin. Iaſon. etiam nu. 1. Alex. l. 1. eo. tit. num. 6. Caſtr. in l. dominus horreorum. §. 1. nu. 3. ff. locat. Cynus l. ſi quis, 2. C. de rei vind. & ibidem Salic. num. 1. & 2 poſt Petr. de Bellapert. & Iacob. de Butr. ab illo relatos.* Ioſeph. Ludouic. *deciſ. Peruſ. 24. num. 7. & 24* Neguſantius *in tractat. de pignor. quint. part. princ. membr. 4. num. 9. & 10.* Coſtal *d. l. ſi in area, 33.* Duaren. *in explicatione tituli. de cond. ind. c. 2.* Donell. *comm. lib. 4. c. 33. §. hac de ea materia, in fi.* Boer. *deciſ. 44. num. 14.* conſtituunt ſecundum verba, *d. l. ſi in area.* vt ipſi ea interpretantur, tam bonæ quam malæ fidei poſſeſſorem ſolam retentionem habere, ſi de impenſis agatur, idem quoque *in fin. §. ex diuerſo. Inſt. de rerum diuiſione.* ſenſit Hottomannus, & eiuſdem ſententiæ quoque videtur Schneidevv. *num. 7.* quamuis marginalis additio, quam putamus Gothofredi eſſe, id non cõcedat. Nicaſius *num. 10 & ſeq. in fin.* Ang. Aretin, *num. 8.* Mynſing. *num. 7.* Anton. Go-
3 meſ, *ad l. Tauri 40. num. 2.* Ceterum † Martinus, vt illum gloſſa refert *d. l. 33.* amiſſa poſſeſſione putabat ex cauſſa æquitatis, nihilominus actionem in factum locum habere, quod & ipſum probant Carol. Molin. *in conſuet. Pariſ. §. 2. gloſſ. 5. num. 104. & 105.* qui ante fuit *90. & 91.* item *numer. 109.* qui ante fuit. *num. 104.* vbi illum dicit vtilem negotiorum geſtorum, quam alibi nempe *nu. 108.* appellat condictionem incerti, habere. Gothofred. *in d. l. 33. in verbo nullo. Balduin. in hoc noſtro §. Valaſcus. in tract. iur. emphyt quæſtio. 25. num. 5. Gæddeus in explicatione d. l. impenſæ, 79. num. 9.* qui tamen hanc in factum actionem vocat vtilem negotiorum geſtorum actionem. *Treutler. in tit. de cond. ind. theſ. 8.* Contendunt enim hoc locum habere, ſi iuris ri- 4
gorem intueamur, non idem eſſe, ſi æquitatem ſpectemus. Hincque putant dari actionem in factum ex negotio geſto. *l. hereditas, 50. §. 1. ff de pet. her. item l. ſi pupilli, 5. §. ſed etſi quis. ff. de negot. geſt. item l. at ſi quis, 14. §. ſi quis, 11. & l. ſi poſſeſſor, 33. ff de relig. & ſumt. funer.* Ceterum † Papienſ. *in forma reſponſ. rei con- 5
uenti ſuper verb. expenſarum,* tradit huic ſuccurri per condictionem poſſeſſionis traditæ, *arg. l. quod ſi nulla. ff. de leg.* Cuiacius † au- 6
tem *in not. prioribus ad Inſtitution. in hoc noſtro § in verb. exceptionem doli,* perpendens rationem Iuriſconſulti Iuliani, quod ſcilicet nihil accipientis faceret, auctor eſt, illum excludi a remedio condictionis indebiti, non autem condictionis incerti, qua ius retentionis condicatur, de qua *l. qui exceptionem, 40. §. ſi pars, eod. tit. l. ſeruus quem, 30. ff. de action. emt. & vend. item l. quod dicitur. 5. §. ſi des. ff. de impenſ. in reb. dot factis.* Huic ſententiæ, *d. §. ex diuerſo.* aſſentitur Io. a Borcheld. Ioannes autem Garſias, † Philippi regis re- 7
ferendarius, qui diligentiæ & acuminis laude in hoc ipſo tractatu fraudari non debet, huic ipſi opinioni adſtipulatur, quamuis ſolam Molinæi mentionem faciat, qui tamen varius eſt, *vt ſupra oſtenſum eſt & ca. 7. num. 6. cum ſequen.* quænam hæc incerti condictio ſit multis ediſſerit. Item in impenſis neceſſariis præter hanc incerti condictionem, actionem accõmodat ex *l. domum C. de rei vind.* quod idem etiam defendit Petr. Loriotus *in tract. de fruct. axiom. 8.* Paul. autem † Caſtr, *in d. l. 33. num. 3.* decernit huic 8
ædificatori, qui poſſeſſione excidit, remedium, *l. ſi me & Titium. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* cui ſententiæ ſubſcribit quoque Aluar. Valaſc. antea a nobis relatus, *quæſtio. 25. nu. 25.* Menoch. autem *d. caſu, 258 num. 48. libr. 2. arb. quæſt* idem Menoch. † *de recup. poſſ. re- 9
med. 15. num. 512.* bona fide ædificanti, interuerſa poſſeſſione nedum in neceſſariis, ſed etiam

Digitized by Google

etiam vtilibus impenſis petitionē attribuit, quæ autem illa ſit, non aperit.

Vt igitur in tanta opinionum conflicta-
10 tione, quid noſtræ † mentis aut iudicii ſit, paucis complectamur: Dolemus, principio noſtræ explicationis parum verecūde cum cum noſtris legib. a tanta ingenii dexteritate, & rerum vſu ac luce præditis viris agi, vt temere ICto, neſcimus, quā duritiæ notam infligant, aut verbis illorū tam apertam vim inferant, vt cum Iulian. *d. l. ſi in area, 33. ff. de condict. ind.* ſcriptum reliquiſſet, conſtare, ꝙ ſi quis, cum exiſtimaret ſe heredem eſſe, inſulam hereditariam fulſiſſet, nullo alio mo-
11 do, quam per retētionem † impenſas ſeruare poſſe, & Paulus IC. *l. in hoc iudicium, 14. §. 1. ff. fam. erciſc.* in eandem ſententiā, cum de illo locutus eſſet, qui, aliquid gerēdo, haberet animum obligandi aliquem, licet circa perſonam erraſſet, teſtetur diuerſum eſſe, cum quaſi in rem meā impendo, quæ ſit aliena aut communis. Hoc enim caſu tātum retentionem habeo, quia neminē mihi obligare volui. Atque idem Paulus *l. 14. ff. de except. dol. mal.* conſtituat, eum, qui in alieno ſolo ædificat, nō alios ſumtus cōſequi poſſe, quam ſi poſſideat, ſcil. oppoſita doli mali exceptione: ipſi tñ fulcienti vtilem actionem negotiorum geſtorum, aut condictionē incerti, vel ſimilia remedia pollicēantur. Qua
12 in re † non ſolum Dialecticorum regulas & principia manifeſte violant, ſed & noſtri iuris ab eodem ICto conſtitutionem, quę docet, quod quoties oratio ſumitur ex vniuerſo, ſi aliquid inde falſum ſit, totā orationem
13 falſam effici, † *l. ſi is qui ducenta, 13. §. vtrum. ff. de reb. dub.* Accedit probata interpretibus
14 illa iuris ſanctio, negatiuam orationē † maiorem vim habere ad ſubmouenda ea, quæ excludere volumus, quā eam quæ affirmat, *l. ſi neceſſarius, 8. §. ſi annua. 3. ff. de pignor. actio.* Concedimus, & res ipſa fateri omnem vel mediocriter in legibus verſatum coget, ius noſtrum nōn ſemper ad Dialecticorum regulas poſſe exigi, ꝙ vt adoleſcentibus conſulatur, vno exemplo commonſtraſſe con-
15 tenti erimus. Cicero † in ſuis topicis in hac facti quæſtione: *Titius Sempronio omne argentum legat, multam is pecuniam in numerato, illamque argenteam habebat.* Hæſitatur, *an ea quoque legato cedat?* Et Cicero quidem verborū vim & Dialecticorum leges ſecutus, hanc pecuniam legato cedere & contineri conſtituit. Negant Iuriſconſulti noſtri, *vt l. cum aurum, 19. & l. Quintus Mutius, 27. §. 2. ff. de auro & arg. legat.* concludentem ita diſponendi ſubtexunt rationem, quod non facile quis argenti numero nummos computat. Sed id tum demum probandū eſt, ſi peculiaris ratio id ſuadeat, vt in exēplo, quod retulimus. Conſuetudo enim loquentium potius ſpectanda eſt, quam vis verbi aut eius origo, *l. Labeo. ff. de ſuppell. legat.* Quæ ratio facile impetrat, vt ſententiā Iuriſconſultorum, quam hominum opinioni accommodatam, & intentioni legantis reſpondētem animaduertim', Ciceronis aſſertioni & Dialecticorum ſcitis præferendam ſtatuamus. Vnde etiā in hac ipſa diſceptatione ex cauſſa ſubueniendū eſſe ædificanti, nemo re bene ſubducta, dubitabit, neq; etiam ipſe IC. interrogat', aut illi interpretes, qui vniuerſalem ſermonē vſq; adeo vrgent, negaſſent. Quid enim ſi poſſeſſio per vim † interuerſa 16
eſſet ab ipſo domino, anne denegabimus interdictum vnde vi, aut aliud conueniens remedium? Leges mediusfidius non negāt, *l. ſi quis emtionis. §. pen C. de præſcrip 30. vel 40. ann. l. ſi quis in tantā. C. vnde vi. & l. ſi quis fundū. C. de vi publ. & priu.* Quid ſi per metū, qui in conſtantē virū cadere poſſit, cōpellatur poſſeſſione cedere? ecquid læſæ poſſeſſionis iura, actionē quod metus cauſſa intendenti, reparabimus, *l. item ſi quis, 15. §. 3, ff. de eo quod met.* Fingamus deniq; dolo & calliditate aduerſarii circumuentū transtuliſſe poſſeſſionem, num & huic omnem ſpem repetendi iuris ſui, & per conſequens impenſas amputabimus? Nō præcidunt, qui ſupra deſignati ſunt, Bar. Bald. Caſtr. Saly. *c. tot. tit. C. ne fil. pro patr. Alex. in l. 1. in fi. ff. de cond. indeb. Barth. Soc. d. l. non 2.* multo minus IC. noſter id facturus cenſebitur, & merito, quod non intelligatur de his caſibus cogitaſſe, *l. qui cum tutoribus, 9. §. fin. ff. de tranſact.* Ceterum ſi huiuſmodi cauſſæ aut aliæ æque iuſtæ non intercedant, quo pacto dicemus verba Iuriſconſulti (nullo modo) in vna condictione indebiti vim & effectum ſuum exercere? Quam abſurda hæc † interpretatio eſt: Nullo mo- 17
do poteſt: poteſt tamen actione in factum, condictione incerti, vtili negotiorū geſtorum actione, condictione poſſeſſionis, remedio, *l. ſi me & Titium*, denique vindicatione aut ſimili petitione: ſola condictione indebiti non pōt. Quomodo † hæc verba, 18
quę pluralem numerum exigunt, in vno veritatem ſortiuntur contra, *d. l. fin. ff. ad SC. Treb.* aut q̃ † vim geminationis habēt, & id- 19
eo maiori effectu donāda ſunt *l. baliſta, 32. ff.*

Digitized by Google

eod. tit. qua de re eleganter Nicol. Euerh.
in loco a vigeminationis, & ornamẽtum Germaniæ
Zaſius *in ſuis reſponſ. ſingular. lib.1.cap.*
20 *6.num.8.* vix in vna ſpecie poſſunt cõſiſtere,
aut quid cauſſæ eſt, quod cum † exceptio
21 confirmat regulam, *l. quæſitum, 12. §. denique,
43. ff. de inſtruct. & inſtr. leg.* Hic † exceptio
retentionis non idem conſequatur, præſertim
cum non hac lege ſola, ſed etiam aliis
idem repetatur, *l. 14. §. 1. ff. comm. diuid. & l.
Paulus reſpondit. ff. de except. dol. mal.* Accedit
l. ex quibus, 51. ff. de condict. indeb. vt non aliqua
incogitantia hæc irrepſiſſe in noſtras
Pandectas, ſed conſilio, & circumſpecte, &
ratione certa hoc ſtatutum intelligamus.
Conſtituimus itaque huic ædificatori non
competere vtilem actionem negotiorum
geſtorum, vt Molineus reprehendens alios,
multis ediſſerit, Garſias *d. c. 7. num. 19. & ſequen.*
non actionem in factum, non condictionem
incerti, aut alia remedia, quæ dudum
cum nauſea cõmemorantur, ſed pla-
22 ne ſi omiſerit retentionem, † audiendum
non eſſe, cum quod quiſque culpa ſua damnum
ſentit, non intelligatur ſentire, *l. 203.
ff. de regul. iur.* Non animaduertimus ſane,
23 quare † intempeſtiua miſericordia ius auxilii
extraordinarii huic expediamus, qui
24 preces illius, qui dolo deceptus † opem noſtram
imploret, omnino repudiemus, ſi aliud
etiam temporale remedium neglexerit,
l. 1. §. 6. & 7 cum aliis ſeq. ff. de dol. mal. Præ-
25 terea illum, qui omiſſa † exceptione, qua ſe
tueri etiam ex perſona ſua, vel caſu ſuperuenienti,
contra vindicantem potuiſſet, de euictione
experitur, ſubmoueamus, *l. hoc iure
vtimur, 27. & l. ſi ideo, 55. & 56. habere, ff. de*
26 *euict.* Pari ratione † illos repulſam ferre videamus,
qui omiſſa expenſarum iudicii, aut
vſurarum in actionibus bonæ fidei, aut fructuum,
qui ex officio iudicis adiudicari poterãt,
perſecutione, ſera pœnitentia poſtea
reſuſcitare conantur, quæ conſenſu tacito,
aut iudicatæ rei auctoritate terminata ſunt,
*l. terminato. C. de fructibus & expenſ. rei ind. l.
4. C. depoſit. l. ædiles. 25. § item ſciendum. ff. de
ædil. edict. l. non quidquid. ff. de iudic.* &, quod
iiſdem in locis notatur, ſi illos, qui ſcientes
& prudentes ius retentionis omiſerint, auxilio
dignos putemus. Huic conſiderationi
inſignem cumulũ, quo res indubitatior reddi
poſſit, dabit, ſi perpendamus, quod antiquitus
nullæ actiones moueri potuerint, niſi
impetratæ & certis formulis præſcriptis, *toto
tit. C. de formu.* & impetratione ſublata. Præ-
tor profecto † nõ facile ipſi actionem, mul- 27
to minus extraordinariũ aliquod auxilium
decernebat, qui conuenientem experiundi
rationem aut ordinarium remedium haberet
aut habuiſſet, *l. 3. ff. de oper. nou. nunt. l. in
cauſſa, 16. ff. de minor. in integr. reſtit. l. ab hoſtibus,
15. §. fin. ff. ex quib. cauſ. mai. in integ. reſt.*
Nõ enim † negligentibus iura ſubueniunt 28
ſed vigilantibus, & neceſſitate rerum impeditis,
*l. 16. eo. tit. l. pupillus, 24. ff. quæ in fraud.
cred. geſt. ſunt.* Accedit, quod in controuer-
ſiis, † quæ non iuris certa definitione, ſed 29
quadã, eaque ſola benignitatis ratione niterẽtur,
legiſlatores iudicarint minus inuidioſum
eſſe, retẽtionis beneficio, quã actionis
via eiſdem conſulere, *l. ſumtus, 48. ff. de
rei vind. & l. per retentionem, 4. C. de vſuris. l.
de pignoribus, 22. C. eod. tit.*

Ex his perſpicuum euadit, Iulianum nihil
indignum ſe, aut quod benigniori interpretatione
molliri debeat, cauiſſe. Condictio
enim indebiti vel ſimile remedium non eſt
proditum in rem ipſius, qui ſciens prudenſque
id, quod nõ debebat, ſoluit. Is enim donare
& liberalitatis gratiam captare intelligitur,
l. 1. ff. de condict. indeb. Sed obiicitur, vel
ex ea cauſſa hoc auxilii impertiẽdum, quod
errore lapſi hoc fecerint, vt ex, *l. ſi in area,*
quam tractamus, colligere licet. Vnde vt 30
caligo illa, quam inuaſiſſe videmus, diſcutiatur,
ponderandum hic etiam atque etiam
iudicamus, quod in caſu, quem Iulianus cõtexit,
& quo reliquæ leges pertinent, duo tẽpora
in conſiderationem veniant, ſcilicet,
quo area ædificio exculta eſt, & quo traditio
interuenit. Priori tempore qui impenſas fecit,
lapſus eſt, ſequenti minime, cum propria
facti ignorantia prætexi non poſſit, *l.
quanquam, 7. ad SC. Vell.* Quemadmodũ igi-
tur is, † qui metu compulſus quid promittit, 31
non auditur, ſi poſtea ſponte ſoluat, *l. 2. C. de
eo quod metus.* ita mos gerendus non eſt huic
ædificatori, qui primo ignorantem ſe, fundum
alienum eſſe, quid ædificaſſe cõtẽndit,
ſi in ipſa traditione rem omnẽ exploratam
habuerit. Non mutant ea, quæ a Cuiacio &
aliis in contrarium allegata ſunt, quorũ præcipuum
fundamentum eſt, *l. qui exceptionem
40. §. 1. cum ſimilib. ff. de cond. indeb.* Non vna
enim ratio, ſed plures † hunc, de quo quæ- 32
ſtio eſt, omni remedio exſuerunt, maxime
tamen quatuor numero, quod neminẽ obligare
voluerit, quæ ratio licet hic diſerte
comprehenſa non ſit, *l. tamen, 14. §. 1. ff. cõmun.
diuid.* manifeſte inſerta eſt: aliæ duę,
quæ

Digitized by Google

apertc hic exprimuntur, quod nullũ negotium cum domino cõtraxerit, & q̃ nihil accipientis fecerit. Quarta denique, quæ tanquam generalis per totũ tit.de condictione indebiti diffuſa eſt, q̃ nullus error in traditione interuenerit. Quamuis igitur *d.l.40.*
33 *§.ſi pars.* † proponamus nihil de impenſis factis fugiſſe tradentem, no ceſſant tñ aliæ rationes, quæ ius condictionis ipſi largiuntur, quod ſcil. fideicommiſſarium obligare voluerit, cum ſciuerit poſt cõdictionis exitum rem reſtituendam, vt vtriuſque nomine intelligatur id feciſſe, vt in vſufructu videmus,
34 *l.cum C.de vſufruct.* Et in dubio id † in terminis, vt loquuntur multo fortioribus ſtatuendum adſeuerant Bart. Alberic. Ang. Caſtel. Fulg. *arg.l. cum poſt mortē, 43.§.1.ff de admini-ſtra.tut. item l.fi.ff.de inſt.act.* omnes a Iaſone relati, *in l. ſi pœna.§. 1.ff.de cond.indeb.* quamuis ipſe diſſentiat *per l.4.ff.de ſolut* qua cauetur quē potius proprio nomine quid feciſſe intelligi quam alieno, non animaduertens eandem regulam illam moderationem recipere, vt noſtro nomine nõ cenſeamur feciſſe, ex quo culpā contrahere vel damnum incurrere poſſemus. *l. Titio, & quæ ibi notantur, 36.ff.ad municip.l cum ex pluribus, 97.ff.de ſolut.* quæ ordinem præſumtionũ in ſolutione eleganter, & vt principe ICrum dignum erat, moderatur Copioſe Alciatus, *l. 1. §.itē nuntiationem, 1.ff.de oper.nou.nunc.n.28.& ſeq.* & vt in noſtro caſu eundem Iaſonem etiam negaturum non fuiſſe credimus. Militant
35 deinde & aliȩ rationes, quod ſecutus voluntatem teſtatoris fideicommiſſario rem tradendo intelligatur aliquid negotii geſſiſſe, *arg.l.ſed ſi me putem, 22 ff.de cond. indeb.* quod tradendo, dominium cēſeatur tranſtuliſſe, cum in conditionali legato dominium ſine traditione non tranſeat, *l.ſi tamē, 25. vbi Bar. de leg.2. Alex.l 1.de leg.1.nu 28.* Quod inde quoque confirmari poteſt, quod in puris legatis & fideicommiſſis ante traditionē dominium non vere ſed ficte tranſeat, *vt idem Alciat.ibid nu.23.ſcriptum reliquit*, vnde etiam fructus legatario ante moram non debentur, *l.equis, 8.ff.de vſur. & fruct.*

36 Hanc noſtram ſententiam † repudiare nõ coget illa impugnatio, quod ſi imaginemur in traditione nullum errorē interueniſſe, IC. illud in diſceptationem reuocare non debuerit, quippe vbi dubitandi nõ ſubeſſet cauſſa. Reſpondemus enim, q̃ ſi non
37 aliæ, † duæ hæ rationes fluctuãdi anſam præbere potuerunt. Primo, quod credens heredem ſe eſſe, domum fulſerit, quare cum poſtea prolatis fortaſſe aliis tabulis, vel poſthumo nato, *vt l 2. & 3.eiuſd. tit.* vel alia cauſſa emergēte hereditatem reſtituerit, videbatur de impenſis laborãs, quæ peteret impetrare debere, quemadmodũ ſi ſoluiſſet creditori hereditario, ſuo nomine & ſine deductione hereditatem reſtituiſſet, *l. 19. §.ſi pœna eod.tit. & l.ſi quid poſſeſſor, 31.ſupr. de pet. hered.* vteretur condictione. Deinde quod quoties ſciens id, quod principali rei debitæ accedit, quodque ab illa diuelli non poteſt, ſoluit, donare non videbatur, *arg.d.l.40. §.1. & l.quod ſi nulla, 60.ff.de legat. 1. cum ſimilibus.* Sed IC. his dubitandi cauſſis non tantum tribuit, quin diuerſum in ea facti ſpecie, de qua quæſtio eſt, pronuntiaret. Enimuero primus ſcrupulus, quē mouimus eximetur,
ſi perpenderimus † *in l.ſi pœna, 19.§.1.* priori 38
tempore nedum errorē interceſſiſſe, ſed etiam negotii aliquid contractũ eſſe, vt Iulianus hanc ipſam differentiã non diſſimulat. Præterea ius retentionis regulariter concedit in re, cuius poſſeſſio ad alium hoc facto non tranſit, quod in pecunia creditoribus ſoluta ſecus eſt, quæ iam per rerũ naturam vtpote tranſlata in alium, fieri non poteſt. Scrupulus, quem aliæ leges faceſſunt etiam tolletur, ſi meminerimus peculiarem rationē, quod ſcil cet id fecerint eo animo, vt quem obligarent, id impetraſſe Non pa-
tiemur † deinde ſuſceptæ defenſionis con- 39
ſilium nobis extorqueri, per alia argumēta, quæ fulciendæ opinionis ſuæ cauſſa, idem Molin. *gl.1.tit.1.par.1.n.109 olim 94.* adducit, depromta ſcil.ex *l. hereditas, 50 ff. de petitio. heredit.& l.et ſi quis, 14. §.ſi quis dum ſe putat,*
11 ff.de relig. & ſumt.fun. Nam quod † ad *l.* 40
hereditas attinet, ideo facienti monumētum, quod teſtator inſtitui iuſſerat, decerni negotiorum geſtorum actionem, dicimus, q̃ is id nomine hereditario, obtemperãs voluntati defuncti, fecerat, q̃ ex verbis ICti deprehendere licet, dum ait, veluti hereditario negotio geſto, vbi verbum, *veluti*, veræ rationis munus ſuſtinet, vt recte animaduertit Garſias *d.c 7.nu.22.in fi.* Eſt deinde & alia ratio, quæ hoc ipſum in hoc caſu, & deinde *d.l.14.* indulgeat, natura ſcilicet actionis, quæ vt diſertis verbis teſtatum reliquit, Iuriſconſulus, *dict. l.14. §. idem Labeo 13.* id a legiſlatoribus expreſſit, vt non meram negotiorum geſtorum actionem ſequerētur, ſed neglecta ſtrictiori eiuſdem actionis forma, editæ erga defunctũ pietatis congruen-

Digitized by Google

leg. 1. ff. de cond. ind. l. cuius. ff. de regul. iur. & l. donari, eod. titul. vnde ex poſt facto propoſitum liberalitatis defraudare non debet, *l. ſi quis argentum. C. de donat. §. ſiquidem,* neque conſenſu ſaltem tacito ſopitum negotium refricare, *arg. l. ſi profundo. C. de tranſact.* vt etiam in *actione quod metus*, euenire ſupra admonuimus.
49 Diuerſa † cauſſa eius eſt, qui etiam in ipſa reſtitutione errat, aut, quid factũ ſit, neſcit. Ignorans enim donare non præſumitur, *l. nec ignorans, 10. C. de donat.* vt in ſimili caſu pronunciatum eſt, *l. ſi heres, 68. ff. ad SC. Treb.* in hæc verba: *Si totã hereditatem rogatus reſtituere, tu ſpõte adieris, & ſine deductione quartæ partis reſtitueris, difficile crederis per ignorantiam magis non explendi fideicommiſſi cauſſa hoc fec. ſſe. Sed ſi probaueris te per errorem quartam non retinuiſſe, recuperare eam poteris.*

Ceterum, ne quis obiiciat in diuerſum caſum eandem legem conceptam eſſe, illi facile ſubſcribemus. Nam alias corrueret illa diſtinctio, quam ſupra conſtitui in diſſolutione noſtræ, *l. 33. & l. 40. §. 1. ſupr. de cond. indeb.* probauimus. Id tamen in memoriam reuocare voluimus, quod cum laudabile propoſitum eius intelligatur, qui voluntati defuncti morem gerẽs totam hereditatem reſtituat, vt eius inſigne exemplũ ſuppeditat, *l. patrem, 19. ff. quæ in fraud.* & non facile pœnitentiæ locus ſit, vt reuocare poſſit poſt ſolutionem, *l. 1. 9. & fin. C. ad leg. Falc.* vel etiam promiſſionem, *l. fideicommiſſum, 62. ff. de condict.* tamen voluntati ipſius obtemperari, ſi ignorantia, aut iuſto errore ſe lapſum docere poſſit, *dict. leg. ſi heres. §. fin. & d. l. 9. C. ad leg. Falcid.* eadem pœne doctrina eſt, *l. 1. 2. & 3. item l. domus, 52. l. Stychus, 67. ff. de condict. indeb. l. ſi quis ignorans, C. de iur. & fact. ignorant. l. error. ff. eod. tit.*

50 Non obſtat † *l. 33.* de qua iamdudũ agimus, neque generalia eiuſdem legis verba. Exemplum enim quæ præcedunt eadẽ declarant ac circumſcribunt, *arg. l. ſi de certa, 31. C. de tranſact. l. iubemus. C. ad SC. Vell.* Deinde ratio, quod ſcilicet nihil recipientis faceret. nam cum poſſeſſionem, quæ ſine deductione non deberetur, *l. ſumtus. 48. ff. de rei vind. l. colonus, 12. §. ſi ff. de vi & vi arm.* impenſæ, quæ in rem cõuerſa erat, ignarus, pleniorem tradiderit, fecit aliquid accipientis, quod condictioni ſubiaceat, *d. l. ſi pœna, 19. §. 1. & l. qui exceptionem, 40. §. 1 l. ſed ſi me putem, 22. eo. tit. §. fin. l. ſi binarũ, 35. ff. de ſeruit. vrban. præd. l. de condiction. furtiua. 12.* Accedit quod ceſ-
51 ſet † ratio, quam, vt duritiam legis vt appellitant, lenire poſſint, hic ſe offerre, & id etiam ab inuitis exprimere prætexunt, quam late Anton. Gomes. *ad l. Tauri, 46. numer. 2.* perſequitur, quod is ſibi vitio vertere & culpæ ſuæ adſcribere debeat, quod repudiata retentionis ope, rem in hunc caſum præcipitarit. Vnde illa † regula, ceſſante cauſſa ef- 52
fectum ceſſare, *cap. cum ceſſante. extr. de appell.* & alia, rationẽ pleniora legis verba reſtringere, *l. ita depoſitioni, 5. ff. de adminiſt. & peric. tut. l. cũ pater, 77. §. dulciſſimis, 20. ff. de legat. 2.* Quæ ratio affinis conſiderationi eſt, quam ſupra memoriæ tradidimus, idcirco deploratam † eſſe cauſſam eius, de quo ſupra me- 53
minimus, ædificatoris, q. ſciens & prudens ſine conuenienti proteſtatione & cautione tradendo videatur, vel propter perceptos fructus, vel aliã ob cauſſam gratioſior apud illum eſſe voluiſſe, quæ res condictionẽ impedit, *arg. l. dedi, 3. §. ſed ſi ſeruus 7. ff. de cond. cauſ. dat.* Hæc ipſa conſideratio pondere & auctoritate maiori conſtabit, ſi quæ antea dicta ſunt, repetantur, q. admonuiſſe contenti eo reuertimur, vnde deflexit oratio. Certum eſt, culpam, † quod ipſe retentio- 54
nis iure non ſit vſus, ignoranti imputari non poſſe, *l. quicunque. C. de ſeru. fugit. l. generali. C. de tabular. lib. 11. tit. 69. l. is ſemper. §. ſed ſi is. ff. quod vi aut clam l. 2 ff. de requirend. reis. l. de ætate, §. fin. ff. de interrog. act. l. 2. §. ſi ignorans. ff. de SC. Syll.* Porro, hæc † ignorantiæ alle- 55
gatio in caſu, *d. l. ſi in area*, locũ habere non poteſt, quod ipſe, qui experitur fuiſſe Inſulam proponatur, & facti proprii ignorantiam prætexentẽ nõ audiamus, *l. quanquam, 7. ff. ad SC. Vellei.* Quod ſi autem vlterius quis inſtet, ſaltem in eo culpam contractã, quod cautionem non extorſerit, ſi poſtea quid tale emergere cœpiſſet, reſpondemus ſcrupuloſam inquiſitionem † & ambitioſam dili- 56
gentiam in bono patrefamilias non exigi, *d. l. nec ſupina, 6 ff. de iur. & fact. ignoran.* nec cautionem ſine euidenti cauſſa petenti obtemperari, *l. in omnibus, 41. ff. de iud.* imo nõnunquam huiuſmodi petitionẽ calumnioſam cenſeri, *arg. l. hæc ſtipulatio, 14. ff. vt leg. nomin. caueat.* Et hæc † pro confutatione di- 57
uerſæ ſententiæ ſatis eſt propoſuiſſe: mediam enim viam aggrediendam arbitramur, vt ſecundum verum & germanum, *d. l. ſi in area, 33.* ſenſum, qui ſciens & prudens contemnit aut negligit retentionis ſubſidium, ſpem omnem recuperandæ poſſeſſionis aut impenſarum, quibus crumenã exinaniuit, ſibi reſecuiſſe aut interrupiſſe credatur, niſi

Digitized by Google

parte recte dixiſſet, quod conſeruus debet, dominũ debere. Quo conſilio Hottomannus in hæc verba proruperit, conſtituere mecum non poſſum. Coniuncta enim ſunt cum repre-
22 henſione † Iuriſconſulti, & legũ ipſarũ, vnde tota auctoritas Interpretis dependet, & videtur in crimen incidere, cuius ante Cuiacium Hottomãnus poſtularat, vt hæc verba *d.l.ſed ſi damnum,9.§.3. quoniam hæc quoque domino deberi, nemo ambigit*, illam interpretationem recipiant, vt poſt mortem, vel manumiſſionem ſerui debeantur, quaſi dominus ſeruo adhuc in poteſtate exſiſtente, tanquam ſibi debitum deducere nequeat.

Hactenus ea perſecuti ſumus, quæ Hottomannus in defenſionem ſuæ opinionis, quod naturalis obligatio filio, non patri adquiratur, in medium protulit. Reliquum eſſe videtur, vt communem traditionem Doctorum de confuſione naturalis obligatio-
23 nis † ex cauſſa ſucceſſionis, tanquã alteram erroris, vt ait, originem impugnet, quæ argumenta ad labefactandam hanc ſententiam ex *l.Stychum,85.§ aditio. item l.heres,21.§.quod ſi, ff. de fideiuſſ.* in cauſſam deducantur, excutiamus. Principio enim contendit, hoc commune omnium veterum argumentum, quod a recentioribus, id eſt, Cuiacio & Roberto Aurelian. renouatum ſit,
24 hac reſponſione ſubuerti poſſe. † Si, quia primus debitor patri creditori heres exſtitit, confuſa obligatio debitoris eſt, etiã quia ſecundus creditor patri debitori exſtitit, cõfuſa creditoris obligatio eſt: relatorum enĩ hæc vis eſt. Atqui cum Africanus creditoris ſecundi obligationem minime exſtinctam eſſe demonſtret, conſequens quoque eſſe, vt idẽ in debitoris perſona probemus.
25 Hanc † Hottomanni collectionẽ vitioſam eſſe exiſtimare inde licet, quod antea ꝓbare debuerat, patrem fuiſſe debitorem. Vnde ſublato fundamento, eodẽ modo labefactata reliqua quoque corruent. Quod vero pater creditor fuerit, id iam antea planũ fecimus: qua de cauſſa etiã recte a IC. Africano *d.l.frater a fratre*, infertur, pro ea parte, qua filius debitor patri heres exſtitit, illum repetiturum pecuniam ſolutam. Nec eſt, quod nos ſollicitent illa, quæ ab eodem Hotto-
26 manno de † differentia aditionis & immixtionis adferuntur. Quamuis enim hæc conſideratio in aliis effectum ſuum habeat: tamen in cauſſa confuſionis nullum diſcrimen deprehenditur, cum eadem vtrobique ratio verſetur, idem ius quoque ſequatur, neceſſe eſt, *l.illud, ff. ad legem Aquil. l.a Titio, ff.de verbor.obligatio.* Admiſſa & illa cõſideratione, quod cauſſa aditionis & immixtionis, cum tractatur de iure, quod quis ex ſucceſſione nanciſcitur, & per conſequens, vtrum quis agere, an conueniri poſſit, iiſdem regulis ſubſiſtere ſtatuatur, *§.ſed ſiue is, cui abſtinendi, Inſt.de heredum qual.& differ.l.paterfamilias,28.ff.de reb.auct.iudic.poſſ.verſ.at cum ſubſtitutus alias, incipit, titulus de priuil.creditor.l.fin.ff.de inoffic.teſtam. circa finem, l.ſi duo, 38.ff.de adquir. vel amitt.hered.l.fin.§.fin.C.de iure deliber.* Nam etſi filius poſt mortem patris liberam bonorum adminiſtrationẽ adipiſci videatur, *l.in ſuis, ff.de lib.& poſthum.her. inſt.* tamen ſi veritatem ſpectemus, longe aliter res comparata eſt, cum æs alienum † fi- 27
lii, non ſit patris, nec contra, *l.1 & tot.titul. infr.ne filius pro patre.* Quod autem Iuriſconſultus addit, etiam pro alia parte eſſe repetitioni locum, ſi non minus ex peculio fratris debitoris ad eum perueniſſet, hanc rationẽ habet, quod cum aditio vel immixtio non tollat obligationem, niſi pro ea parte, qua quis heres eſt, *l.penult. infr.de heredit.actio. & l.ſi ab eo, ſupr. de negot.geſt.* & peculium ſit nomen † generale *l.peculium,65.ff.de legat.2.* 28
comprehendat æque onera vt emolumenta, vt hereditas *l.hereditas, ff. de verborum ſignif.* Et quemadmodum is, qui hereditatem amplectitur, æs alienum quoque agnoſcere cogitur, *d l.ſi duo, ff.de acquirend. vel omit. hered.cum ſimil.* ita etiam is, ad quem peculium filii vel ſerui peruenit, *d.l.frater a fratre. in princ.& §.quæſitum, l.depoſiti, §.final.ff.de pecul.l.quotiens, §.penult l.1.§.per contrarium, ff. de dot.præleg. l.& ancillarum, 27.§.ſi ſeruus, l.ſi ex duobus, 32.l.1.l.ſi quis ſeruum, 39.ff. de pecul. gloſſ.d.l.frater a fratre, in verb.conſecutus, Bart. num.42.Alberic.num.24. Bald.num.3 Angel.n. 17.Caſtrenſ.num.26. Alex.num 3. Zaſ.in verbo, conſecutus, Barthol.Socin. num.10. Gothofr.ſub lit.A.Duar.verſ.ſed nunc quæritur.* Et quamuis
† *l.1.§.item ſi heres, ff quand. pecu. act.annal.ſit,* 29
repugnare videatur: tamen illæ leges accipiendæ ſunt in cauſſa legati, quando ſcilicet peculium ſeruo manumiſſo, vel alteri legatum eſt. Nec obſtare putamus legem, *at cum heres,35.ff.de pecul.* Etenim ibi ſeruus vna cum peculio in legatarium translatus videtur, *vt d.l.ancillarum,§.ſi ſeruus, & leg.ſi ex duobus, §.final. cum l.ſequent.* Eſt tamen implacabilis pugna cum *d.l.1.§.per contrarium, ff de dot prælegat.* quare cõſulendus hoc loco Cuiacius eſt. Videtur tamen hæc contradi-

Digitized by Google

ctio nō eſſe magni effectus, cum in omnem
30 euentū † etiam legatarius teneatur iure de-
ductionis ab herede faciendæ vel cautionis
interpoſitæ, *d.§.item ſi heres.* Quod cum ita
ſit, facile adſequimur, illud multo magis ad-
mittendum eſſe, ſi vniuerſali & hereditario
titulo peculium ad aliquem deferatur, ſiue
ponamus illum eſſe heredem ſuum, ſiue ex-
traneum, *vt d.l.frater a fratre. item l.quæſi-*
tum.§.1.ff.de pecul.l.1.§.ſi præcepto.ff.quand.
act.de pec.eſt ann. vt ſcilicet eo caſu æs alie-
num peculium comitetur. Vnde ſi heres
31 † ſit creditor pro modo quantitatis ex pe-
culio quæſitæ, obligatio extinguetur, quod
nedum Cuiacius, ſed omnes Doctores alii
ſupra a nobis relati obſeruarunt. Diuerſa
cauſa eſt debitoris. Etenim obligatio iure
confuſionis pro portione hereditaria peri-
mitur, *d.l.penult. C.de hered.act. l.cum a matre.*
C.de rei vindic. nec habetur ratio, plus an mi-
nus emolumenti ad eum peruenerit, *l.1. C.*
de reb.cred.ſi cer.pet.l.quæ dotis.ff.ſol.mat. Quæ
cum ita ſint, cauſſa non fuit, quod in Cuia-
cium Hottomannus hoc loci tātopere de-
ſtomachetur, & cum indignatione quærat,
quis antehac audierit, filiosfamilias patre
32 mortuo † ſuum peculiū adquirere. Quam-
uis enim idem Cuiacius, dum ſenſum animi
penitus aperire conatur, his verbis vſus ſit:
» *Notandum eſt, duobus modis confuſionem obli-*
» *gationis fieri, adquiſitione hereditatis, & adquiſi-*
» *tione peculii,* tamen hæc verba non pertinent
ad perſonā debitoris, ſed filii creditoris, qui
ex fratris peculio partem auferat, quod poſt
mortem parentis cum ceteris bonis contri-
bui ſolet, *l.certum.ſupra.fam.erciſc.* Cum itaq;
ex huiuſmodi peculio dimidiū referat cre-
ditor filius, cōſequens quoq; eſt, vt iure con-
fuſionis vel ſolutionis (vt ego exiſtimo. *l.ſi id*
quod.§ 1.ff.de lib.legat.) creditum pro quanti-
tate percepta euaneſcat. Hūc enim intelle-
ctū Cuiacii verba, quamuis duriuſcule con-
cepta, recipere ſequentia coarguunt, dum
ait: *Adquiſitione autem peculii confunditur obli-*
gatio, ſi peculium debitoris ad creditorem peculia-
rem, vel ad heredem eius peruenerit. Nam vt pa-
trimonio debitoris, ita peculio obueniente credito-
ri, cōfunditur obligatio. Quærit deinde Hot-
tomannus, quid ſi pater filio ſuo ſecundo ſi-
milem ſummam debuiſſet, anne exiſtime-
mus, huiuſmodi obligationem, ſi poſtea he-
reditati paternæ ſeſe immiſceāt, quoq; con-
fuſione tolli, & hoc videtur innuere, ſed nō
animaduertit hic lōge aliū caſum proponi,
quam in cuius enarratione verſamur. Intel-
leximus enim ex his, quæ ſupra commemo-
rata ſunt, patrem filio naturaliter obligari, &
cōtra, & eius rei cauſſas nō diſſimulauimus.
Statuimus itaque, iure confuſionis vtramq;
obligationem ſubmoueri, ſed ſolū pro por-
tione hereditaria, ita vt vtrinq; ſalua ſit obli-
gatio pro dimidia parte, *d.l.penul. C.de hered.*
act. diſſimile argumētum locationis & con-
ductionis eſſet inter fratres, vt ait, cōtractæ.
Si enim poneremus, morte parētis nō con-
firmari talem locationem ex definitione le-
gis, *cū vir.42 ff.de vſucap.* ſed diſſolui potius,
vt per l 1 ff.de reſcin.vend. l.bona fides.ff.de act.
emt.& vend.& l.fin.ff.de acceptil. minus com-
mode inductas defendit Hottomannus, id
tamē præſenti inſpectioni nullū præiudiciū
inferret, cū ratio legis *ſi quis domū.§.hic ſubiū-*
gi poteſt.ff.locat. hāc difficultatē ſubmoueat.

Accedit & illa conſideratio, quod hic v-
trinque æquale onus ex proportione verſe-
tur. At in debito & credito longe diuerſa ra-
tio eſt. In eadē cauſa ſint intempeſtiua illa
ſubſidia, *l.ſed et ſi.§.ſed & ff.de pecul.l.ſi quis ſer-*
uum.20.l.ſi creditor.27.l.eo tēpore.50.§.1.l.cum
quo.56.ff.ad leg.Falcid. quæ ſcilicet demon-
ſtrant peculiarem † obligationem aditione 33
hereditatis non confundi. Sed nō animad-
uerto, quorſum harum legum adminicula
pertineant. Nō enim Cuiacius & alii inter-
pretes affirmāt, ſeruum naturaliter obligatū
nō eſſe, & ratione eius peculium nō teneri,
aut aditione hereditatis dominicæ a credi-
tore facta cōfundi peculiarē obligationem,
vt prætexit Hottomannus, ſed ita demum
hanc obligationē extingui, ſi tantundem ex
peculio ad creditorem peruenerit. Non in-
telligitur autem ad creditorem perueniſſe,
ſi eandē peculii poſitionē reliquit, *l.ſi noxa-*
li.11.§.eſt quæſtionis.ff.de pecul. ſed ſi reuera de
peculio deduxerit. Porro *l.ſi filia.30.ff.famil.*
erciſc.§.1.l.heredes.25.§.ſi filius.eod.tit. fruſtra
quoq; in cauſam deducūtur, cum nihil pro-
hibeat, eoſdē paragraphos de caſtrenſi pe-
culio intelligere. Et ſi talē interpretationē
quis non admittat, tamen largiatur neceſſe
eſt, inter patrē & filium naturalē obligatio-
nem conſiſtere, quando contractus a patre
proficiſcitur, *d.l.frater a fratre.§.quæſitū ff.de*
cond.indeb. vt ſæpe iam inculcauimus. Nec eſt
quod meo iudicio tantopere vrgeat verba
Iuriſcōſulti Africani, adeo, vt ſi prælegatum
† filio, eidemq; debitori id fuiſſet, deductio
huius debiti a fratre ex eo fieret; appellatio-
ne enim debiti hic non vniuerſa quantitas,
quæ a ſecundo numerata erat, intelligitur,
ſed

Digitized by Google

ſed pars dimidia, quæ per confuſionem ſublata non fuit, de qua ſola Iuriſconſultus quæſtionem mouit; idque arguit etiam dictio, *huius*. Abſurdum enim videri debet, ſi quod certum Iuriſconſultus conſtituit, illud ſine euidenti ratione corrigeret contra l. *non ad ea, 89. ff. de condit & demonſtr.* Quod autem idem Hottomannus obiectionem *l. 6. & 8. infr. ad legem Falcidiam. item l. 1. §. ſi debitor, ff. eodem*, quibus caueatur, quod in ponenda ratione legis Falcidiæ heres deducere poſſit, quod ſibi defunctus debuit, & ſolutionem a Cuiacio datam, quod in lege Falcid. mortis tempus ſpectemus, *l. in ratione, ff. ad leg. Falcid,* nihil ad propoſitum facere cõtendit, non video, quo fundamento illud aſſerere ſuſtineat. Si enim poteſt deducere, ꝙ ſibi debetur, neceſſe eſt, eum obligationem
35 habere ciuilem & naturalem, cum ciuilis † ſola ad ius retentionis non ſufficiat, ſi naturalis obligatio aliquo modo ſublata ſit, *l. Stychum, §. naturalis, ff. de ſolut.* de qua re infra ſuo loco tractabimus Solutionem autem Cuiacii ex arte factam inde æſtimare licet, quod cum aditio hereditatis iure confuſionis alias obligationem tollat, *d. l Stychum, §. aditio, ff. de ſolut.* Hic tamen illud non fiat, quod legis auctoritas, & æquitas ipſius rei illud prohibuerint, iuſſerintque ſpectari tempus mortis, non ſolum ratione fructuum, & damnorum, ſed etiam ratione debitorum & creditorum, *dict. l. in ratione, & l. in quantitate, 73. ff. ad legem Falcidiam, & §. quantitas, Inſtit. eodem tit.* Abſurdum enim eſſet, ſi legatarii, qui de lucro laborant creditoribus, qui certant de damno, præferrentur, *l. fin. C. de codicill. & d. §. quantitas, cum §. ſeq. Inſt. ad leg. Falcid.*

Quod vltimo idẽ Hottomannus in confutanda expoſitione Cuiacii negat, ſolutionem ab eo allatam tollere offendiculum, in
36 quod impingere poſſemus ex *l. debitor, 59.* † *ff. ad SC. Trebell.* in ea cõditione eſſe videtur, vt temere ſperni nequeat. Etenim cum Iuriſconſultus in ſpecie ab eodem propoſita, conſtituiſſet, aditione hereditatis illius, qui creditor ſub pignore erat, non tolli obligationem, in hæc verba: *Igitur non tantum retentio, ſed etiam petitio pignoris nomine competit, & ſolutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* Cuiacius in explicatione legis, *frater a fratre*, profitetur, nihil eſſe, quod tam facile expediri poſſit. Significare enim propter alia non manere, & eſſe confuſam: cõfuſione tolli omnem perſonalem obligationem, etiam naturalem, obligationem realem, id eſt, pignoratitiam non tollere. Negat itaque Hottomannus, hanc conciliationem ſubſiſtere, quod Iuriſconſultus non quærat de obligatione reali, ſed perſonali, dum ſtatuit, naturalem obligationẽ manere. Vnde Bart. *in expoſ. leg. debitor, n. 1.* Alex. poſt Ang. & Imol. *n. 5.* paulo aliter hanc rem digerunt intereſſe inter traditionem, quæ ab inuito, & a magiſtratibus cõpulſo fiat, & voluntariam. Hic enim confuſione, nedum ciuilem & naturalem obligationem perimi, *l. ſi id quod, 21. ff. de lib. legat. item d. l. Stychum, §. aditio, ff. de ſolut.* ſed etiam hypothecariã, *arg. l. neque pignus, ff. de reg. iur.* Ceterum, cum IC. non conſtituat vim in ea aditione, quæ ab inuito fiat, ſed in pignore, dici fortaſſe non incolorate poſſet, aliam cauſſam eſſe perſonalis obligationis, cũ hypothecaria coniunctæ, vt tunc ex aditione non exſtinguatur naturalis obligatio: Puto tamen Iuriſconſultum nõ ea ratione ſolum motum fuiſſe, vt ita pronuntiaret, ſed totius negotii circumſtantias cum hac ratione concurrentes, id impetraſſe, quod coactus adiuiſſet, quodque hereditatem reſtituere rogatus eſſet, & ſic vt Caſtrenſ. infert *numero 2.* reuocabiliter res apud eum fuiſſent, quod denique pignus interceſſiſſet, cum natura contineri videatur, vt non antea liberetur, quam omnis pecunia ſoluta ſit, *l. ſi rem, 9. §. omnis, ff. de pignor. action. l. grege, 13. §. etiam, l. ſi fundus is, §. in vendicatione, ff. de pignorib.* vt recte etiam expendit Antonius Faber *coniect. lib. 7. cap. 16.* quamuis is, *eo. lib. cap. 17. relata dict. l. debitor, verba. Remanet igitur propter pignus naturalis obligatio*, putet plane remouẽda: quippe, quæ ex gloſſemate imperiti alicuius Interpretis irrepſiſſe videantur: ꝙ ſane, vt iam ſæpe conqueror, nõ animaduerto, quo pacto homini priuato, liceat, niſi fides exemplarium factum ipſius commendaret. Neque hoc in præſenti caſu tantum obtinet, verum, *vt ſupra admonui*, e-
tiam in aliis caſibus ſubueniatur † heredi per 37
modum retẽtionis, vel alio ſimili remedio, cum illud æquitas ſuadet, *l. cum hereditas ex fideicommiſſo, ff. ad SC. Trebell. l. irritum, & in l. in imponenda, C. ad l. Falcid. & ibidem glo. atque Doctores, l. Stychum, §. 1 & ibidem gloſſ. in verb. retinent, ff. de ſolut. Alex. d. l. debitor, nu. 5.* Quo pertinet *l. 3. de ſeparationibus*, & nonnullæ aliæ leges ab Anton. Fabr. *dict. lib. 7. cap. 17.* cõmemoratæ, vbi ex cauſſa æquitatis cõtra confuſionis regulas læſis ſubueniatur. Hæc

Digitized by Google

cum ita ſe habeant, ita non video, quo pacto relata a nobis conſideratio, ad præſentem cauſſam commode deflecti poſſit, aut pertineat ad muniendam ſententiam exiſtimantis, *in l. frater a fratre*, negationem inſerendam eſſe contra auctoritatem, nedum vulgaris & receptæ, ſed etiam Florentinæ lectionis, cum hic non tractetur de creditore debitori ſuccedente, ſed cõtra de debitore, qui pro dimidia parte ad hereditatem admittitur, pro qua obligationem ſolã exſtingui non vna, ſed multę leges declarãt, *l. penult. C. de hered. actio. l. cum a matre, ſupr. de rei vindic. l ſi ab eo. ſupr. de negot. l. Stychum, §. aditio, ff de ſolut.* Et hæc de difficili lege, *frater a fratre*, ſuffecerint. Cetera enim alio loco exequemur.

Ad Titulum 13.

Ne filius pro patre, aut pater pro filio emancipato, vel libertus pro patrono, vel ſeruus pro dodomino conueniatur.

Noua conſtitutio Friderici. Habita.

SVMMARIA.

1 *Quis auctor præſentis conſtitutionis ſit.*
2 *Cur in hac conſtitutione nulla fiat mentio Electorum Imperii.*
3 *In arduis negotiis conſiliarii adhibendi.*
4 *A ſenioribus ſolere conſilia ſaniora proficiſci, idque exemplis illuſtratum.*
5 *Dignitas perſonarum ad auctoritatem decretis, & conſiliis probandam, plurimum momenti habet.*
6 *Qui appellatione ſcholarium contineantur.*
7 *Neminem recte ſcholarem dici, niſi nomen ipſius matriculæ vniuerſitatis adſcriptum ſit.*
8 *Conſuetudo inſcribendi neceſſitatem, remittere poteſt.*
9 *An ſtudioſi cenſendi ſint, qui lectiones non frequentent?*
10 *Auctores, & vndecim argumenta, quibus, quod pro ſcholaribus habendi non ſint, nec priuilegia eorum vindicare poſſint, confirmatur.*
11 *Contraria ſententiæ Interpretes, & octo argumenta, quibus ſuam opinionem conſtabilire nituntur.*
12 *Diſtinctio auctoris inter priuilegia, quæ Ordini cõtributa ſunt, & quæ aliis ſimpliciter ſunt conceſſa.*
13 *An ex hac cauſſa coram Prætore conueniri poſſint, cum defenſione negatiuæ ſententiæ?*
14 *Quid probandum ſit in aliis priuilegiis.*
15 *Non diſtinguendum, an ſtudioſi domeſtica exercitatione, an vero publica proficiant?*
16 *Viuam vocem plus efficere, & habere, quid latentis energiæ.*
17 *Cytharœdos, laniſtas, præſultores, ſcholariũ loco habendos non eſſe.*
18 *Clerici negligentes fructibus beneficiorum mulctari poſſunt.*
19 *Quid in diſceptatione propoſita, an ſtudioſi negligentes priuilegia amittant, conſuetudine Academiarum receptum videatur.*
20 *An ſtudioſis, qui in ſua patria ſtudiis inuigilant, priuilegia deneganda ſint, cum auctoribus, qui hoc defendant?*
21 *Contrariæ ſententiæ auctores, & argumenta, quibus auctor ſubſcribit.*
22 *An clericus ad hanc conſtitutionem pertineat?*
23 *An appellatione ſcholarium, etiam profeſſores contineantur?*
24 *Confirmata ſententia, quod non comprehendantur, & huius obſeruationis vtilitas.*
25 *In relatiuis vbi eadem ratio eſt, idem ius quoque defendi debet.*
26 *An priuilegia ſcholaribus indulta, etiam aliis ſcholis competant, quam Gymnaſiis ex priuilegio approbatis?*
27 *An qui humanioribus literis operam impendunt, hoc beneficium ſibi in Academiis polliceri poſſint?*
28 *Cur nuntii ſcholarium ad priuilegia ſtudioſorum admittantur?*
29 *An idem in famulis quoque admittendum ſit?*
30 *An tabelliones, aut notarii vniuerſitatis in ea conditione ſint?*
31 *Auctores & argumenta negantis ſententiæ.*
32 *Contrariæ opinionis interpretes & fundamenta.*
33 *A particulari vniuerſaliter concludere non debemus.*
34 *Non membris quibuſdam, ſed toti vniuerſitati conſulendum.*
35 *Quomodo hoc intelligendum, quod priuilegia ſtricte interpretanda ſint?*
36 *An priuilegium ſit, quod quis venire, & ſecure habitare poſſit?*
37 *Conſuetudinem non poſſe huic iuri derogare.*
38 *Studioſi nullum portorium, aut vectigal ſoluere coguntur.*
39 *Nullus de his rebus, quas vſus ſui cauſſa infert, vectigal ſoluere cogitur.*
40 *An ſtudioſus etiam a nudo profeſſionis facto, vt ſcilicet ſua indicet liber ſit?*
41 *Commiſſi pœna non profitenti, an infligi poſſit?*
42 *Diſtinctio Bartoli in præcedenti quæſtione. Sententia auctoris. & nu. 43.*
44 *Si ſtudioſus merces munificas cum ſuis rebus commiſceat, an deprehenſus omnibus rebus mulctari poſſit, an vero quæ vectigali obnoxia erant?*
45 *Diſtinctio Bartoli, Angeli, Imolæ, Cumani, inter merces illicitas, quæ ſine pœna capitis transferri non poſſunt, & alias licitas, vt merces ſuppreſſæ committantur, illic aliud obtineat.*
46 *Alia diſtinctio Caſtrenſis, inter res, quæ ad coadunandum deſtinata ſint.*
47 *Qui ceteris virtutibus præſtet, merito ante alios remunerandi ſunt.*
48 *Diuerſa ſacræ ſcripturæ loca, ex quibus conſtet doctrina excellentes ceteris, vt ſydus aliquod prælucere.*
49 *Deum verum lumen eſſe, & vt principiũ, & finem omnia complecti.*

50 Offi-

50 *Officium illorum, qui doctrina excellant.*
51 *Finis & principia quo tendere, & a quibus incoare docti debeant.*
52 *An ſtudioſi omiſſo medio, ad Imperatorem prouocare poſſint? diuerſa Doctorum ſententia.*
53 *Diſtinctio auctoris.*
54 *Tres cauſſæ, quare ſtudioſi ante ceteros beneficiis ornandi.*
55 *Oppignorationes contra ſtudioſos locum non habent, etiamſi agatur de debito alienæ prouinciæ.*
56 *An illud locum habeat iudicio iam cœpto?*
57 *Specialia in cauſſa oppignorationis fauore ſtudioſorum.*
58 *Apud quem ſtudioſus conueniri poſſit?*
59 *Intellectus horum verborum apud dominum, vel magiſtrum ſtudioſi, vel Epiſcopum ciuitatis.*
60 *Cauſſa, quod ſtudioſi, & Profeſſores Rectorem Vniuerſitatis vbique pene conſtituant.*
61 *Rectorem non poſſe recuſari.*
62 *Doctores, & Profeſſores nihilominus iuriſdictionem habere, ſed ſtudioſum habere ius eligendi.*

1 QVis auctor huiꝰ cõſtitutionis ſit, † quædam controuerſia inter noſtros Interpretes eſt. Petrus enim Rebuffus in explicatione huius legis poſt Aluarotũ ſtatuit Imperatorem Federicum eius nominis ſecundum, hanc ſanctionem edidiſſe. Ceterũ Oldendorpius *in ſuo tract. de iure ſingulari.* item Duaren. & Iul. Pacius *in enarratione præſentis titul.* hanc conſtitutionem adſcribunt Friderico primo, Ænobarbo, qui, *teſte Cuiacio,* auctor fuerit nouellæ conſtitutionis de pace tenenda, & quarundam aliarum de vſibus feudorum: Cuius iuſſu & auctoritate etiam, vt Carolus Sigonius *lib. 12.* de regno Italiæ tradit, iura feudalia in certos libros & titulos collata fuerunt. Hic igitur, cum in ſtudioſos propenſiori voluntate eſſet, hãc conſtitutionem publice promulgari, & deinde ad maiorem auctoritatem eidem conciliandam, Corpori Codicis inſerendam curauit. Profitetur itaque initio, ſe id feciſſe, habita ſuper hoc diligenti inquiſitione Epiſcoporum, Abbatum, Ducum, omnium Iudicum, & aliorum ſacri Palatii Procerum examinatione. Antequam effectum & vtilitatem factæ commemorationis indagemus, tollendus videtur ſcrupulus, qui a nemine motus, non mediocre negotium faceſſere videtur, cur nullam Ele-
2 ctorum † ſacri Imperii, Archiducum, & Statuum eiuſdem Imperii, & ſimiliũ mentionem faciat, cum quibus huiuſmodi res in deliberationem committi ſolent, vt in aurea Bulla Caroli Quarti, & in omnibus pene Conſtitutionibus, quæ nedum ab inuictiſſimo Imperatore Rudolpho: ſed etiam Maximiliano, Carolo, & ceteris Præceſſoribus publicatæ ſunt. Exiſtimauerit fortaſſe quis, quo tempore Fridericus rerum potitus eſt, nondum ius Septemuirorum introductum fuiſſe: Sed illum ratio temporis, & annales ipſi facile cõiecerint, cum certũ ſit, ſanctionem de iure electionis, quod ſolũ ſeptem Principibus Germaniæ deferretur, ſedente Gregorio Quinto Saxone, cui ante Brunoni nomen erat, & imperante Ottone Tertio, anno 1002. *vt tradunt Egnatius in vita Ottonis, Andr. Gail lib. 1. obſeruat. 21. num. 2.* receptam fuiſſe, & vtrumque Fridericum multo poſt tempore ad Imperii gubernacula admiſſos. Exiſtimo itaque, ius Electionis eodem tempore gradum dignitatis (vt poſtea cœpit) inter Principes Germaniæ nondum conſtituiſſe, ſed nomine Epiſcoporum: item Ducum hos eoſdem comprehendi: interiecto autem ſpatio hanc diſtinctionem dignitatum introductam, quod de faſtigio Archiducali manifeſtum eſt.

Pronunciat itaque ſe habita cum Principibus, iudicibus, aliiſque proceribus deliberatione, decernere de ſtudioſis liberalium artium & eminentioris doctrinæ, quæ ſequuntur: Exemplum præbere volens, quod in arduis † cauſſis non debeat quis in- 3
genio ſuo vnius, aut experientiæ confidere, ſed aliorum iudicii maturitate & vſu rerum præſtantium virorum conſilium exquirere, *l. humanum. C. de legibus*, qua comprehenditur ad beatitudinem Imperii & gloriam eiuſdem ea pertinere, quæ ab huiuſmodi viris ſuggerantur. Hinc leges dicuntur virorum prudentium reſponſum, *l. 1. ff de legib.* item illud dicitur integrum iudicium, quod plurimorum auctoritate approbetur, *cap. prudentium, de offic. deleg. clem. 1. de ſentent. excommun.* bene geri quæ recto conſilio nitantur, *l. dubium, infra, de repud.* item ad veram rei cognitionem peruenire, qui peritorum conſilio vtatur, *l. ſi auiam, C. de ingen. man.* non excuſari illum, qui ex imperitia bonorum poſſeſſionem non agnouit, cum peritos conſulere potuerit, *l. in bonorum, 10. ff. de bonor. poſſeſſ. leg. 2. ff. quand. bonor. poſſeſſ.* imo illum parum conſiderate facere, qui teſtamẽtum condat non adhibito conſilio iuriſperitorum, *l. codicillis, §. Lucius, ff. de legat. 2.* Huc pertinet præceptum ſapientis Eccl. c. 32. *Fili nihil ſine cõſilio facias, & poſt factum non pœnitebit.* & Tob. 4. *Conſilium a ſapiente ſemper require.* Quæ cum in priuatis

probentur, multo magis in Principibus admittenda ſunt, cum illi, qui eis a conſilio ſunt, nedum adiutores, *cap per venerabilem, §. ſunt autem ſacerdotes, qui filii ſunt legitimi*, ſed etiam pars corporis ipſius Principis cēſeantur, *l. quiſquis, ff. ad legem Iul. maieſtat.* vnde etiā Principes omnia iura in ſcrinio cordis circumferre dicuntur, *l. omnem, C. de teſtam. c. 2. de conſtit. in 6.* quod ſcire intelligantur, cum ab his, qui circa eoſdem aſſidui ſunt, cognoſcere poſſint. Hinc Prouerb. cap. 2. *Nā conſilium cuſtodit Regem, & prudētia ſeruat illū.* Item c. fin. 2. quæſt. 1. item Exod. 18. *Solus illud non poteris ſuſtinere, ſed audi verba & conſilia, eritque Dominus tecum, &c.* & paulo poſt: *Prouide de omni plebe viros ſapientes, & timentes Deum, in quibus ſit veritas, & qui oderunt auaritiam, & conſtitue ex eis Tribunos, Centuriones, Decanos, &c. qui iudicēt populum omni tempore, quidquid autem maius fuerit, referant ad te.* Sunt igitur alii, vt videmus, in conſiliū adhibēdi. Optandum quidem eſſet, vt omnes conſultores vitæ honeſtioris meritis, peritiæ atque eruditionis laude, necnon experientiæ commendatione excellerent, *l. penult. C. ad l. Iul. repet. c cum in cunctis, de elect. Iuſt. Lipſ. in ſuis Polit. lib. 3. cap. 3. 4. 5. & ſeq.* quæ dotes &
4 ornamenta † in ſenioribus plerunque conſpicua eſſe ſolent, *cap. niſi cum pridem, de renunc. in verb. in ſenibus moralis maturitas eſſe ſolet, cap. cum in iuuentute, de præſumt. & ibidem gloſſ. in verb. ſenilem, Hoſtienſis, Panormitanus, & alii, leg. quicunque, Cod. de prox. ſacror. ſcrini. Andr. Tiraquell. in tractat. de iure primogen. in ſua præfatione num. 153.* Quod conſilium ſenile plerumque ſalubre eſſe conſueuerit, vt Herennii Pontii, qui cum clauſis apud Furcas Caudinas Romanis, a filio conſultus eſſet, quid de illis ſtatuendum putaret: Primo illos omnes dimittendos ſtatuit, quod hoc conſilium pertineret ad populum Rom. immortali beneficio deuinciendū, quod cum diſplicuiſſet: omnes occidendos cenſuit; ꝗ extincta pube Romana, multis annis opus eſſet, ad inſtaurandū vires tam grauiter afflictas. Porro, cum Samnites tali cōſilio repudiato, Romanos ſub iugum miſiſſent, & ſub ſpe pacis illis poteſtatem feciſſent, vt cū ſingulis veſtimentis abirent, renouato bello, multisque prœliis victi, incogitantiæ ſuæ pœnas dederunt. Quo pertinet exemplum Regis Roboam, qui ſpretis ſeniorum conſiliis, pene perpetui diſſidii cauſſam præbuit, cum decem tribus illo relicto, ad ducem ſeditionis Hierobeam deſciſcerent, *Reg. lib. 3. c. 12.* *c. eccleſia, 16. q. 1.* Ceterum, quia natura non concedit, vt omnes in illa conditione ſint, & ad conciliandam † auctoritatem decretis 5
& aliis ſanctionibus dignitas perſonarū plurimum faciat, *c. ſtatutum, de reſcript. in 6. c. nobiliſſimus, diſt. 97. c. 1. de prohibita feud. al. per Feder.* Idcirco non ſolum Iudices adhibuit in conſilium, item Epiſcopos, Abbates, in quibus maturior ætas cum his dotibus cōiuncta plerumq; requiritur, ſed & Duces, item alios proceres, *vt hic, & d. c. 2. de prohib. feud. al per Feder. item cap. vnico, de prohibit. feud. alien. per Lothar. l. humanū, ſupr. de leg.* Sufficere eñi videtur, ꝗ non deſint in huiuſmodi conſiliis Seniores, & viri his animi dotibus exculti, in quos alii coniectos oculos habere poſſint. An autem, ſi Imperator, vel Principes alii, ardua negotia, ſine conſilio ſuorum Procerum expediant, quod factum eſt, irritum cēſeri debeat, ſatis late proſequimur, *leg. placet, ſupr. de epiſc. & clericis.*

Offerunt ſe in textu hæc verba: *Omnibus, qui cauſſa ſtudiorū perigrinantur, † ſcholaribus)* 6
Sunt qui ſtatuunt vocabulum *ſcholaris*, apud emendate loquentes auctores vſitatum nō eſſe. Ceterum, Alciat. *l. 1. C de priuil. ſcholar.* ex Quintiliano *libr. 2. de officio diſcipulorum*, docet, hāc vocem in eo genere habendam nō eſſe, qui his verbis vtatur, vbi in ipſos cœtus ſcholarium læti & alacres peruenerint. Scholæ dictæ ſunt a Græco verbo σχολή, id eſt, otio, vt deſignet locū, in quo per antiphraſin minimum ſit otii, aut cui omiſſis aliis omnibus ſoli vacare debeamus. Et quidem aliæ ſcholæ ſunt militum, *l. final. C. de leg. l. 6. C. de aduoc. diuerſor. iudi.* aliæ Iuriſconſultorum, *§. diuerſæ, Inſtit. de emt. & vendit. item §. is qui exſequitur, Inſtit. mand. l. eum qui certarum, 138. ff. de verbor. oblig.* item aliarum functionum, vt ſchola agentium in rebus *l. pen. C. de offic. milit.* Iudicum ſchola Palatina, *§. ſin autem, C. de iudic.* ſchola ſilentiariorū *l. 4. C. de ſilent. lib. 12.* Porro, quemadmodum militantes in ſacro Palatio ſcholares dicti ſunt, *l. 3. C. de priuil. ſcholar. li. 12. l. 5. C. qui milit. poſſ. l. 14 C. de erog. mil. annon.* ita & illi, qui ſtudiis eminentioris doctrinæ operam nauent, eodem nomine appellari cœperunt, *vt hic & in proœm. decret. item c. 1. de magiſtris.* † Et qua ratione 7
nemo ſe recte militem nominare poteſt, quam in numerum militum relatus ſit, *l. antepen. ff. de teſtam. milit. & ibid. gloſſ. Bartol. in princ. Bald. n. 1. & 2. Angel. n. 1. Cuma. n. 1.* Eadē ratione nemo recte ſcholaris dici poteſt, niſi nomen ipſius ab ipſo Rectore matriculæ

Vniuer-

Digitized by Google

vniuerſitatis adſcriptum ſit, *Bart. l. matriculam, C. de agent. in reb. lib. 12. arg. eius text. nu. 3. Ioan. de Platea ibid. in 3. notab. Bald. l. petitionem. nu. 1. ſupr. de aduocat. diuerſ. iud. Salic. tit. ſeq. n. 2. Philipp. Franc. in proam. 6. §. Bonifacius. in fin. & ibidem Dominicus num. 23. Portius Inſtit. de mil. teſtam. n. 2. Decian. reſponſ. 66. nu. 11. l. 3. & reſponſ. 39. n. 12. eod. lib. Salic. l. 1. de aduoc. diuerſ. iudic. etiam arg. eius textus, gloſſ. in l. 3. C. de offic. magiſtr. mil. Angel. in d. l. antepen. ff. de teſtam. milit. n. 7. Decius l. ſcriniarios. infra. eod. tit. n. 15. Donell. in præſent. authent. n. 6. Andr. Gail. lib. 1. obſeru. 21. nu. 5. & n. 9. Pariſ. conſil. 159. n. 16. Iacob. Menoch. præſumt. lib. 2. c. 78. num. 3.* Et quamuis Maſcard. *concluſ. 128. n. 14.* videatur id tum demum admittere, ſi conſuetudine ita receptum ſit, tamen non puto hanc declarationem veram eſſe, ſed definitioni iuris, de quo *d. l. antepen. ff. de teſtam. mil. item d. l. 1. C. de aduoc. diuerſ. iud. tit. 2. item l. matriculam. C. de agent. in reb. lib. 12.* hoc accepto ferendum. Nec mutare putamus, quod eiſdem in locis nulla mentio ſcholarium fiat. Cum enim militia togata & militaris comparationem ſuam habeat, *l. aduocati. ſupra, eodem tit.* quod de vna ſtatutum eſt, id recte ad aliam transferri poteſt, *l. non poſſunt. ff. de leg.* Accedit, quod auctores ab eodem Maſcardo laudati, vt Bartol. Dec. non adfirment, quod eiſdem adſcribere videtur. Nec eſt, quod hoc loco nos ſolicitet cōſideratio Horatii Lucii, militem etiam illum dici, qui in numeros relatus non ſit, *l. 1. ff. de bonorum poſſeſſ. ex teſt. milit.* Nam ipſe Vlpianus id intelligit de illo milite, qui auctoritate ſuperioris ex alio numero translatus ſit in alium.

8 Obtinebit igitur † contraria opinio, ſi conſuetudo inſcriptionem non requirat. Sane in præſenti Academia dubitari non conuenit, neminem pro ſtudioſo habendum, niſi in album Rectoris relatus ſit, cum id legibus Vniuerſitatis diſerte caueatur.

9 Hic exſiſtit quæſtio quotidiana, † an illi ſtudioſi, qui adſcripti albo Rectoris lectiones negligant, etiam adſpirare poſſint ad

10 priuilegia ſcholaribus propoſita? Non † poſſe, ſtatuunt Alex. *in l. ſcriniarios. C. de teſtam. milit. n. 3. Ludouic. Rom. ibid. num. 5. Cyn. nu. 1. Franc. Aret. num. 2. Iaſ. num. 5. Bartol. in l. 1. C. de colleg. lib. 11. Bald. in proœm. digeſtor. Ioan. de Ligna, Paul. de Eleazar. & Zabarell. in proœm. clement. Abbas in cap. 1. de iudic. Angel. l. ex eo tempore, 43. num. 4. Sichard. in hac authent. num. 8. Cuman. in fin. de teſtam. milit. Speculat. §. 1. verſic. ſi vero actor ſit abſens, tit. de reſtit. in integr. Sichard. poſt Oldendorp. & alios in ſuo lexico, in verbo, ſcholares, Andr. Tiraquell. in tractat. ceſſante cauſſa ceſſat effectus, n. 213.* vbi in hāc ſententiam laudat etiam gloſſam *l. 1. C. de ſtud. liberal. vrb. Romæ, lib. 11. Præterea Anton. de Butr. Ioan. Monach. Ioannem Andr. & Petrum de Anchar. Petrus Rebuff. de priuilegiis ſcholaſticor. tit. 31. num. 3. Alberic. in l. generaliter, C. de epiſcop. & cleric. Bartol. in l. ſi quis Titio, ff. ex quibus cauſ. maior. in integrum reſtit. idem Bartol. in l. ſub prætextu, C. de ſacroſanct. eccleſ. nu. 1. Cyn. numer. 1. Salycet. num. 4. Bald. num. 2. Aretin. num. 1. Horat. Lucius in tractat. de priuileg. ſcholar. §. final. num. 5. Archidiac. in cap. de quibuſdam, 27. diſtinctio. Ioan. de Platea in l. per id tempus, C. de curioſis & ſtationariis, argum. eius text.* Addit Rebuffus loco commemorato, ita decreto facultatis Pariſienſis cautum eſſe, Iul. Pacius *in præſenti conſtitut.* in hæc verba: Quinto omnes Doctores excipiūt ſcholares, qui vagantur, nec audiunt lectiones. *Neuiſ. in ſua ſylua nup. lib. 5. nu. 55. Felin. in proœm. decretalium, num. 42.* Ceterum, cum hæc definitio non careat difficultate, quod non deſint, qui contrariam ſententiam defendant, idcirco ad illuſtrationem quæſtionis propoſitæ operæ pretium duxi, vt argumenta, quæ hanc, aut contrariam ſententiā confirmare videantur, quodammodo in conſpectu defigerem.

Principio commendat hanc ſententiam *l. in honoribus, ff. de vacat. muner.* qua traditur, tutelas & munera ſordida his Philoſophis remitti, qui ſe vtiles & frequentes per eandem ſtudiorum ſectam contendentibus præbeant.

Secundo, quod comprehenditur *l. ſi duas, 6. ff. de excuſation. §. & Philoſophos,* in verba ſequentia: *Philoſophi, Oratores, & Grammatici, qui publice iuuenibus proſunt, excuſantur a tutelis.*

Tertio confirmant hanc ſententiam *cap. cum ex eo, de elect. in 6.* Priuilegia eiuſdem capituli, ſcilicet, quod intra ſeptennium non cogatur diaconatus, aut preſbyterii ordinem ſuſcipere, tribuuntur his, qui literarum ſtudio inſiſtunt.

Quarto, non mediocre pondus huic ſententiæ adferre intelligitur *cap. generaliter, 16. quæſtio. 1, item l. generaliter, ſupr. de epiſcop. & cleric.* vbi ius immunitatis clericis tributum, diuagantes, atque circa diuina miniſteria deſides vindicare non poſſunt, quod, vt ait Imperator, propter hoc ipſum tale beneficium indulſerit.

Digitized by Google

Quinto, momentum pro hac ipſa enunciatione non contemnendum obtinet *l. ſub prætextu, C. de ſacroſ. eccleſ.* in eandem pene ſententiam conſcripta.

Sexto, his finitimum eſt, quod in *cap. gloria, 71. circa finem, 12. quæſtione 2.* cōmemorat Diuus Hieronymus, laudandum eſſe, non quod quis Hieroſolymis fuerit, ſed quod ibidem bene vixerit.

His ſeptimo reſpondet, quod inculcatur *cap. cauete, 22. quæſt. 5.* mendacium eſſe, Chriſtianum ſe dicere, & opera Chriſti non facere: Mendacium præterea eſſe, Epiſcopum, ſacerdotem vel clericū ſe profiteri, & contraria huic ordini operari.

Octauo nitetur hæc concluſio maiori auctoritate, ſi ponderemus priuilegia militibus conceſſa, his ſolis competere, qui in expeditionibus occupati ſunt, *l. ne quidam, 17. & l. ſcriniarios, C. de teſtam. milit.* Quod ſi vero citra expeditionis neceſſitatē in aliis locis, vel domi ſuæ agant, prærogatiuam militum ſibi promittere non poſſunt.

Nono accedit *l. ſemper, §. hac idcirco, §. erant, & §. licet, ff. de iure immunit.* Ex quibus intelligimus, fruſtra vacationem ſibi polliceri, qui nomen negotiatoris duntaxat induant, &, quæ eodem pertinent, minime exerceant.

Decimo, quod cum ratio legis ipſam diſpoſitionem definiat *l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patron. l. ita diſpoſitioni, ff. de adminiſtr. tut. & cur.* & ratio in hac noua conſtitutione propoſita eo pertineat, vt literarum ſtudia diligenter exerceant, in verb. *cauſſa ſtudiorum, item in verb. quorum ſcientia totus illuminatur mundus, & ad obediendum Deo & nobis eius miniſtris vita ſubiectorum informatur, item in verb. omnes bona facientes,* hæc prærogatiua ad otioſos non videatur poſſe transferri.

Vndecimo, vrget notiſſima iuris noſtri cōſtitutio, ceſſante cauſſa ceſſare effectum, *l. in omni, ff. de adopt. l. fin. ff. de teſtam. tutor. cap. cum ceſſante, extr. de appell.*

11 Diſſentiunt autem, † & ſtudioſum ob negligentiam his priuilegiis nō excidere contendunt Bart. parum ſibi conſtans *in l. 1. C. de tyronib. num. 1. idem Bart. l. ex eo tempore, antepen. ff. de teſtam. milit. nu. 8. gloſſ. in verb. commorantibus, in proœm. decretal. lib. 6. Dominic. Philip. Franc. Cardinal. & Imol. relati ab Andr. Tiraq in tract. ceſſante cauſſa ceſſat effectus par. 1. numer. 214. Iaſon quoque ſibi contrarius in l. 2. ff. ſolut. matr. nu. 5. Ioſeph. Maſcard. concluſ. 1288. num 9.* vbi idem ſentientes refert Ioan. de S. Franciſc. de Albert. & Iacob. de Butr. Alex. *in addit. ad Bartol. d. l. 1. de tyron.* vbi poſt longam diſputationem ſtatuit Bartoli dicta ita demum in tuto collocari poſſe, ſi intelligamus de ſtudioſo honeſte viuente. Pro cuius confirmatione ſequentia argumenta adduci poſſunt.

Primo, quod id nuſquam diſerte caueatur, & quod ſine lege loqui non debeamus, *l. diſſentientis, infr. de repud. cum ſimilib.*

Secundo, quod intelligamus ex proœmio *lib. 6.* leges & canones, & beneficia illorum omnib. ſcholaribus in Vniuerſitate cōmorantibus propoſita eſſe, ſine diſtinctione, aſſidui circa ſtudia ſint, an non ſint.

Tertio, quod edoceamur ex *c. fin. de vita & honeſt. clericor.* quod ad hoc, vt quis priuilegia amittat, terna admonitio requiratur.

Quarto, quod pro albo hactenus præſumatur, quoad contrarium doceatur, *l. 1. ff. de alb. ſcrib. Gail. lib. 2. obſ. 21. n. 9. & n. 11.*

Quinto, quod hanc interpretationem illa abſurditas conſecutura ſit, vt in poteſtate Prætoris, vel alterius Magiſtratus verſetur, Rectoris iuriſdictionem ſub hoc prætextu eludere, cum vna via concedendū non ſit, quod alia non permittitur, *l. ſcire oportet, §. 1. ff. de tutor. dat. ab his.*

Sexto, quod cū tractatur de vtilitate Reipublicæ, tunc ratio legis nō reſtringat ipſam diſpoſitionem, neque tractetur de habilitate perſonæ, *l. ſi quo ingraueſcente, §. vtrum, ff. ad SC. Syll. & ibidem Bart. n. 4. Iaſ. l. nō dubium, ſupr. de legib. n. 35. Nic. Euerh in loco a ratione, l. ſtricta, n 7. verſ. id tamen quod dixi, Bald. l. 1. C. de precib. Impe. offer.* Eodemq; pertinet, quod *l. 1. ff. de feriis,* commemorant Doctores: Beneficium meſſium etiam illis cōpetere, qui arua non coluerunt, aut nullam meſſem faciant. *Alex. ibid. n. 2. poſt Cyn. Bald. & alios allegat l. ligni appellatione, ff. de leg. 3. item c. final. de iudic.*

Septimo, quod quis non ſolum ſcholas adeundo, ſed domeſtico ſtudio, & proprio ingenii acumine, *vt Labeo, l. 2. §. poſt hūc maxime, ff. de orig. iur.* plurimum proficere poſſit, *l. inter artifices ff. de ſolut.* Et ſi quis obiiciat, id illū etiam domi ſuæ adſequi potuiſſe, quo caſu nullū priuilegiū prætendere potuiſſet, is æquiorē ſe præbiturus eſt, ſi pōderarit, cōferentem cum æqualibus, nonnunquam & anteceſſoribus, itē accenſum exemplis eorum, qui Licentiæ, item Doctoris laurea decorentur, diſputationibus priuatis aut publicis ſe immiſcentem, nō mediocres progreſſus

Digitized by Google

greſſus facere poſſe : vnde illa definitio, quod pluribus cauſſis propoſi is, deficiente vna, tamen reliqua, adhuc ius cõtrouerſum aſſerere poſſit, §. *affinitatis*, *Inſtit. de nuptiis*, *l. ſi non ex Aelia Sentia*, *ff. de hered. inſt. cap. inter ceteras*, *de reſcript. Tiraquell. in tract. ceſſ. cauſſ. ceſſ. eff. limitat. 22.* Quo referri poteſt, quod de dotis priuilegiis noſtri Interpretes deprædicant. Quamuis enim ex illa cauſſa cõceſſa videantur, vt hominũ genus per conditionem matrimonii tanto melius propagari poſſit: & hæc conſideratio alibi ſuis limitibus diſpoſitionem legis quamuis generalem circumſcribat, *l. adigere*, §. *quamuis*, *ff. de iure patron.* cum inter libertam ſterilem & fœcundam diſtinguatur: tamen in cauſſa dotis huiuſmodi interpretatio non admittitur, quod alia ſint adminicula, quæ fauorem matrimonii ſterilis adhuc tueantur, puta, vt quis habeat commodorum & incommodorum ſociam, *l. ſi cum dotem*, *22.* §. *ſi maritus*, *ff. ſoluto matrimonio.* Item quod ratione excipiendæ infirmitatis debeant mutuam ſui ſexus commiſcendi fidem, *c. quidquid*, *32. quæſtione 2.* quamuis fateri conueniat, præcipuam cauſſam contrahendi matrimonii eſſe ſpem prolis, *cap. 32. quæſtione 2.* Pudor eſt, ait Diuus Ambroſius, fœminis, nuptiarum præmia non habere, quibus hæc ſola cauſſa eſt nubendi, *cap. omne itaque*, *27. quæſtione 2.*

Octauo, *l. ſi quis*, *C. de domeſtic. libr. 12.* ex quo edocemur, non ſtatim, ſed gradatim quẽ priuilegiis mulctari, & ad minus quinquennium requiri, *vt etiam l. fin. ſupr. de aduoc. diuerſ. ind.*

Quibus ad hunc modũ ſubductis, ſtatuo, præſentem inſpectionem certa diſtinctione
12 †temperandam. Admonendi enim ſumus, quædam eſſe priuilegia, quæ ordini contributa ſunt: veluti, ꝗ clericus non poſſit cõueniri, niſi apud iudicẽ eccleſiaſticũ, *c. diligenti*, *& c. ſignificaſti*, *de for. comp.* Hæc ex ſola neglígẽtia interuerti non ſolent, niſi alia ſolẽnitas interceſſerit, *vt d. c. fin. de vita & honeſtate cleric. c. contingit*, *45. de ſent. excom.* Et hoc modo intelligo Baldum *in l. ſub prætextu*, *C. de ſacroſ. eccl. Salycet. n. 4 Aret. nu. 2. Decium, & alios ab eodem relatos*, *d. l. ſcriniarios*, *C. de teſtam. milit. nu. 15.* Quod ſi vero quæratur de aliis beneficiis, veluti, quod quis abſens percipere fructus poſſit, aut, quod interea nõ teneatur promoueri ad ordines, *vt cap. 16.* ex eo huius prærogatiuæ damno non immerito coerceatur, *d. c. cum ex eo*, *34. de elect. in 6.*

Hæc de clerico: ſed quid † de ſtudioſo, an 13
is ob negligentiam omnia priuilegia amittat, an etiam aliqua moderatio introducenda ſit? Et quãuis auctores pro prima ſententia laudati indiſtincte loquantur: tamen cõſtituo, quod ſi de iuriſdictione quæratur, an ex hac cauſſa a Prætore tanquã minime inſcriptus eſſet, conueniri queat? non poſſe. Primo, ꝗ hæc res in contumeliã totius Academiæ videatur cedere, vt de clericis cõmemoratur, *d. c. diligẽti, ext. de fo. cõp.* Secũdo, ꝗ miles emanſor nõ ceſſet ꝑpterea miles eſſe, *l. 3. §. emãſor, & ſi ad diē, l. qui cum vno, §. leuius,* donec ſacramẽto ſoluatur *l. fi. ff. de re milit. l. magiſteria, C. de iuriſdict. om. iud.* Tertio, quod aduocati non deſinant ex numero eſſe, niſi per definitũ, *l. fi. C. de aduoc. diuerſ. ind.* abfuerint ſpatiũ, & nomen illorũ a matricula aboleatur. Quarto, ꝗ hæc pœna gradatim infligenda videatur *l. ſi quis, C. de domeſt. lib. 12.* & interpoſitis quibuſdã admonitionibus, *c. fin. de vita & hon. cler.* Vltimo, ꝗ abſurdũ videatur, ꝗ peccãdo poſſint ſe ſubtrahere iuriſdictioni ipſius Rectoris, & quod illa, quæ onerare illorum perſonam debebant, certa ratione illis prærogatiuã adferant, *c. ſi vere, de ſent. excom.* Quod ſi † vero dubitetur de a- 14
liis priuilegiis, eo caſu ſtatuo intereſſe, an domi proprio Marte ſe exerceant cum aliis conferendo, *vt l. 2. §. poſt hunc maxime. ff. de origin. iur.* non video, quo iure huic beneficia ſtudioſis propoſita denegare valeamus; cum, vt Principem inter Philoſophos, locum obtinens Ariſtoteles *libro 1. cap. 4.* ex Heſiodo refert:

Optimus eſt, ſeſe qui norit cuncta magiſtro,
Ad finẽ vſque vidẽs quæ ſemper ſint meliora.
Eſt bonus ille etiam, qui paret recta monenti,
At qui mentis inops aliorum audire recuſat
Conſilia, hic malus eſt, telluris inutile pondus.

cum ſatis ſit, illum hoc modo proficere, & ſit certa iuris definitio, nõ diſtinguendũ, quomodo quid cõſequamur, ſi † honeſta ratio- 15
ne ad finẽ deſtinatum perueniamus, *l. Gallus, §. ſi eius, ff. de lib. & poſth. hered. inſt. l. mulier, §. fin. ff. de cond. inſt. Iaſ. in l. ſcriniarios, C. de teſtam. milit. nu. 7. Andr. de Iſer. hic num. 14. Alex. in addit. ad Bart. l. 1. de tyron. lib. 12. Bald. l. ſi cum dies, §. ſi arbiter, ff. de recept. arbitr. Panorm. in c. fin. de magiſtr. numer. 6. Horat. Lut. d. tractat. de priuileg. cap. fin. num. 7. Neuiſ. in ſylu. nupt. lib. 5. num. 55.* vbi tamen id ſolum probat in his, qui paulo prouectiores ſunt, cum auctore † Se- 16
neca, & Plinio, viua vox magis afficiat. Item in præfat. Inſt. *circa fin.* item in proœm ff. §. &

antea, & vt ſcriptum reliquit D. Hieronym. epiſt. Eadem habeat, neſcio quid latentis energiæ. Accedit, quod qui ingenio ſuo, nullo certo duce vtendo, nimis confidit, ſæpe fallatur, *c. ne innitaris, de conſtit. l. 2.* §. *Seruius Sulpitius, ff. de orig. iur.* Porro, ſi neque publice, neque priuatim ſtudiis incumbant, hic non video, quid patrocinii ſtudioſis polliceri queam, cum adeo confertum Doctorum agmen ſe vrgere videant, & quidē eos, qui nullis artibus liberalibus Grammatices, Rhetorices, Dialectices imbuti, imaginem ſtudioſi induant, cum non ſint, aut certe vllo modo poſſint, plane repudiandos ſtatuo, quamuis inſcripti ſint, *l. ſub prætextu, C. de ſacroſanct. eccl. l. vt gradatim, 11. §. 1. ff. de muner. & honor.* In horum numero aliquando ciues
17 quidam, de quibus poſtea † cytharœdi, laniſtæ, &c. obrepant. Quod ſi vero ea cōditione ſint, vt ad Theologiæ, Iuriſprudentiæ, vel Medicinę ſtudia capeſſenda idonei videantur, negligentius autem ſe habeant. His, ſi
18 vt † clerici, quædam commoda ſentiāt, minime conſuli poſſe video, quod cap. *cum ex eo, de elect. in 6. l. generaliter, C. de epiſc. & cleric.* reclament: ſed vſu receptum videmus, vt teſtimonium ſuæ diligentiæ ad Decanum & Epiſcopum tranſmittere debeant. Sin autē de aliis priuilegiis, vel ſtudioſis, non clericis tractetur, hic quidem illā ſententiam, quæ ſtudioſis aduerſetur, veriorem animaduerto. Ceterum, opinionem Bartoli & eidē ſubſcribentium benigniorem iudico, & ſaltem in illis † Academiis, in quibus me ver-
19 ſari contigit Louanii, Duaci, Viennæ, Patauii, Bononiæ, Peruſii, vſu confirmatam, vel quod cogitarent, illos domi proficere, vel quod alia exercitia, quibus nobiles plerumque operam dare ſolent, non eſſe aliena, ab eorum perſonis iudicarent, quodque ad decorum Gymnaſii pertinere arbitrarentur, vt frequentia ſtudioſorum floreret, cuius rei nomine immunitas & alia iura aliquando infringi ſolent, *l. vt gradatim, §. quotiens, ff. de muner. & honor. l. generaliter, § 2. ff. de decur.* Accedit, quod ſemper Rectori liberum ſit, ſua iuriſdictione illos ad officium compellere, *l. vnica, ff ſi quis dicenti ius non obtemper. c. fin. de vita & honeſt. clericor. c. contingit, de ſent. excom.*

Hæc de ſcholaribus. Nam plura ſi quis deſideret, is adire poterit hoc loco Iulium Pacium, item Horatium Lucium *de priuileg ſcholar. cap. fin.* Reliquum, vt exponam il-
20 la verba, *qui ſtudiorum † cauſa peregrinantur,* Odofred. *hic num. 2 circa fin.* Alberic. *in prin.* Bald. *num. 3. & 4.* Salic. *num. 2.* Iulius Pac. *verſic. tertio excipiuntur.* Sichard. *num. 9.* Deciſio Capellæ Tholoſanæ *1619. nu. 3.* ſecuti horum verborum auctoritatem vel figuram potius, definiunt hanc conſtitutionem ad illos ſtudioſos, qui in patria ſtudiis inuigilent, non pertinere: imo, quod magis eſt, Sichardus ſatis confidenter id per omnes Doctores approbare contendit. Qui ſint illi Doctores præter illos, quos retuli, neſcio, ſane gloſſa, Cynus, Bart. Alberic. Fulg. nullam de ea re mentionem faciunt. Angelus † vero *n. 6.* 21
Bologn. *n. 10.* plane contrarium pronunciant, idemq́; defendunt hic Petrus Rebuffus *in verb. peregrinantur.* & Horatius Lucius *in ſuo tract. de priuil. ſchol. n. 27.* Et hanc vltimam opinionem nedum benigniorem, ſed etiam veriorem conſtituo.

Certum enim eſt, quod quando aliquid ſtatuitur cauſa frequentioris vſus in certis caſibus, locis, aut perſonis, quod illud non videatur negari in alio caſu, loco, vel perſona, in quibus eadem ratio interueniat, *auth. ceſſa. ſupr. de ſacroſanct. eccleſ. & ibidem gloſſ. Bartol. n. 2. Bald. in princ. Salic. in princ. gloſſa in verbo præſidentes. in clem. prima de reſcript. & ibidem Ant. de Butr. Cardinal. & Ioan. de Imola, Nic. Euerh. in loco a ratione. l. larga. n. 38.*

Submota deinde hac ipſa diſpoſitione, manifeſtum eſt, concurrentibus pluribus rationibus, vna principali, quæ ſola per ſe ſufficiat, alia quæ ex accidenti concurrat, nihil mutandum, etiam ſi hæc deficiat, *l. regula. § fin. ff. de iur. & fact. ignor. Ripa in l. ex facto. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. n. 14. Panorm. cap. ex parte. de conuerſione coniugatorum Tiraquell. in tract. ceſſante cauſſ. ceſſ. eff. limit. 22. n. 22.* Porro in authētica præſenti principalis cauſſa cenſeri debet, vt ſcientia ſtudioſorum totus mundus illuminetur, & ad obediendum Deo & Imperatori, tanquam eius miniſtro animi hominum informentur, quod ipſum non ſolum per extraneos, ſed etiam per indigenas præſtari poteſt.

Tertio huc transferri poteſt argumentum ſupra in communi quæſtione inſinuatū: hæc priuilegia omnibus ſcholaribus, qui in loco Vniuerſitatis commorētur, propoſita eſſe, *in proœmio decretalium, in 6.* Certum autem eſt, nedum illos ſcholares eſſe, qui peregrini ad certum locum conueniunt, ſed etiam ibidem commorantium filios, modo in album relati ſint, *vt ſupra diximus.*

Quar-

Quarto plane abſurdũ iudicamus, quod cum *l.nemini. l. petitionem. C. de aduoc. diuerſ.* item,*l.petitiones. C.eod.tit.* caueatur, filios aduocatorum, ſi de promotione eorundem quæratur, pręferẽdos extraneis, hic eoſdem a numero ſtudioſorum excludere velimus.

Quinto confirmat hãc meã opinionem apud omnes, quantum ego animaduertere potui, recepta conſuetudinis interpretatio, nihil inter hos ſtudioſos & alios diſtinguentis. Nec obſtat, quod quidam exiſtimant ea, quæ de non pignorãdis in itinere ſtudioſis, aut eorũ ſupellectile hac conſtitutione cõmemorantur, non poſſe ad ſcholarẽ eius loci, vnde quis oriundus eſt, & parens domicilium habet, deflecti, cum & illis, ſi libros & alia ex vicinis ciuitatibus coemere velint, ſæpe iter ſuſcipiendum ſit, & æque ſe ſumtibus exhauriant, vt extranei. Et quamuis fateamur neceſſe eſt, plura incomoda extraneos ſentire, quam domeſticos, tamen cum hæc conſideratio priuilegii indulgendi principalis cauſſa non fuerit, non eſt, quod ea, quæ ſalubriter omnibus ſtudioſis tributa ſunt, illiberali interpretatione reſtringamus, *l. nulla. ff. de legibus.*

22 Sed quæſtionis eſt, *an & clericus* † *ad hanc conſtitutionẽ pertineat.* Et pertinere ſtatuunt Rebuff. *hic in verb. peregrinantur poſt Spec. in tit. de reb. in pr. verſ. ſed quid ſi ſcholaris, Anto. de Butr. in c. ſi diligenti, Io. Calder. & Bologn. hic arg. §. ſignificaſti, extr. de for. comp.* intelligẽdo ſi cum prælati ſui conſenſu illo profectus ſit. Videri n. illũ pmittentẽ, vt ad literarũ ſtudia proficiſcatur, tacite conſentire, in illa, quæ fieri in huiſmodi locis conſueuerunt, vt & cõmoda & incomoda agnoſcat, *arg. l. ſi duo. ff. de acq. vel amit. hered. item l. fideicõmiſſa, 11. §. ſi ſeruo. ff. de legat. 1.* Et hanc opinionem ex eodem Bolog. communem renuntiat. Diſſentit tñ Iul. Pacius, ꝙ quædam priuilegia, veluti de electione iudicis, in perſona ipſius non cohæreant. Sed nõ recte ſequitur, quædam ipſius perſonæ competere nõ poſſunt, ergo alia eodẽ modo denegãda ſunt. Cum enim ſcholariũ nomen illis comune ſit, cur priuilegia, quæ iiſdẽ applicari poterunt, denegabimus, *l. maximum vitium, infr. de liber. exhered. c. conſtitutus. de reſtit. in integr.* Hinc in plerique Vniuerſitatibus tales Rectores conſtitui videmus, qui cœlibes ſint. *Maxime diuinarum & ſacrarum legum Profeſſoribus.*)

Cũ de ſolis ſcholarib. ante mentionẽ fecerit, hęc verba minus cõmode ſubtexi videntur. Vnde Fulgoſius hoc animaduertẽs contendit *n. 1.* ſtudioſum nõ Licentiæ, aut Doctoris laurea donatum, recte etiã Profeſſorem appellari, ſed meo iudicio parum conſiderate & contra emendatam loquendi rationem. Rebuffus † vero *in verb. profeſſorib.* 23 item Iul. Pacius *n. 8.* auctores ſunt, pronũtiatione ſcholariũ ẽt pfeſſores cõtineri, cũ in libris C. illi, qui in ſcholis verſentur, ſine deſtinctione, an præſint, an vero pareant, paſſim ſcholares appellẽtur, *vt in locis ſupr. a nobis deſignatis.* Accedit, ꝙ appellatione familiæ etiam dominus comprehendatur, *l. pronuntiatio. §. famil. ff. de verb. ſign.* item nomine monachorũ, Abbas, *c. fi. de Simonia*, item populi, ſenatores & patricii, *§. plebem. Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* Panorm. aũt *in proœm. decretal. nu. 19.* Io. ab Imol. *ibid. n. 4.* Felin. *n. 3.* poſt Io. de Lign. item Cardinalis, argumento eius text. ne quidem in fauorabilib. illud concedunt, ꝙ tñ Ægidius, item Io. Andr. admittebant, quod ſcil. ſe habeant correlatiue, vt ſignificatum vnius alterũ excludat, *c. poſtulaſti. de conceſ. præb.* item ꝙ id euincat cõmunis loquendi vſus. Nos hanc † vltimam 24 ſententiam, ꝙ verbo ſcholariũ Profeſſores proprie non comprehendantur, veriorem quidẽ ſtatuimus: nec putamus audiendum Iul. Pacium, qui conſuetudinem Italici idiomatis, proprietatẽ verbo ſcholarium neget tribuere poſſe, ſed cum etiã ceterarum nationum idiomata in hoc conſpirent, & cõmunis vulgari modo atq; latine loquẽtium obſeruatio hoc inducat, nõ video quomodo cõtra leg. *Labeo. ff. de ſupell. leg. l. librorũ. §. quod tamẽ Caſſius. ff. de legat. 3.* vbi gloſſ. Bart. Alberic. & alii, *c. vnic. de iniur. lib. 6. Nic. Euer. in loco ab opinione vulgi. n. 1. & 2. & ſeq.* id defendere quis poſſit. Vnde infero, quod ſi interpoſita generali phibitione: ne quis ſcholaris laruatus incedat, vt ſæpe contingit, in diebus Bacchanalium id permittatur, non tamen id Profeſſorib. licebit. Item ſi Bedello ex l. aliquid a ſcholaribus inferendũ ſit, non poterit idem quidquam a Profeſſorib. petere. Aliud tñ probaturus ſum, ſi ſcholaribus cõcedatur, vt certa Bibliotheca vti poſſint. Profeſſores n. inde nõ arcebo. Quamuis n. nomen ſcholariũ nõ admittat Profeſſorem, vt ante dictũ eſt, tñ eadẽ, imo vrgentior ratio, ꝙ reipublicæ potius p Profeſſorẽ, quam ſcholarẽ conſuli poſſit, id impetratura eſt. In relatiuis n. vbi eadẽ ratio, quẽ con- 25 iungit, ſeparatio admittẽda nõ eſt, *l. ſi. C. de indict. viduit. toll. l. ſi cũ dies, alias incipit, quid tamẽ 21. ff. de recep. arb.* diuerſa cã in ſuperiori-

bus exemplis eſt. Vnde etiã declarationem, *maxime diuinarum & ſacrarum legum Profeſſoribus*, non tam ad verba præcedentia, quam ad ſenſum conſtitutionis, *vt ait Iuſtinian. d. l. fi. inf. de ind. vid. toll.* pertinere puto. Quod ſi vero quis requirat, an & Theologiæ, Medicinæ & Philoſophię Profeſſoribus eadem conſtitutio ſuffragetur, reſpondebo ſuffragari, quod dictio, *maxime*, alios profeſſores non excludat, ſed potius comprehendat *l. illud, circa ſin. ff. ad leg. Aquil. Rebuff. hic in verb. maxime.*

Hoc noſtræ pietatis beneficium indulgemus, vt ad loca, in quibus literarum exercentur ſtudia.) Quãuis hæc verba vt generalia, videãtur etiam referri poſſe ad eos, qui extra vniuerſitates literarum ſtudiis inuigilant, *vt ſtatuit Iul Pacius hic num. 10.* tamen receptior Doctorum ſententia videtur, vt intelligatur
26 de Gymnaſiis † ex priuilegio approbatis & generalibus, §. *antepenult. in proœm. digeſtor. c. 2. de priuil. in 6. Angel. hic num. 6. Panorm. in cap. fin. de magiſtr. num. 6. Felin. ibid. num. 3. Hoſtienſ. in ſua ſumma eod. titul. num. 9. Bald. in proœm. decretal. num. 30. Horat. Lucius. § fin. de priuil. ſcholar. num. 23.* Sed an etiam illi, qui humanioribus literis operam impendunt,
27 hoc beneficium † ſibi in talibus Academiis polliceri poſſint? Et non videtur, quod id primo innuat comparatio Profeſſorum diuinarum & ſacrarum legum, & nulla videatur collatio, niſi qui reſpectu dignitatis concurrant, *l. 1. ff. de reb. dub.* & expreſſio vnius videatur declarare reliquos. Secũdo, quod id videatur colligi ex *cap. 2. de priuileg. in 6.* dum iuris canonici & ciuilis ſolum mentionẽ facit. Tertio accedit ratio, quod horum ſcientia totus mundus non illuſtretur, & ita hoc loco videtur ſentire Bartolus, *in 2. lect. num. 1. verſ. dicitur hic quod vadant ſecuri.* E diuerſo vrget, quod hæc conſtitutio generaliter concepta ſit, *vbi literarum ſtudia exercentur*, non diſtinguendo inter ſtudia politioris aut ſeuerioris doctrinæ, *l. de precio. ff. de public. act.* Deinde quod *l. vnica. infr. de liber. ſtud. vrb. Roman. & Conſtant.* Idem beneficium Grammatticis, Oratoribus, Sophiſtis deferri videtur, quod Philoſophis & Iuriſperitis. Tertio finitima his eſt *lex. ſi duos 6. §. Philoſophos*, vbi in iure immunitatis Grãmatici, Oratores, Philoſophi in eadem cauſſa eſſe conſtituuntur. Item & quarto repetitur, *l. Medicos. item l. Grammaticos. C. de profeſſ. & medic. lib. 10.* vbi etiam cum Medicis & legum Doctoribus ratione immunitatum comparantur. Et hanc ſententiam videtur amplecti gloſſa, *in verb. ſcholaribus*, quam ita intelligit Baldus *hic num. 49.* item Angel. *num. 6.* & ita ſe interpretari videtur Bart. *in tract. de repreſſal. c. 7 num. 7.* nec ab eadem ſententia alienus cenſeri debet Horat. Lucius *in ſuo tract. de priuileg. Scholar cap. fin. num. 26.* Statuo tamen hanc concluſionem ſuum temperamentum admittere ex definitione, *cap. fin. de magiſt.* vt prærogatiua eius capitis locum non habeat, niſi in illis, qui Theologiæ aut iuri canonico incumbãt, *vt Panorm. ibid. num. 6. & Felinus num. 2. commemorant*, vbi refert gloſſam, Ioã. Andr Imol. item Hoſtienſ. ſecutos verba ipſius textus, vix id in iure canonico concedere. Quibus tamen vterque tam Panormitanus, quam Felinus meo iudicio non male reſpondet. His ita conſtitutis non eſt, quod nos ſolicitent generalia huius conſtitutionis verba. Nam declarationem ſuam accipiunt, ab aliis legibus, *vt in proœmio digeſtor. §. hæc autem tria, item l vnica, C. de ſtudiis lib. vrb. Romæ & Conſtant.* Secundum diſpoſitionem legis, *non eſt nouum. ff. de legib.*

Tam ipſi quam eorum nuntii.) Cum ea † ſit 28
quorundam hominum calliditas, vt cum legem aperte nequeãt, ſaltem indirecte eandem circumſcribere nitantur, *l. non dubium. ſupr. de leg. l. contra leg ff. eodem tit.* atque hoc modo accidere poſſit, vt cum ſtudioſos oppignorare prohibeãtur, id obliqua via nuntios & famulos eorum morando, *cap. quanto. de priuilegiis* conſequantur. Hinc Imperator nedum benigne, ſed & prouidè conſtituit, etiam nuntios ad eandem cauſſam pertinere, quod noſtri Doctores, vt *Cynus nu. 2. Baldus num. 35. Salyc. num. 5 Bologniu. num. 15. Rebuffus in verbo nuntii, Sichard. nu. 11. Iul. Pacius n. 23. Neuiſ in Sylua. nupt. lib. 5. n. 55. Hora. Luc. de priuil. ſchol. c. fin. num. 2.* † etiam transferunt ad illorum famulos. Etenim cum 29
quid alicui conceſſum eſt, per conſequens etiam illis conceſſum eſſe videtur, ſine quibus ipſe honeſte vel commode habitare. *l. 6. ff. de vſu & habit. l. 1. 1. ff. de verb. obligat.* vel illud, quod ipſi incumbit, explicare non poteſt, *l. non alias. 24. ff. de iudic.* Quo pertinet etiam *l. 2. ſupr. de epiſc. & cleric.* Vnde colligimus, clericis tributa priuilegia etiam ad familiam propagari, idemque etiam ſtatui videtur, *l. Grammaticos, infr. de profeſſor. & medic. item cap. quanto, de priuil. l. 2. ff. de iuriſdict. omn. iudic.* Habet tamen hæc enuntiatio conuenientem interpretationem, vt referri debeat

Digitized by Google

ri debeat ad famulos, quos vſus ſui cauſſa circa ſe habent, *l. cenſoria, 203. ff. de verborum ſignific. d. l. non alias.* §. *fin*. & quod ibidem ab aliis Doctoribus notatur, *Bald. in proœm. decret. numer. 8. Rebuffus hic in verb. tam ipſi*
30 *quam nuntii*. Sed † quæſtionis eſt, an tabelliones aut notarii vniuerſitatis ſint in eadẽ
31 conditione? Non eſſe pronuntiant Bald. in *l ſcriniarios. C. de teſtam. milit. num. 2. poſt Iac. de Butr. Romanus nu. 1. Fulgoſ. in fin Salyc nu. 2. Ang. nu. 1. Caſtrenſ. num. 1.* & ibi illud poſt Angelum etiam admittit in bedello Iaſon. *nu. 4.* dum aliis ſubſcribit, Horatius Lucius *d. §. fi. nu. 4.* Idemque videri poſſunt ſenſiſſe Cyn. *d. l. ſcriniarios. in prin.* Odofred. *n. 2.* Aretin. *in prin.* item gloſſa, dum tabellionibus militum priuilegia illorum denegant. Argumenta, quibus hæc opinio inniti videatur ſunt, primo, *d. l. ſcriniarios*, vbi illi, qui militibus a ſcriniis ſunt, ad prærogatiuam illis debitam adſpirare non poſſunt. Secundo, quod priuilegia ſunt ſtricte interpretanda, *c. porro, de priuileg*. Tertio, quod ſecundum ſententiam Iulii Pacii *hic nu. 27*. ne quidem ad vniuerſitatem pertineant, cum priuilegia hic comprehenſa huic recte applicari nequeant. Quarto, quod ex ſententia plurimorum indigenæ priuilegiis ſcholarium
32 non fruantur, *arg. noſtri textus.* † Diſſentiunt tamen & meo iudicio non male Decius *d. l. ſcriniarios. num. 5. & ſeq. Alex. ibid. num. 2.* dum ſaltem præſentis conſtitutionis priuilegia eiſdem indulget, *Bal. hic nu. 39.* de Bedellis & Scriptoribus ſtudioſorum loquens, *Sichard. nu. 11.* vbi etiam admittit bibliopolas & librarios, *Rebuff. in priuileg. 150.* vbi tamen requirit, vt hæ perſonæ ſaltem ſint vniuerſitati iuramento obligati. Nec puto ab hac ſententia eſſe alienum Iulium Pacium, *hic num. 23. item Horatium Lucium d. §. fin. dum nu. 4.* ſequitur Alex. Alberic. *in l. inter. §. 1. ex quibus cauſſis maior. in integr. reſtit.* Et hæc ſententia meo iudicio probabilior videtur, quod, vt antea intelleximus, ſtudioſi priuilegiis ſuis indirecte, dum tabellionis opera carere coguntur, fraudari intelligantur, *d. cap. quanto. de priuileg.* cum, ſi tabelliones & bedelli Vniuerſitatis aliis functionibus & oneribus diſtringantur, operam ſuam ſtudioſis & Profeſſoribus accommodare non poſſint. Secundo, quod non ſit cauſſa, quare nuntiis, parentibus & amicis ſtudioſos viſentibus huius conſtitutionis priuilegium tribuamus, vt hic aperte conſtat, ſi illud tabellionibus negare velimus. Accedit tertio ſententia Oldradi *cõſ. 11.* priuilegium datum pauperibus ad illorũ miniſtros pertinere: item, quod loquendo de domo alicuius, videamur etiam de eorum adminiſtratoribus loqui, *gloſſa in verb. de domo. l. lecta. ff. de reb. cred. & ibidem Alexand. & Rom. hic n. 13. ille vero. nu. 14.* Et quod prærogatiua militum porrigatur etiam ad familiares, Baldus poſt Cynum *in leg. 1. ff. de iur. milit.* Vltimo, quod fundamẽta, quæ diuerſa pars conſtituit, facile labefactari poſſint. Etenim non ſequitur, *ſcriniarii non vtuntur priuilegiis militum in teſtãdo*, ergo *nulla alia priuilegia adſerere ſibi poterunt, vel idem ſtatim ad vniuerſitatis bedellum & tabellionem producendum eſſe, vt nullum ſtudioſorum priuilegium ſibi vindicare queãt.* Notiſſima enim illa Dialecticorum & iuris noſtri eſt definitio, quod a particulari † oratione ad vniuerſalem, nulla con- 33
ueniens illatio ſit, *l. ſi is qui ducenta. §. vtrum. ff. de reb. dub.* Deinde obſeruandum eſt, militibus propter ipſorũ imperitiam hoc priuilegii tributum eſſe, *Inſtit. de militari teſtamen.* Quod ſane de ſcriniariis dici non poteſt. Accedit tertio, quod etiã animaduertit Iaſon *ibid. num. 8.* illos matriculæ non vt milites, ſed vt librarios, amanuenſes, tabelliones, &c. adſcribi, adeo vt hæc conſideratio nihil ipſis opituletur, vt coarguunt verba legis hic ſubiecta: *Scriniarios vel apparitores, qui virorũ magnificorũ, magiſtrorũ militum iuſſionib. vel actib. obtemperant, etſi nomina eorum matriculis militarib. referri videãtur, nullatenus tamẽ in vltimis a ſe conficiendis voluntatib. iuris militaris habere facultatẽ decernimus.*

Quibus fundamentis iactis nõ eſt, quod moueant illa, quæ a Iulio Pacio in medium allata ſunt. Non puto enim eundem, argumentum petitum ex authent. *multo magis, ſupra. de ſacroſanct. eccleſ. item l. ex diuerſo. ff. ſoluto matrimonio*, deinde Ariſtotele *poſt librum primum, c. 2. §. quoniam*, quod propter quod quidque tale ſit, illud magis obtineat, ſatis diluiſſe. Etenim Imperator ſcholares his priuilegiis propter literarũ ſtudia, quæ certo in loco exercerentur, & quibus imbuti bene mereri, de republica, & tam ſe, quam alios ad rectam Deo, & Principibus parendi rationẽ informare poſſent, inſtruxit. Hæc ſane non conſequẽtur, ſi membro Vniuerſitatis, ſtudioſis duntaxat, conſulant, ſed ſi totam † Academiam, quæ conſtat ex 34
Rectore, Profeſſoribus, Scholaribus certo loco circumſcriptis, nec nõ iiſdẽ neceſſario deſtinata, vt domos Academicas, Collegia,

Digitized by Google

Bibliothecas, ſalaria, & id genus alia iura egregie muniant, & ab aliena & odioſa iuriſdictione, inſectationeque liberent. Nuntii igitur Vniuerſitatis, item alia, quæ ad inſtruendam Vniuerſitatẽ aliunde apportari debent, æque priuilegiis, quæ hac conſtitutione comprehenduntur, indigent, vt libri & ſuppellex ſtudioſorũ. Nec ad rem pertinet, quod propter peregrinationem hæc videantur ſtudioſis deferri, quia hanc allegationem etiam ſupra refellimus: cum talem interpretationem etiam illa abſurditas conſecutura eſſet, quod Profeſſoribus, qui eodem loci plerunque tota vita ſubſiſtere ſolent, ad priuilegia hic definita adſpirantibus, interſepta eſſet via: quod tamẽ aperte falſum eſt. Abſurdum præterea iudicari deberet, ſi diceremus, priuilegia conceſſa pauperibus, hoſpitiis & piis locis non competere, contra *l. nulli. l. Orphanotrophos l. id quod pauperibus, l. priuilegia. l. ſi quis ad declinandum, ſupr. de epiſc. & cleric.* Deinde ſi nũtiis, item miniſtris ſtudioſorum eadem beneficia indulgeantur, ne quid commodum literariũ remoretur: quid cauſſæ eſt, quod hęc Vniuerſitati denegentur, ſi de his loquamur, quæ accommodari Vniuerſitati poſſint? Quod & ipſe Pacius vel inuitus eo caſu admittere cogitur, quo litigandum Vniuerſitati eſſet.

Illam enim apud Cæſarem, cuius protectioni commiſſa eſt, conueniendam. Quæ conſideratio etiam tertium argumentum
35 ſubmouebit. Quamuis enim † ſtricte priuilegia interpretanda videantur, id tamen locum nõ habet, cum voluntas concedentium aliud requirit, & talis expoſitio effectum priuilegii morari poſſit, *d. c. quanto, de priuileg. c. 2. de epiſc. & cler. l. 111. ff. de verb. oblig.* & natura relatiuorum, id eſt, Vniuerſitatis, & illorum, qui in Vniuerſitate ſunt, aliud ſuaderet, *l. ſi. infr. de ind. vid. toll.* Quo pertinet traditio illorum, qui putent, Vniuerſitatem & homines vniuerſitatis idem eſſe, *vt gloſſ. in l. ſicut. §. ſi quid. ff. quod cuiuſque vniuerſitatis nomine, & ibidem Baldus & multi alii, quos commemorat Anton. Gabriel. libr. 6. comm. concluſ. eod. tit.* (de cuius rei meritis diſſerere non eſt præſentis inſtituti.

Veniant & ſecure in illis habitent.) Progrediemur ad interpretationem primi priuilegii, quod ſtudioſi huic conſtitutioni accepto ferre debent, quod non poſſint in itinere ex culpa vel debito alieno pignorari. Et ſi quis † admurmuret, non eſſe pri-
36 uilegium, quod iure communi cõcedatur, *l. vnica. infra. de theſaur.* atqui beneficio iuris cuique licere libere proficiſci, *Nouell 52. vt non fiant pignor. c. 1. l. congruit ff. de offic. præſid. l. 1. & tot. tit. quando licet*, is animaduertere debet oppignorationes quidẽ generaliter prohibitas eſſe, ſed tamen ex certis cauſſis concedi poſſe, *cap. dominus noſter, 23. quæſtio. 2. Bart. in tract. de repreſſaliis. c. 1.* deinde prauam conſiderationem multum poſſe. Aduerſus hanc iniuriam, Imperator ſtudioſos munire voluit, cum per hæc verba, tum per inferiora, nec ob alterius eiuſdem prouinciæ delictum ſiue debitum, vt eadem verba accipiunt hoc loco gloſſa, *in verb. ex peruerſa. Cyn. num. 18. Odofred. nu. 1. Bartol. nu. 4. in fi. Baldus num. 34. Angel. nu. 5. Fulgoſ. nu 5. Salyc. nu. 14. Bologn. nu. 273. Donell. num. 9. Iul. Pac. num 30. Sichard. num. 9. Horat. Luc. de Priuil. ſchol. cap. 52. Rebuffus priuil. 150. Bart d. tract. quæſt. 7. Alberic. in tract. ſtat cap. 53. Ioan. a Canibus in tract. de repreſſ. fall. 21.* Qua in re cum gloſſa, Baldo, Salyc. & aliis notandum eſt,
ne † peruerſam quidem conſuetudinem id 37
impetrare poſſe.

Ex iiſdem verbis a nobis relatis gloſſa, *in dictione ſpeciali, Odofred. num. 3, Cyn. numer. 4. Bart. in princ. in 2. lect. Fulg. num. 4. Alberic. nu. 1. Salic. num. 3 Bald. num. 8. Bologn. num. 15. Sichard. num. 7. Caſtrenſ. in l. fin. §. diuus. ff. de publican. Alex in l. cetera. §. ſed etſi quis. nu. 7. Iaſon ibid. num. 9. Horat. Luc. in tract. de priuileg. ſcholar. ca. 54* vbi plures allegat, Bertachinus *in tract. de gabell. 7. part. quæſt. 29. Rebuff. priuileg. 146.* etiam aliud priuilegiũ eliciunt quod
ſcilicet † ſtudioſi nullum portorium aut ve- 38
ctigal de libris & reb. ſuis aliis exſoluere cogantur. Moti, hoc fundamento, quod cum iure ciuili omnibus ſecuritas promiſſa ſit, vt ſupra complexi ſumus, noſtra interpretatione rem eo deducere non debeamus, vt nihil attuliſſe videantur, contra *l. 1. ff. ad municipal. l. ſi quando. ff. de leg. 1.* Quæ illorum aſſertio, quamuis a veritate aliena non ſit, tamen his verbis meo iudicio, accepto referri non poteſt. cum verbum ſecuritatis, eo produci non debeat, quod ex propria ſignificatione nihil demonſtret aliud, quam vt ſine metu & periculo quid fieri poſſit, *l. 1. §. ſumma. cum §. ſeq. ff. de his qui deiecer. vel effud. vt recte hic obſeruarunt Donell. nu. 7. Iul. Pacius nu. 30. & ante illos Duarenus in explicatione huius tituli.* Et hoc ipſum confirmo ex ſequentibus rationibus. Primo, quod ſupra oſtendimus, quod etiam annotauit Cynus, & poſt eundem Bologninus, atque Rebuffus, hæc

noſtra

Digitized by Google

verba, *ſi periculum & prauam conſuetudinem pignorationum ſpectemus, non eſſe ocioſa*, quamuis conueniat fateri, de hac ipſa pignoratione, infra nominatim conſtitui. Secundo, quod ex diſpoſitione iuris communis nullus de rebus, quas vſus ſui cauſſa in rem pro-
39 priam inferunt, cogatur † vectigal agnoſcere, *l. vniuerſi, 5. infra. de vectig. & commiſſ.* in verba ſequentia: *Vniuerſi prouinciales pro his rebus, quas ad vſum proprium, vel ad fiſcum inferunt, vel exercendi iuris*, textus vulgaris habet, ruris, *reuehunt, nullum vectigal a ſtationariis exigatur*. Eodemque referri poſſe videtur, *l. in lege cenſoria, 203. ff. de verborum ſignification.* Nec ad rem pertinet, quod multis in locis aliam inceſſiſſe conſuetudinem videmus, vt prouinciales etiam de his rebus vectigal dependere cogantur. Satis eſſe cōſtituo, quod contra ſcholares illud non obtinuerit.

Conſuetudo enim, vt in aliis, ita & hic vim interpretandi habet, *l. publicanus. §. final, ff. de publican.* Idque eo iuſtiori ex cauſſa admittendum eſt, quod idem videamus, ſeruari in rebus exercitui paratis, *l. locatio, 9. §. res exercitui. argument. l. aduocati. ſupra. de aduocat. diuerſ. iudic.* Hanc igitur conſiderationem impetraſſe conſtituo, vt illud ſpecialiter cōplecti noluerit. Plane cum communis Doctorum explicatio multum poſſit, ſtatuo illam hoc loco, non infrugiferam exſiſtere, quippe quæ nos etiam aduerſus conſuetudinem, quæ malitioſe introduci poſſit, muniat, cum illud aliæ leges non præſtent, *argumen. l. eos. infr. de vſur. l. 1. ff. eodem titul. authent. nauigia C. de furt. authent. omnes peregrini. C. commun. de ſucceſſion.* His ita conſtitutis exoritur ſcrupulus ex *l fin. §. 1. & §.*
40 *quotiens. §. diuus. ff. de publican.* † quod etiam ex illa, quæ vſus noſtri cauſſa circa nos habemus, cogamur profiteri: ſed reſponſio in promtu eſt, id intelligendum eſſe de nudo facto profeſſionis, *vt d. §. diuus. ſcriptum reliquerunt Bartol. num. 2. Cuman. nu. 1. Caſtrenſ. §. diui. nu. 1. Horat. Luc. d. priuil. 54. Bertachin.*
41 *in tract. de Gabell. quaeſt. 9. nu. 32.* † qui addunt, etiam hoc caſu commiſſi pœnam locū ha-habere, *arg. d. § 1. & § quotiens. item §. d ui.* niſi minor ætas ipſum excuſaret, *d. §. diuus quoque Pius, & l 7. §. fin. eod. tit.* Quod ipſum cum ſatis durum videatur, non alienum eſ-
42 ſet, ſi diceremus amplectendā † diſtinctionem Bartoli, *d. §. diuus. ff. de publican.* quam relato in eandem ſentētiam Petro Ancharano amplectitur in addit. Alexander, item Cuman. *n. 1.* Caſtr. *in §. diui n. 1.* Horat. Lucius *d. priuileg. 54.* intereſſe, an certum ſit res eſſe, quæ munificæ non ſunt, an dubitetur; vt hic profeſſio non ſit facienda, illic vero diuerſum obtineat: idem etiam probantes, ſi incertum ſit, an aliquis ſcholaris ſit: Hanc difficultatem autem tolli poſſe, ſi per matriculam de inſcriptione ſcholaris cōſtaret, *arg. l. 1. & l petitionē, ſupr. de aduoc. diuerſ. iud.* item ſi forte nondum vniuerſitatem adierit ex teſtimonio parentum, habitu, ſupellectile, maxime libris, quos circumferat, *Bart. in hac l. lectur. 1. Bald. nu. 18. Salyc. nu. 3. Ang. nu. 7. Bologn. n. 279. Donell. hic nu. 6.* idque defendi poteſt, *arg. leg. 3 ff. ad SC. Maced. item l. 15. §. ſi quis virgines. ff. de iniu. c. ſi Iudex laicus. de ſen. excomm.* Hæc noſtrorum interpretum explanatio eſt, ego autem † conſtituo, quod ſi 43
quis rem ad iuris definitionem deflectere velit, ſi ex fide, teſtimoniis & aliis coniecturis conſtet, quem ſtudioſum eſſe, vt non cogatur edere, quos libros, quas veſtes, quam aliam ſupellectilem habeat, quod inhumanum ſit illud requirere, *argument. l. 2. C. quomod. & quand. quarta pars, libr. decimo. Rebuffus priuileg. 147.* & quod hæ res in vectigalis cauſſam ex aperta iuris definitione non incidant, *dict. leg. vniuerſi. infra de vectigal. & commiſſ.* Nec reluctatur *dict. l. fin. §. 1. §. quotiens.* Nam ſi quis illos bene expendat, quod nunc aſſerimus, confirmabunt. Etenim de ſeruis loquuntur, qui munificii plerumque eſſe ſolent, ſi recens ſint emti. Ad illam igitur dubitationem tollendam profeſſione nouitiorum eſt opus.

Porro, in veteranis aliud ius obtinet, non quod de illis ſemel ſolutum ſit vectigal, *vt putant Bart. & Caſtrenſ.* ſed vt *dict. §. diuus*, reprehendens alios obſeruauit Cumanus, ꝙ certum ſit, tale mancipium non eſſe deſtinatum venditioni, ideoq; munificium non eſſe. Porro, ſi aliqua ſuſpicio ſit contra ſtudioſos, quod merces vectigali ſubiectas circumferant, hic ſtatuerem, requirendi facultatem publicanis non denegandam, *arg. l. requirendi. C. de ſeru. fugitiu. item §. conceptum. Inſtit. de furt.* Hæc, ſi ius ſpectemus; quod ſi vero conſuetudinem publicanorum intueantur, vix illud impetrari poterit, cū culleos ſtudioſorum reſerare nō erubeſcant, vt præ pudore & verecūdia plus aliqn̄ extorqueāt, quam ſi res portorium debuiſſent. In hoc genere Ferrarienſes excellere, cū illac trāſirem inueni, quid nūc reſtituti corpori ſuo, faciant, compertū non habeo. Cōmitten-

Digitized by Google

dum autem ſtudioſis non eſt, vt antea memini, vt merces munificas cum ſuis rebus commiſceant. Alias enim commiſſo locus
44 eſſet. Sed † an omnia etiam illa, quæ ſunt ſtudioſi, in tale periculum incidant, nõ immerito ambigi poſſit, quod illud videatur innuere, *l. cotem. §. dominus. ff. de publicanis*, vt pro hac parte hic allegatur Ludouicus Bologn *numer. 10. item Bartol. in dict.* § *dominus. & l. final. infra. de nauibus non excuſ. lib. 11.* Sed ſane Bartolus, ſi bene inſpiciatur, id non deprehenditur aſſerere, cum *dict.* §. *dominus*, contrarium verum eſſe conſtituat. Di-
45 ſtinguit tamẽ † inter merces, quæ ſine pœna capitis transferri non poſſint, & alias: idemque eodem loci defendit Ang. *in princip.* Ioannes ab Imol. item Raph. Cuman. qui diſtinguit inter merces, quarum profeſſio omiſſa eſt, & illas, quæ illicitæ ſunt, vt illic non amittantur ea, de quibus ex editione Publicanus ſuum accepit, *argument. l. publicanus.* §. 1. *ff. de publican.* hic diuerſum ſit.
46 Caſtrenſis † paulo aliter rem moderatur, vt interſit inter res, quæ ad coadiuuandum deſtinatæ ſunt, veluti ſaccus, in quem frumentum quis condidit, nauis & iumentum, quo res illicitæ vehantur, vt & illæ publicentur, aliæ non. Horatius Lucius *dict. priuil. 54. in fin. ex ſentent. Bald. l. cum proponas. de nautic. fœnor. numer. 10.* contendit, illicita ſolum in fiſcum cogi. Idem quoque ſentire videtur Rebuffus *priuile. 141. & Alexand. in addit. ad Bart. d.* § *dominus*.

Dignum namque exiſtimamus, vt cum omnes bona facientes noſtram laudem & perfectionem omnino mereantur.) Quod Vlpianus *l. 1. §. 1. ff. de iuſtit. & iur.* profitetur, legislatoribus propoſitum eſſe, vt bonos etiam præmiorum exhortatione efficiant, & competenti, vt aſſeritur *l. prima* §. *in honorariis. ff. de extraordin.* remuneratione merita illorum perſequantur, illud exemplo confirmat Imperator, dum præmia laboribus & lucubrationibus ſtudioſorum ad bonum publicum pertinentibus proponit.

Dictat n. etiã naturalis ratio, illum mo-
47 ueri laude, & remuneratione † dignum, qui virtute & ſcientia ceteris præſtet, *cap. licet. 8. quæſt. 1. cap. multos. diſtin. 4.* Eodemque pertinent alii inſignes textus, *in leg. ſi quenquam. Cod. de Epiſcop. & cleric. vt l. magiſtros. Cod. de profeſſor.* quæ in decernendis præmiis primo exigit, vt moribus profeſſor quis præſtet, deinde facundia. Eodemque referri poteſt, *l. 1. ſupr. de off. mag. off. item l. penultim. infra ad leg. Iuliam repetund. c. cum in cunctis, de elect. l. 2. ſupr. de off. præf. prætor. Afric* ſemper prouidemus vnumquemque ſecũdum labores ſuos ad gradus meliores, & maiores dignitates perducere, *l. item. l. final. ſupra. de ſtat. & imag.* vt virtutum præmia tribui merentibus conuenit, &c. *item l. final. de tyron. l. vnica, de caſt. omn. palat. pecul. l. 1. de agent. in rebus leg. 3. de prox ſacror. ſcrinior. l. contr. de re milit. libr. 12. l. 1. de athletis. libr. 10. l. 1. de annonis ciuil. libr. 11.* Ex quibus edocemur, in promouendis candidatis, aut aliis item præmiis conferendis ſemper laborum, eruditionis & aliorum ornamentorum animi, rationem ante omnia haberi debere, quod haud ſcio an ætas noſtra obſeruet, cum auri ſacra fames, ambitio, gratia, omnia penetret & virtuti vix locum relinquat.

Quorum ſcientia totus illuminatur mũdus.) Excellens de fructu ſtudiorum encomium, cui † reſpondet illud Daniel 12. *Qui docti erunt, fulgebunt quaſi ſplendor firmamenti, & qui ad iuſtitiam erudiunt multos, quaſi ſtellæ in perpetuas æternitates* Ambulantib. enim nobis in regione vmbræ mortis neceſſaria illuſtratio eſt. Hinc Deus educens populum de Ægypto præceſſit noctu in columna ignis, Exod. 13. Huc pertinet res notiſſima, quod in natiuitate Chriſti Redemtoris noſtri, Stella, quæ noua Magis apparuerat, illis veritatis fontem & parentem quærentibus, præluxerit. Hinc Prouerb. cap. 6. *Leges lucem & viam hominibus præbere*, dicuntur, quo pertinet illud Luc. 1. *Illuminare hos, qui in tenebris & vmbra mortis ſedent, ad dirigendos pedes in viam pacis.* Eademque ſine controuerſia procedunt, ſi ad æternum illud lumen, quod in hunc mundum, vt omnem hominem illuminaret, *Ioan. cap. 1.* venit, ſtudioſi illorumque Doctores reſpexerint. 48

Ad obedientiam Dei, & nobis eius miniſtris ſubiectorum vita informatur.) Commodum admonui, ad hoc ipſum lumen confugiendum, quo tanquam † ad principium & finem, vt in prooemio digeſtorum, codicis omnia referenda ſunt, de qua re alibi copioſe diſſerui. Edocemur itaque officio † illorum, qui vero ſcientiæ lumine præditi ſunt, contineri, vt omne ingenii acumen, cogitationes, conſilia, conatus eo conuertant, vt omnes homines, qui imperii habenis coercentur, ita inſtituere & formare poſſint, vt ante omnia † diuino numini, quod debent honoris & timoris deferant, deinde ipſi Imperatori aut Principi, quæ æquum eſt, & 49 50 51

conue-

Digitized by Google

conuenit obſequia. Hoc ſane conſequi non poterunt, niſi Deum optimum maximum iuxta Euangelicæ doctrinæ lumen ex toto corde ament, & Numen ipſius vero religionis Zelo colant, *l. prima & toto titul. ſupra. de ſumma Trinitat.* nihil de fide temerari patiantur, *capit. ſunt quidam, 25. quæſtio. prima.* præcepta Diuina humanis præferant, *capit. Imperatores. diſtinct. 9. capit. ſi dominus. capit. Iulianus, ca. Imperatores, 11. quæſtio. tertia, cap. duo, & cap. Imperatores. diſtinct. 96.* inde leges atque iuſſa Principum ſuorum obſeruent, *leg. tertia, Cod. de leg. l. ſacrilegii. Cod. de de ſacrileg. cap. quo iure. diſtinct. 8. capit. quoniam, & capit. de capitulis, cap. quis autem, diſtinct. 10.*

Tales igitur deſideramus, qui vt ex diuo Bernhardo hic refert Rebuffus, Regibus ſe Ioannem præbeat, Ægyptiis Moſen, fornicantibus Phineam, idololatris Heliam, Heliſæum auaris, mentientibus Petrum, blaſphemantibus Paulum, negotiantibus Chriſtum, qui diuites non palpent, ſed terreant, pauperes non grauent, ſed foueant, famæ prouideant ſuæ, nec inuideant alienæ.

Speciali dilectione illos ab omni iniuria defendamus.) Ex his verbis, nec non ſuperioribus, dum protectionem ſuam ſtudioſis Imperator promiſerit, colligunt noſtri Doctores, *vt Baldus numer. 29. Iulius Pacius. numer. 28. Rebuffus in expoſitione horum verborum. Bartholom. Socin. in fallentiis ſuis, in dictione appellatio, Ferrat. cautel. 1. numer. 6. poſt Philippum Franciſ. & Cardinalem, Alexand. ab eodem allegatos. Aufrer. ad deciſ. Capell. Tholoſan. 169. Horatius Lucius priuil. 72.* Quod ſi ſententia lata ſe ſtudioſi læſos arbitrentur, & ad prouocationis auxilium confugere velint, poſſe illos contra diſpoſitionem, *l. Imperatores, ff. de appellationibus.* item, *l. addictos C. eod.* quibus comprehenditur, id ordine &
52 gradatim † faciendum, ad Imperat. etiam omiſſo medio Iudice appellare. Ceterum Bartol. *in ſecunda lectura, numero ſexto*, item Salycet *numer. 26.* longe aliter rem moderantur, intereſſe, an Iudex, qui ſententiam tulit, laicus ſit an clericus, vt hic Epiſcopus adeũdus ſit, illic Prætor, quem Poteſtatem vocant.

53 In hac opinionum varietate † exiſtimarim, ſtatuta ante omnia excutienda eſſe, & ſi quid eo nomine definitum eſſet, huic parendum, *l. omnes populi. ff. de legibus.* quod ſi nihil de controuerſia hac ibidem comprehenſum eſſet, obſeruare nos debere, quid conſuetudo congruentis temporis conciliaſſet, cum & ipſa formam negotio conuenientem dare potuerit, *l. de quibus*, §. *cum de interpretatione. ff. de legib.* quod ſi vero hinc nihil auxilii, mutuari poſſimus, quod Academia ſit recens, tunc non alienum a propoſito cenſerem, ſi mores vicinarum Academiarum ſpectaremus, *capit. cum olim. extra. de conſuetud.* Qui & ipſi ſi varii ſint, hoc caſu communem ſententiam amplectendam cenſerem, neque committẽdum, vt ſtudioſorum cauſſa ad Prætorem per appellationem transferri poſſit, vt priuilegium ſtudioſis a Friderico Imperatore conceſſum venti vicem præſtitiſſe videatur, ꝙ tam facile eludi poſſit contra *l. ſcire.* §. *primo. ff. de tutor. dat. ab his, item capit. quanto. de priuil. l. 1. nõ eſt dubium. ſupra. de legibus.*

Porro, ſi illa Vniuerſitas certo a Principe inſtituta eſſet, & poſtea ab Imperatore confirmata, hic ceſſante alia, quæ priuilegio fortaſſis expreſſa ſit, prouiſione, appellationis cauſſam, Primo, ad illum Principem deuolui debere ſtatuerem: cum in dubio id, quod veriſimilius eſt, amplecti debeamus, *l. in obſcuris. ff. de regul. iur. l. quotiens. eodem titul.* Etenim ſecundum definitionem *l. ſemper, 34. eodem titul.* in omni diſpoſitionẽ ſemper intuemur, quod actum eſt: ſi illud non appareat, id quod veriſimile eſt, *dict. l. in obſcuris, 114. item l. quotiens, 67. eodem titul.* Inde vero conſuetudo prouinciæ, vel locorum vicinorum, *dict. leg. ſemper.* collatione facta cum *l. in obſcuris. dict. c. cum olim*, ſpectanda eſt, ſiue id plane veriſimile eſt, & illum, qui ſua liberalitate publicam Vniuerſitatem erexit, tale ius ſibi ſeruare voluiſſe ex cõmuni cõſideratione, ꝙ qui caſtrum cum mero & mixto imperio & omni iuriſdictione in feudum dat, ſibi tale ius reſeruet, *Did. Couarr. practic. quæſt. lib. 1., capit. 4. in princ. & numer. 4.* vbi multos in hanc rem allegat. *Carolus Molinæus in conſuet. Pariſienſ. §. primo. gloſſ. 5. num. 48. & 50. Guid. Papæ. deciſ. 518 Angel. l. 1. §. mandata. n. 3. ff. de offic. eius, cui mand. iuriſdict. eſt. Purpurat. in l. imperium. num. 75. ff. de iuriſdict. omn. iudic. Crauet. conſil. 209. n. 9. Boſſius in tractat. de princ pe num. 281. Roland. a Valle. conſil. 98. numer. 15. volum. 3. Henric. a Roſenth. in ſua Synopſ. feud. cap. 5. concluſ. 5. numer. 5. & ſequen. Iacob. de S. Georg. titul. de inueſt. feud. verſ. cum mero & iuſto imperio.* De-

Digitized by Google

inde etiam illa mens & cogitatio Imperatoris eſſe videtur, cum nulla inuidia ſit tale ius apud illum manſiſſe, *argument. l. cum oport. infra. de bon. quæ lib. §. igitur. Inſtitut per quas perſonas nob acquir.* & maxime, cum ad conſeruationem priuilegii nullum propenſiorem vindicem, & defenſorem potuerit conſtituere, quam auctorem & parentem naſcentis Academiæ, *argum. l. fin. infr. de cur. furioſ. c filiis, 16 q 7.*

54 *Quis enim eorum)* Hic Imperator † tres cauſſas recenſet, propter quas ſtudioſi præ aliis videantur priuilegiis ornandi. Prima eſt, quod amore ſcientiæ exſules videantur facti, id eſt, peregre, tanquam in exſilio voluntario agentes. Illis enim deberi humanitatis officia colligitur ex Epiſtola Diui Hieronymi ad Paulinam, & ex verbis Senecæ, *capit. ſexto.* de conſolatione ad Albinam, & auth. *omnes peregrini. Cod. commun. de ſucceſſ.* Vnde quidam argumentantur, licere ſtudioſis veluti peregrinis condere teſtamentum ſine ſolemnitate legis. *Horatius Lucius in tractatu de priuileg. ſcholar. capit. 60. argument. dict. authen. omnes peregrini. vbi Angel. Caſtrenſ. numer. quarto*, conſtituit, peregrinos ſine ſolemnitate iuris teſtari poſſe. Allegat autem pro confirmatione ſuæ ſententiæ Bartol. *in præſent. authent. item Decium in leg. ſcriniarios. Cod. de teſtamen. militar.* Sed neutrum id aſſerentem comperio, & in contrarium vrget, *l. ne quidam. C. de teſtamen. militar.* vbi ne milites quidem hoc priuilegii vindicare poſſunt, quando ſunt in loco, vbi peritiores conſulere poſſunt.

Secunda cauſſa eſt, quod ſe multis ſumtibus exhauriant, & ex diuitibus pauperes fiant Id ipſum arguit experientia, cum itinera ſine ſumtu explicari non poſſint, *l. cum filiusfamilias. ff ſi cert. pet. l ſi longius. §. primus. ff de iudic.*

Tertia cauſſa eſt, quod multis periculis ſeſe exponant, *vt leg. 3. ff. de donation. cauſſa mortis. l. 2. §. ſi quis in iudicio. cum §. ſequent. ff. ſi quis caut. iud. ſiſt. cauſ. fact. l. ſi non fuerit, §. primo. ff. pro ſocio.* Præterea quod, vt ait textus, a viliſſimis hominibus ſæpe iniurias accipiunt, quod ſane multo acerbius eſt, quam ſi ab alio proficiſceretur. *l. final. ff. de offic præſid. l ſi quis iniuriam, 35 ff. de iniur.*

Hac igitur generali.) Conſtituit itaq; Imperator nullam ſcholari iniuriam inferen-
55 dam, † neq; ob alterius prouinciæ debitum, aut delictum aliquod damnum eidem inferendum: quod tamen intelligo eo caſu non procedere, quo iudicium incoatum eſſet, 56
l. vbi cœptum. † *ff. de iudic* aut in fraudē nomen matriculæ dediſſet, *l fraus. ff. de legibus, cum ſim libus.* Et quamuis iniuriæ generaliter prohibitæ ſint. *l. 1. & toto titul ff de iniur.* 57
tamē in perſona Studioſi, hoc † ſpeciale eſt, quod quadruplum rei ablatæ eidem reſtituendum ſit, quodque eadem pœna, etiam locum habeat in Rectoribus prouinciæ qui tale factū vindicare neglexerint: quod denique hæc ipſa pœna etiam infamia cumuletur, de qua re ſupra certa ratione diſſeruimus, & in præſentia ea de cauſſa diſceptare deſiſtimus, ne prolixiori ſermone tædium auditoribus pariamus.

Veruntamen ſi litem. &c.) Quamuis nobis propoſitum ſit, huius Cōſtitutionis enarratione defungi, tamen cum cardo totius negotii in præſenti pronuntiato verſari videatur, temperare nobis non potuimus, quin merita atque vim verborum excuteremus. Pronuntiat Imperator, *Nulli ius eſſe, vt ſtudioſum apud quem velit conueniat. ſed ſi contra eundem intendere † conſilium ſit, interpellan-* 58
dum eſſe Dominū vel Magiſtrum ſtudioſi, vel ipſius ciuitatis Epiſcopum, quibus huiuſmodi iuriſdictio ſit data. Hæc verba interpretationem expeditam non habent.

Excludunt enim præfectum vrbis, atque ordinarium Iudicem, cui non ſolum in alios, ſed etiam ſtudioſos iuriſdictio competere videtur, §. *illud vero. in proœmio digeſtorum.* Imo quod magis eſt, ſubmouent perſonam Rectoris, cui iuriſdictionem in ſcholares, omnes Academiæ deferūt: deinde videntur etiam admittere Profeſſores, nedum Theologiæ, Medicinæ, Philoſophiæ, ſed etiam humanioris literaturæ Præceptores: quod ſane perabſurdum videri poſſit, cum Iudices ſacramenti religione adigantur, quod ſecundum leges & iuſtam illorum interpretationem ſententiam proferre velint, *l. rem non nouam cum authent. ſequen. C. de iudic.*

Sciendum itaque eſt, † non vnam ho- 59
rum verborum eſſe interpretationē. Gloſſ. enim *in verb. domino, idem Bald nu. 56. Salyc. nu. 20. Donell. nu. 19. Sichard. nu. 16 Horat. Luc. priuil. 64.* vbi hanc opinionem crebrius placuiſſe tradit, exiſtimat Præceptorē hoc modo demonſtrari. Diſſentiunt autē Rebuff. *hic in verb. domino* item Iulius Pacius *numero 63.* qui putāt pronuntiatione domini Rectorem deſignari. Sunt & alii, vt commemorat

morat

Digitized by Google

mouat Horatius Lucius, qui ſtatuunt appel-
latione domini indicari ordinarium Iudi-
cem. Ego exiſtimo, lectionem gloſſæ præ-
ferendam eſſe, niſi quis verbum Domini
proprie accipiat de Principe atque Domi-
no eius loci, atque Vniuerſitatis defenſore.
Quidquid itaque ſit, ſtatuo ordinarii Iudi-
cis iuriſdictionem non excludi, *l. fin. ff. de iu-
riſdict. omn. iudic.* ſiue illum præfectum vrbi
interpretemur, *d. §. illud vero*, ſiue Principes
loci & ciuitatis, vbi Vniuerſitas conſtituta
eſt, modo ſtudioſus ad ſuos Doctores aut E-
piſcopum non reuocet, vt hac noſtra con-
ſtitutione. Hæc, ſi verum noſtræ conſtitu-
tionis intellectum vrgeamus. Porro, quod
magna rerum abſurditas hanc ſententiam
conſequi poſſet, cum imperiti iuris de eius
quæſtionibus contra iuramentum pronun-
60 tiare non poſſint, recepta † conſuetudine
omnium Academiarum eo decurſum eſſe
videtur, vt Studioſi & Profeſſores Rectorē
ſuæ Vniuerſitatis conſtituant, cuius iuriſdi-
ctionem nedum ex tacito conſenſu, ſed et-
iam iureiurando amplectantur, quæ res ſta-
tutis Vniuerſitatis plerumq; confirmari ſo-
let, vt in hac Academia factū eſſe animad-
uertimus. Vocati itaque ad Rectorem, eius
iuriſdictionem declinare nequeunt, *l. fin. ſu-*
61 *pra. de iuriſd. omn. iud.* Certumque † eſt, re-
cuſationi in ipſius perſona, vt alius eligatur,
locum non eſſe, quod iuſiurandum & ſta-
tuta hoc prohibeant, *cap. ego, extr. de iureiur.
& cap. diligenti, extra. de præſcript.* Accedit *l.
certi. ſupr. de iuriſdict. omn. iudic. item l. de mili-
tibus. ff. de cuſtod. & exhib. reor.* Porro, ſi quis
62 quærat, an † Doctores vel Præceptores in
ſtudioſos ſuos nullam amplius iuriſdictio-
nem habeant? Cōſtituam illos habere arg.
*dict. l. fin. ſupra. de iuriſdict. omn. iud. l. primæ.
C. de præfect. annonæ, l. nam ſalutem. ff. de offic.
præf. vigil. l. 3. §. ſi emancipatus. ff de bon. poſſeſ.
contr. tab.* vt concludunt hoc loci Bald. *num.
58. Salyc. num. 23. Rebuff. in verb. quibus hanc
iuriſdictionem, Donell. num. 26.* Habet tamen
Priuilegium electionis hac conſtitutione
conceſſum: niſi ponamus ſtatuta aut con-
ſuetudinem, amputata hac facultate, totam
iuriſdictionem Rectori attribuiſſe.

Tit. 19. De Probationibus.

SVMMARIA.

1 *Ordo quo hic titulus præcedentibus cohæreat.*
2 *Probatio quid ſecundum Accurſium.*
3 *Difficultates & varia argumenta contra diffinitionem.*
4 *Argumenti deſcriptio.*
5 *Non eſſe nouum, vt in iure noſtro argumenta modo generaliter modo ſpecialiter accipiantur.*
6 *Alia definitio Cuiacii, item Ioſephi Maſcardi.*
7 *Quæ ſunt per ſe euidentia, nulla probatione indigent.*
8 *Quæ per rerum naturam certa ſunt, non tamen ſtatim iudici explorata intelliguntur.*
9 *Duæ rationes quibus iudici perſuadere conamur, quod res ſecundum intentionē noſtram ſe habeāt: Artificialis & Inartificialis.*
10 *Quot ſint ſpecies inartificialis probationis ſecundum Ariſtotelem.*
11 *Alia diuiſio Quintiliani.*
12 *Diſtinctio Speculatoris.*
13 *Diuiſio Hoſtienſis, deinde Baldi.*
14 *Duo probandi genera ſecundum Duarenum, teſtes & inſtrumenta.*
15 *Maſcardi conſideratio in duo capita rem partientis, ſemiplenam & plenam probationē cum ſubdiuiſione plenæ probationis.*
16 *Semiplenam probationem ad illum gradum aſſurgere non poſſe, vt probatio dici debeat.*
17 *An confeſſiones & præſumtiones proprie probationes dici poſſint.*
18 *Auctores & argumenta per quæ inferatur, confeſſionem non eſſe proprie probationem.*
19 *Auctores & argumenta contrariæ ſententiæ.*
20 *Appellatione dignitatis, epiſcopatum, non contineri, & quare.*
21 *Concluſio auctoris in propoſita quæſtione, an appellatione probationis confeſſio comprehendatur.*
22 *An appellatione probationis iuramentum contineatur.*
23 *Quid ſi probationis mentio fiat per modum conditionis, an tunc iuramentum ſufficiat, cum diſtinctione auctoris.*
24 *An præſumtionibus locus ſit, ſi Iudex ex reſcripto, quid facere iuſſus ſit, ſi probaſſet.*
25 *Diſtinctio Felini, in qua materia verſemur, quæ vere impleri poſſit, an minus, vt hic præſumtiones ſufficiant, illic autem idonea probatio in ſpecie requiratur.*

CVm non ſufficiat actionē † libello pro- 1
poſuiſſe, ſed allegatorum fides facien-
da ſit, *l. qui accuſare, ſupra. de edend. l. non ſo-
lum. §. ſed vt probari. ff. de oper. nou. nuntiat. l. fi.
ſupr. de rei vindic. l. illicitas. §. veritas. ff. de of-
fic. præſid. cap. iudicet, 3 quæſt. 7. l. rem non no-
uam, ſupra. de iudic. cap. paſtoralis. §. qui vero,
extra de offic. deleg.* non incommode ſubiici-
tur titulus, *de Probationibus*, quam † Accur- 2
ſius hic definit eſſe rei dubię per argumenta
oſtenſionē. Accurſio ſubſcribūt Odofred.
*in ſua rubr. Bar. ibid. n. 2. Salyc. n. 1. Caſtrenſ. n. 1.
Sichardus numer. 3. Hoſtienſ. in ſua ſumma*, &
ab ea non videtur eſſe alienus Donellus,
dum *probare*, eſſe conſtituit, rei dubiæ per
ea, quæ certa habentur, fidem facere, *Ma-*

Digitized by Google

ſcardus libro primo, de probat. quæſt. ſecunda. numer.8. & 10. Decius, extra. de probation. in rub. numer. quarto. Ceterum hanc definitionem Goffred. *in ſua ſumm. titul. de probation.* item Panormitanus & Aretinus *in rubr. de probation.* & Baldus hic ex variis cauſſis impugnant.

Primo, quod argumentum omnem probationis ſpeciem non complectatur: quippe quod dicatur argute inuentum, *capit. forus. 10. de verborum ſignification.* vbi offerunt ſeſe hæc verba ad cauſſam perti-
4 nentia: † *Argumentum nunquam teſtibus, nunquam tabulis dat probationem, ſed ſola inueſtigatione inuenit veritatem, vnde dictum eſt argumentum argute inuentum.*

Secundo obiici poteſt definitio Ciceronis in partitionibus, quod ſit probabile inuentum, ad faciendam fidem: Quintiliani *libro quinto, capit. decimo*, quod ſit probabile inuentum ad faciēdam probationem, quo colligitur aliud per aliud, & quo quod eſt dubium per id, quod dubium non eſt, confirmetur. Quo referri poſſunt, *l. ſi duo. §. Marcellus ff. de iureiurando. item l. qui filium, 74. §. fin. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. l. non omnes. §. a barbaris. ff. de re milit.* item ea, quæ ſcripta reliquit Menoch. *lib. 1. præſumt. q. 6.*

Tertio negotium faceſſere videtur, *l. vbi, C. ad leg. Cornel. de falſ.* in hæc verba: *vbi falſi examen inciderit, tunc acerrima fiat indago argumentis, teſtibus, ſcripturarum collatione, aliiſque veſtigiis veritatis: nec accuſatori tantum quæſtio incumbat, nec probationis ei tota neceſſitas indicatur, ſed inter vtramque perſonam ſit iudex medius.*

Quarto definitio ex eo periclitari videtur, quod faciat mentionem rei dubiæ, cum vt ait Baldus certæ rei quoque probatio ſit, *l. ciues. C. de appellat. & ibidem gloſſ. atque Doctores, l. ſi irruptione. ff. fin. regund. cap. fraternitatis. extr. de frigid. & maleſ.*

Quæ quamuis ita ſe habeant, non tamen tanti ponderis atque momenti eſſe ſtatuimus, vt definitionem ipſius Accurſii repudiemus. Nihil enim noui eſſe exiſtimamus, quod in noſtro iure exigente illud natura rerum, & loquendi conſuetudine, verba
5 modo generaliter, † modo ſpecialiter accipiantur, vt in verbo adoptionis, *l. prima, & ſecunda. ff. de adopt. leg. prima. ff. de legibus.* collatione facta cum *§. lex. Inſtitut. de iure natur. gent. & ciuil.* in dictione actionis, iuriſdictionis, vſucapionis, iniuriæ, & id genus infinitis vocabulis, de quibus diſſerimus, *Inſtitut. de rerum diuiſ. & adquir. earum dominio.* Idem ergo euenit in verbo, *argumentum*, quod modo ſpecialiter accipitur, modo vero generaliter, *vt in leg. tertia. §. eiuſdem quoque. verſ. quæ argumenta. l. ſecunda. infra. de appellatio. l. 5. infra. de fid. inſtrument. l. 1. §. 1. & 5. idem Cornelio ff. de quæſtionibus. l. 3. Cod. eodem titul. collat. fact. cum l. antepenult. ff. eod. cap. inter quatuor, extr. de cleric. peregrin.*

Porro, ſi cui hæc † Accurſii definitio 6
non ſatisfaciat, is amplecti poterit eā, quam Cuiacius inſinuauit; quod ſit intentionis ſuæ legitima fides, quam facit Iudici actor, vel reus, vel vterque: vel aliam, quæ abſolutior videtur Ioſephi Maſcardi, *libr. 1. quæſtio. 2. numer. 17.* quod ſcilicet ſit oſtenſio rei dubiæ, per legitimos modos Iudici facienda, in cauſſis apud ipſum Iudicem controuerſis. Quam videtur etiam probare Iulius Pacius, *hic numero quarto*, dum probationem conſtituit, eſſe actum iudicialem, per quem fides ſit Iudici de re controuerſa. Oſtenſio locum generis tueri poterit, *l. 3. & 4. infra hoc titul.* rei dubiæ: quod ea, quæ† certa ſunt 7
atque euidentia, nulla probatione indigeant, *capit. fraternitatis, extra. de frigid. & maleſic. capit. euidentia, extra. de accuſat. capit. de manifeſta. & capit. manifeſta, & capit. quæ Lotharius, & capit. ſcelus, 2, quæſtio. prima. l. ſi ædes mea, 38. ff. de ſeruitut. vrban. præd. l. ſi irruptione ff. final. regund.* Sed hoc ita intelligo, ſi Iudici eadem cōperta ſint, puta, quod in conſpectu ipſius tanquam Iudicis verſentur.

Vnde non obſtat animaduerſio Baldi, qui ſtatuit rei certæ, etiā fieri probationem.
Etenim † quamuis multa per rerum natu- 8
ram certa ſint, *l. cum quidam, 30. §. ſuum heredem. ff. de adquiren. hered. item l. cum ad præſens, 37. cum l. ſequen.* item aliis comperta eſſe poſſunt: tamen de his Iudici nō ſtatim conſtat, niſi res ſubiiciatur oculis, vel exitus eidem, quid ſtatuendum ſit, aperiat *l. antiqui. ff. ſi pars hered. pet.* Itaque pro defenſione gloſſæ dici poterit, idipſum ſufficere, veluti ſi rei euidentia coarguat, aliquam eſſe grauidam, vel ædes, de quarum ſeruitute tractetur, ita diſtare, vt conſpici nequeant. Nam id liquere, Iudici non poteſt, niſi oculis rem exploret: hactenus igitur dubia fuit. Verba, *legitimis modis*, eo pertinent, vt intelligamus, non omnem formam argumenti id conſequi, ſed illas po-

Digitized by Google

las potiſſimum, de quibus poſtea diſceptabimus, verbum, *iudicis*, demonſtrat non aduerſario probationem faciendam, cui illa nunquam ſatisfaceret, ſed iudici, tanquam graui viro & rem recte ponderanti, *d. l. vbi. C, ad leg. Cornel. de falſ. item l. quinquaginta. ff. de probat, l. inter ſtipulantem, 83. §. 1. ff. de verborum obligation.* Verba autem, in cauſſis cõtrouerſis, innuunt probationẽ neceſſariam eſſe in cauſſis apud iudicem agitatis, *l. ad probationem. Cod. de probat. & cap. de teſtibus. extra de teſtibus.*

His ita diſcuſſis operæ pretium eſt inue-
9 ſtigare, quot probationum ſpecies † ſint? Pro cuius rei euidentiori explicatione ſciendum eſt, duas eſſe rationes, quibus Iudi-
10 ci perſuadere conamur, quod res † ſecundum intentionem noſtram ſe habeant. Artificialis vna, Inartificialis altera, *vt docent Ariſtoteles libro primo Rhetor. capit. ſecundo, item Cicero in Topic. & Fabius libro quinto, Inſtit. orator. capit. 1. Franciſcus Duarenus libr. 1. anniuerſ. diſput. cap. 27. Iulius Pacius hic numero 6. Iacobus Menochius præſumt. libr. 1. cap. 1.* De hac parte in præſentia differere animus non eſt, ſed de altera, quam inartificialem iidem auctores appellant, cuius ſpecies Ariſtoteles *libro primo Rhetoric. cap. 15.* quinque
11 numero † proponere videtur, leges, teſtimonia, tabulas, quæſtiones, & iuſiurandum. M. autem Tullius, *libro ſecundo. de orator.* ex ſententia M. Antonii, multo plures enumerat his verbis: *Ad probandum autem duplex eſt oratori ſubiecta materies: vna rerum earum, quæ non excogitantur ab Oratore, ſed in re poſita, ratione tractantur, vt tabulæ, teſtimonia, pacta, conuenta, quæſtiones, leges, Senatusconſulta, res iudicata, decreta, reſponſa & reliqua, ſi qua ſunt, quæ ad Oratorem a cauſſa, atque reis deferuntur.* Quintilianus autem *lib. 5. Inſtit. orator. cap. 2.* paulo aliter rẽ digerit, dum † ait, *ex illo priori genere ſunt præiudicia, rumores, tormenta, tabulæ, iuſiurandum, teſtes.* Omittit itaque, vt videre licet, leges, quæ generali ſignificatione complectũtur leges in ſpecie, Reſpõſa prudentum, Magiſtratuum decreta, item & Senatusconſulta: de quibus Cicero nominatim mentionem facit: quod & ipſum, ſi iuris noſtri intueamur diſpoſitionem, non alienum a tali definitione eſt, cũ leges non pertineant ad probandam alicuius intentionem, ſed ad controuerſiam definiendam. Deinde, cum Iudex ex officio ſuo, quod legibus ſtatutum eſt, ſupplere debeat, *l. vnica. Cod. vt quæ aduocatis deſint,* Iudex ſuppleat. Reliquæ autem partes, quas idem Quintilianus commemorat, a iure noſtro, non reſpuuntur. Nos itaque paucis perſtringemus, quid interpretes, præcipui in hoc genere, memoriæ prodiderint, & quæ ſententia probabilior videatur. Speculat. *in titul. de probation.* † *libro primo, part. 2. §. vi-* 12
dendum, duodecim numero recenſet. *Primo*, quæ fiat per teſtes. *Secundo*, confeſſionem partium. *Tertio*, inſtrumenta. *Quarto*, euidentiam facti. *Quinto*, præſumtionem. *Sexto*, famam. *Septimo*, iuſiurandum. *Octauo*, libros antiquos. *Nono*, literas ſigillatas. *Decimo*, denuntiationem publicarum perſonarum. *Vndecimo*, cõmunem opinionem. *Duodecimo*, indicia indubitata. Hoſtienſ. vero hæc † paulo contractiore numero com- 13
plexus videtur, dum *primo* conſtituit euidentiam rei, quam notorium nominat. *Secundo*, famam. *Tertio*, præſumtionem. *Quarto*, iuramentum. *Quinto*, teſtes. *Sexto*, inſtrumenta. *Septimo*, confeſſionem. *Octauo*, luſtrationem loci, vel ocularem inſpectionem. *Nono*, libros antiquos, vel antiquas ſcripturas in lapidibus marmoreis, item literas Epiſcopi ſigillatas, quæ vno nomine Scripti comprehendit.

Porro, Baldus decem membra conſtituit. Præter euidentiam, inſtrumenta, teſtes, confeſſionem, iuſiurandum enumerat rem iudicatam, vehementem hominum opinionem, quę inducit notorium actus non permanentis, rationem naturalem, rationem coniecturalem legis atque hominis. Duarenus vero *libro anniuerſ. diſputat. primo capit.* duo probandi † genera duntaxat, a- 14
gnoſcit, teſtes & inſtrumenta, *argum. cap. forus. de verborum ſignificat.* Ioſeph. Maſcard. *volum. 1. de probat. cap. 4. numer. 11.* duo probationum capita † conſtituit, plenum & ſe- 15
miplenum. Plenum mox ſeptem modis explicari ſtatuit. *Primo*, per teſtes. *Secundo*, per inſtrumenta. *Tertio*, per confeſſionẽ. *Quarto*, per euidentiam. *Quinto*, per iuramentum. *Sexto*, per præſumtionem. *Septimo*, per famam.

In hac opinionum conflictatione non facile fuerit conſtituiſſe, quid tuto quis amplecti debeat. Vt igitur, quid mei iudicii ſit, qua poſſum perſpicuitate ediſſeram, ſtatuo diſtributionem a Maſcardo allatam, ſiquidem definitioni probationis ſatisfacere velimus, nos amplecti non poſſe, cum ſemiplena probatio ad illum gradum † adſur- 16
gere nequeat, vt probatio dici aut appella-

ri poſſit. Id enim probatum intelligimus, quod iure definita ratione probatum ſit, *argument. l. 4. §. condemnatum. ff. de re iudic. item l. non putauit, 8. §. non quæuis. ff. de bonorum poſſeſſion. contra tabulas. item l. ſi is, qui quadraginta, 80. ff. ad leg. Falcid. §. 1.* quemadmodum enim is nullum balneum, nullum ſtadium, aut theatrum tradidiſſe dicitur, qui rei propriam formam, quæ ex conſummatione contingit, non dederit, ita qui nec aliquem gradum probationis conſtituit, *Bart. l. etſi inſtrumenta. C. de fide inſtrum. & iure haſtæ. Bald. in lege prima. Cod. de aduoc. diuerſ. iudic. argumen. eius text. Decius in rubric. de prob. num. 12.*

Conſectarium igitur videretur, vt quæ plane probationi accepto fert, inter probationis ſpecies referamus. Et quidem quod ad teſtes & inſtrumenta, non dubitamus.
17 Quo vero ad † confeſſionem, iuramentum, præſumtiones, &c. & reliquas, non immerito ambigimus, ſi forte lege municipali mentio fiat de probatione. Negant enim Abbas *in rubric. de probation. numero tertio. Felinus numer. 6 poſt Anton. Imol. Ioannem Andreæ, Bald. Caſtrenſ. Romanum & alios ab eodem allegatos*, in qua ſententia Philippus Decius *ibidem numer. 8. & ſequent.* allegat Cynum, Archidiaconum, Ancharanum, Alexandr. & alios. Duarenus *dict. capit. 27. anniuerſ. diſput.* & idem videtur etiam ſenti-
18 re Cuiacius *in ſuis paratitlis.* Habet † autem hæc opinio multa fundamenta, quorum præcipua ſubnecto. Primo, quod tituli de probationibus, & de confeſſis ſeparantur, tam Iure ciuili, quam Canonico. Secundo, quod ex *l. eum qui, 30. ff. de iureiuran.* edoceamur, intereſſe inter probationē, & exonerationem ab ipſa probatione. Atquin nedum iuramentũ ſed & confeſſio in ea cauſſa eſſe videtur. Tertio, mouetur Baldus, q. probatio contra præſumtionem iuris, & de iure non admittatur, *cap. is qui fidem de ſponſalibus*, in diuerſa autem cauſſa ſit confeſſio. Quarto, quod poſt cauſſæ concluſionem nulla probatio amplius admittatur, *cap. cum dilectus, de fide inſtrument. cap. auditis, de reſtit. in integr.* Quinto, quod conuinci & confeſſum eſſe, vt ſeparata ponantur, *cap. at ſi clerici. de iudic. l. ſecunda. Cod. quorum appellationes non recipiuntur.* Sexto, quod idem animaduertamus in iuramento *l. ſed etſi poſſeſſori. §. primo, ff. de iureiurand.* Septimo accedunt, *l. inde Neratius. §. final. ff. ad leg. Aquil. l. 2 ff. de interrog. action. l. generaliter. infra. de non num. pecun.* Diſſentiunt autem & con-
feſſionem ſpeciem probationis † eſſe con- 19
ſtituunt Bartol. *in leg. ſi duo. §. idem Iulianus. ff. de iureiurand. numer. tertio. Salycetus, hic numer. 4. Aretin. extra. in rubr. de probat. & ibidem Decius num. 9. verſ. contraria opinio, vbi. numer. 10.* contrariam ſententiam communiorem quidem fatetur, ſed hanc veriorem eſſe contendit.

Et hæc opinio etiam ſua iura habet: Primo *capit. primo, de confeſſ. in 6.* vbi ſententiæ negatiuam orationem probari non poſſe, quam per confeſſionem. Eſt autem omnis exceptio de regula. Secundo, *argum. l. 1. in fin. ff. de interrogat. in iur. fac.* Tertio, *c. conſtitutionem, de electione*, dum traditur ibidem, probationem per confeſſionem factam. Quarto *cl. ſæpe contingit. de verborum ſignific.* Quinto, *l. publia. ff. depoſit. in fin.* Sexto, *l. fin. ff. de probat.* Septimo, *c. in noſtra, de renuntiat.*

Porro Bald. *in authent. ſed nouo iure*, Imola & Decius retenta communi opinione huiuſmodi concluſionem eliciunt, quod ſi lege municipali cautum ſit, certā rem probari non poſſe, niſi per inſtrumenta, non videri excluſam confeſſionem. Ego autem puto, quod etiam animaduertit Decius, in confeſſione quid eſſe, quod excellat, adeo vt ſi probatione contineatur, tamen in ſimplici probationis prolatione non videatur comprehendi, quod & ipſum Decius quoque oſtendere conatur per argumentum dignitatis, cuius appellatione epiſcopatus
non † comprehendatur, *cap. inquiſitionis. de* 20
hæret. in 6. & capit. quia periculoſum. de ſentent. excommun. in 6. cum tamen proprie dignitas ſit, imo culmen dignitatis, *cap. venerabilis. de*
prabend. Concludo itaque † mihi probabi- 21
lius videri, quod appellatione probationis confeſſio contineatur, ſi generalem probationis ſignificationē ſpectemus. In ſpeciali autem ab eadem ſeparari poſſe & debere non nego, ſi rationis diuerſitas id impetret.

Idem quoque ſtatuo de iuramento, *arg.*
l. ſi. §. licentia. l. generaliter, ſupr. de iureiur. † *in* 22
princip. dum de iuramento loquēdo, dicit, ſi aliæ probationes deſint. *infr. de iur. deliber.* eodemque pertinet *c. 2. de prob. c. mulieres. de iureiur. l. ſi. C. de fideicom. arg. eius text. gloſ. in c. ſtatutum, §. cum vero, in verb proprio iuramēto. c. paſtoralis, de except. & reſcript. in 6. & ibidem Dominicus Decius in d. rubrica. num 9. verſ. & concludendo, poſt Baldum, Speculator. Angel. Caſtr. & alios.* Et quamuis videātur aduerſari, *l. ex eum qui. ff. de iureiurand. item l. ſed & poſſeſſori.*

Digitized by Google

*ſeſſori,§.1.l.non erat,§.dato,l.ſi quando,inf.vnde vi,ff.eodem tit.*Facilis tamen reſponſio eſt, quod nos a probatione ſpeciali exonerat, quæ per teſtes, vel inſtrumenta plerumque explicari ſolet,habetque eandem vim: non tamen probatio eſſe negatur, ſi generale probationis nomen ſpectemus, vt locis allegatis. Idem igitur ad tertiam & quartam legem reſponſum ſit,quod tamen illis in caſibus intelligimus, in quibus iuramentum ad implendam fidem videtur ſufficere. Vnde ſuperuacuam declarationem Decii eſſe ſtatuo, quod ſi dominus territorii promiſerit, ſe damnum, quod mercatores a prædonibus accepiſſe ſe probauerint, velle ſarcire, non eſſe vtique iuramento illorum credendum: quippe prius conſtare debuerat,quod iuramentū hoc caſu fidem impleret. Vnde & ſubſequentē eiuſdem animad-
23 uerſionem † amplecti nō ſuſtineo.Quod ſi mentio fiat probationis per modum conditionis, non habere locum iuramentum, iuxta deciſionem Baldi, ſupra *l.in bonæ fidei, de iureiurand.* Si enim iuramentum plenam fidem ex definitione iuris conſtituat, non ani naduerto, quare repudiari debeat, cum id facile admitti non ſoleat, niſi pars parti deferat iuſiurandum. Nam ſi Iudicis officio id explicetur, iuxta definitionem *l.3.ſupr. de iureiurand.* aliud fortaſſe probandum erit *l.qui heredi,44.l.Manius,55.eodem titul.* quæ demonſtrant, conditionem in forma, quæ præſcripta ſit, implendam eſſe: & quotiens ſit mentio verbi,quod generaliter & ſpecialiter accipi poſſit, potius ſpecialis ſignificatio præferenda videatur. *Bart. & alii Doct.l. hoc legatum,35 ff.de leg.3.& l.filiusfamilias,7.§.*
24 *pari ratione, ff. de donat.* adeo, † vt hoc caſu præſumtionibus iuris, de quibus *l.ſi vicinis, C. de nuptiis, c.per tuas, de prob.* locus meo iudicio non ſit, ꝙ inter præſumtiones & probationes interſit, cum vt ſeparata diſtinguantur, *tot.tit.ff.de probat. & præſumt Bart. Caſt.& alii d.l.Lucius,Felin. in rubr. de probation. nu 3.* Et hanc ſententiam Decius fatetur communem *in d.rubr. n 14.* quamuis ipſe diſſentiat. Exiſtimo tamen illud ex re ipſa interpretationem admittere. Nam ſi Pontifex alicui per reſcriptum commiſiſſet, vt ſi quis ſe filium legitimum probaſſet, tale beneficium eidem adiudicetur. Etenim hoc caſu non videtur illa mens reſcripti eſſe, vt cum hæc conditio vere impleri nequeat, de alia cogitaſſe intelligatur, quam quæ ex præſumtione ſufficiat, de qua *cap.tranſmiſſæ, & c.per tuas, qui filii ſunt legitim.* Quod & ipſum Felinus † eodem loci concedere vi- 25
detur, adeo, vt non improbabilis eſſe intelligatur eiuſdem Felini conſideratio *ibidem,numer.7.* Quod ſi ve ſemur in illa materia, quæ vere, & per præſumtionem impleri poſſit, hac conditione propoſita, probationem veram requiri. Quod ſi vero id natura non concedat, vt in probatione, quod quis filius ſit Titii, ibidem coniecturas iure cognitas admitti, *l.filium, ff. de his, qui ſui vel alieni iuris ſunt, leg.ſi vicinis, ſupr. de nuptiis,cap per tuas,de probation. cap. per tuas, qui filii ſunt legitim.* Nec obſtare *l.Lucius,ff.de condit.& demonſtr.* quæ ne id quidem admittere videtur: cum tamen impoſſibile ſit, quod quis vere dicere poſſit, ſe eſſe filium. *Baldus in l.filium,ff.de his,qui ſui vel alien. iuris ſunt.Bartolus in d l.1.numero 1.& 2 Cod. quorum bonorum, Maſcardus concluſion. 787. numero 6.* Quandoquidem,vt recte ponderauit Decius *in rubric. de probation. numero 14. verſicul. tenendo iſtam partem, Felinus numer.3.* teſtamentum ex illa cauſſa irritum conſtituitur, quod illa conditio vt difficilis non videatur in eius poteſtate fuiſſe, *argument. l.ſi pater,C.de inſtit. & demonſtr.* cum ſi impoſſibilis conditio fuiſſet, teſtamentum non vitiaretur, ſed conditio pro non ſcripta haberetur.

Summa igitur diſceptationis meæ eo redit, vt vna cum Duareno ſtatuam, quod ſi verbum probationis ſpeciali in ſignificatione accipere velimus, non putem quid contineri, quam tabulas & teſtes, *dict.cap forus, §.probatio.* Quod ſi vero generaliter, tunc, nedum teſtes, tabulas,ſed etiam rei euidentiam complectatur. Quamuis enim, vt dictum eſt, euidentiæ probatione non videatur indigere: tamen quoad Iudicem, indiget, *d.l.cum ad præſens,cum duab legib.ſequent.ff.de rebus cred.ſi certum petat.*confeſſionem, nedum quæ ad poſitiones facienda eſt,ſed etiam quæ per tormenta eliciatur, *d.l.3.Cod.de quæſt.* iuramentum rei experientiam, *cap.propoſuiſti,de prob.* famam, *d.l.3.§.eiuſdem, verſic.quæ argumenta,ff.de teſtib.* præſumtiones & indicia, *l.ſciant cuncti, infr. hoc titul.*præiudicia,*l.final.C.de legib* denique ſigna, & monumenta,*l.2.§.final. cum l.ſequent. ff. de operibus public. l.1.C.fin. regund.* modo ex his plena probatio ducatur: Non tamen religioſe diſputo, an hæ rationes inter ſpecies, ſiue ad modos referri debeant, quod probabilius videtur.

Digitized by Google

Porro probatio adhuc aliam diſtinctio-
nem admittit, vt alia ſit Simplex, alia Mixta:
Simplex, veluti quod ſolo inſtrumento, *leg.
cum precibus, hoc tit. l. contractus, infr. de fide in-
ſtrumen.* ſiue ſolis teſtibus rei geſtæ fides im-
pleatur, *l. vbi, ff. de teſtib. l. ob carmen*, §. *fin. ff.
eodem tit.* Mixta, quod coniunctione argu-
mentorum facta id aſſequamur, *d. l. 3* §. *eiuſ-
dem, ff. de teſtibus, c. fin. de ſucceſſione ab inteſtat.
c. 1. de appell.* vt recte hic obſeruauit meo iu-
dicio Iul. Pacius *num. 12.*

Lex Prima.

Svmmaria.

1 *Intentionem ſuam quiſque probare debet.*
2 *Reus de exceptione ſua docere cogitur.*
3 *An ſolutionem obiicient, fateri intentionem aduer-ſarii videatur?*
4 *Auctores qui id defendant.*
5 *Diſtinctio Bartoli intereſſe, an actor confiteatur exceptionem rei, an minus, vt hic prior ſententia locum habeat.*
6 *Ratio, quæ pro comprobatione prioris ſententiæ adducatur.*
7 *Receptior ſententia, quod reus hoc modo non videatur fateri intentionem actoris.*
8 *Argumenta, & rationes, quibus hæc ſententia confirmetur.*
9 *Intellectus l. cum de indebito.*
10 *Tranſigens cum aduerſario in cauſſis, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, pro confeſſo habetur.*
11 *Excipiens tunc confiteri intentionem aduerſarii videtur, ſi illum aliqua præſumtio iuris oneret.*
12 *Idem ſi actor in expreſſis verbis excipientis fundamentum conſtituat.*
13 *Nonnullæ exceptiones a Felino conſideratæ, quæ tamen repudientur.*

HAc lege regula generalis traditur, cui
ſcilicet onus probandi incumbat, illi ni-
1 mirum, † qui aliquid intendit, ſiue actor ſit,
ſiue reus. Conſequens itaque eſt, vt actor a-
ctionis a ſe propoſitæ fidem adſtringat, *vt
hac noſtra lege, l. 2. l. fruſtra, hoc eodem tit. l. 2. &
l. verius, ff. eod.* Quod ſi autem reus ab initio
faſſus ſit, actoris intentionem tenere, & ex-
2 ceptionem propoſuerit, † veluti pacti, tranſ-
actionis, rei iudicatæ, vel denique conten-
dat, ſe ſoluiſſe, id implere, id eſt, iure defini-
ta ratione docere cogitur, *vt hic, & l. in exce-
ptionibus, ff. eod. tit.* Quod enim iuris eſt in v-
no relatorum, idem in reliquo probare de-
bemus, quando eadem ratio vtrobique in-
teruenit, *l. fin. infr. de indict. viduit. toll. l. quid
tamen, 21. alias incipit, ſi cum dies*, §. *ſi quis ex li-
tigatoribus, ff. de recept. arbitr.* Idem quoque
defendendū erit, ſi reus in locum alienum
ſuccedens, cum iuſtam facti ignorantiam
haberet, negauerit intentionem actoris, &
ſub conditione ſolutionem alleget, *l. ſiqui-
dem, C. de except.* Sed ſi omiſſa conditionali
exceptione pure ſolutionem † propoſuerit: 3
an hoc caſu intentionē actoris fateri videa-
tur, admodum controuerſum apud noſtros
Interpretes eſt. Dynus enim † *in c. exceptio-* 4
nē, de regul. iur. in 6. id aperte defendit, quod
& ipſum probare videtur Accurſius *l. non v-
tique, ff. de except.* & diſerte etiam hic confir-
mat Cynus *n. 1.* Ang. *n. 2.* Donell. *n. 8.*

Bartolus autem † in *d. l. non vtique, num. 1.* 5
Caſtren. *hic num. 2.* diſtinguunt, intereſſe, an
actor confiteatur, exceptionem ipſius rei,
an plane neget eam. Primo caſu audiendū
illum eſſe. Secundo vero repellendū, quod
ex actu, quem impugnauit, intentionem ſuā
fundare nequeat, *cap. ex eo, extr. de reg. iur. &
c. cum olim, extr. de cenſibus.*

Donellus pro cōfirmatione ſuæ ſenten-
tiæ, hanc rationem adfert; quod, quemad-
modum omnis priuatio natura ſui includit
habitum præcedentem, *Inſtitut. de libert. in
princ.* ſic ſolutio, quæ ſit priuatio debiti, *Inſtit.
quib. mod. toll. oblig. in princ.* Proinde ait, qui
ſolutum dicit, prius debitum fuiſſe conten-
dit, *argum. l. decem*, §. *1. ff. de verborum obligat.*
Secundo, auctor eſt, textum noſtrū id haud
obſcure inſinuare, dū ſtatuit, reum ſolutio-
nem probare debere. Nam ſi actori adhuc
incumberet onus probandæ ſuæ intentio-
nis, fruſtra reus eo neceſſitatis compellere-
tur, *l. ſiquidem, 9. in princ. infr. de except. l. qui
accuſare, 4. ſupr. de edendo.*

Ceterum, receptior eſſe † ſententia vide- 6
tur, quod indiſtincte reus hoc modo non vi-
deatur probare intentionem actoris, *vt con-
ſtituunt Abbas in c. venerabilis, num. 26. Dec. ibi-
dem n. 19 Felin. n 12.* qui hanc opinionē con-
tendunt communem eſſe. *Alex. in l. decem,
116. num. 25. ff. de verborum obliga. poſt Iacob. de
Rauenna, Cynum, Speculatorem, Baldum, & Io-
an. Andr. ab eodem allegatos* pariter profeſſus,
hāc opinionem communem eſſe, *Iaſon ibi-
dem num. 47. Ludouic. Roman. in l. cum mulier,
49. Iul. Pac. hic n. 11. Schard. n 3. Pancirol. in ad-
dit. ad Bartol. d. l. non vtique, ff. de except. Maſ-
card. concl. 37. num. 4.* Et quidē † contra Dy-
num & aſſeclas ipſius illa ratio expendi ſo-
let, quod nemo ſe defendere ex illo poſſit,
quod negare non erubuit, *d. c. ex eo, de regul.
iur. Anton. Gabr. comm. concluſ. lib 6. tit. de re-
gul. iur. cap. 1.* vbi multos in hanc ſententiam
arceſſit. Et ſi quis contendat, Dynum, Ang.
Cynū, &c. accipiendum eſſe ſecundum di-
ſtinctio-

Digitized by Google

ſtinctionẽ Bartoli,eo caſu ſcilicet,quo actor cõfiteretur intentionem ipſius rei, is obſer-
8 uare debet, non deeſſe alias †rationes, quibus ſententia cõmunis innititur. Primo *l.9. ff.de except.* in hæc verba: *Non vtique exiſtimatur confiteri de intentione aduerſarii,quo cum agitur,qui exceptione vtitur.* Secũdo, ꝙ exceptio nihil aliud ſit,quã actionis excluſio: vnde cum actus vltra intentionem operari nõ debeat, *l.non omnis, ff. de reb.cred.ſi cert.pet.l. qui hominem, §.fin. ff. de ſolut.* ſequitur nõ eſſe illud admittendũ cum præiudicio rei. Tertiò, quod ſolutio non inferat neceſſario aliquid debitum fuiſſe,cum & indebita per errorẽ ſoluantur, *l.cum de indebito,ff. de probat.* Item quod ſimpliciter excipiẽs videatur tacite ſub conditione excipere, *l.ſi quidem,inf. de excep.l.emtor, C.de præſcrip.long.temp.10 aut 20.ann.* Quarto, ꝙ in iudiciis ambigua intẽtio ita accipiatur, ne vlli ſit captioſa, *l.ſi quis intentione, & l.ſolemus, ff.de iudic.* Quinto, ꝙ, vt cõmeminit Roma. *d.l. cum mulier, ff.ſolut. matr.* reus poſſit etiam plures exceptiones cõtrarias opponere, *l.nemo,ff.de reg.iur.* Ergo in dubio ita feciſſe cenſendus eſt, *arg.d.l.ſolemus.* Sexto arg.c.*cum venerabilis,extr.de except.* quo aperte cauetur, exceptionẽ obiicientem non videri cõfiteri de intentione agentis,etiamſi quis aſſeruiſſet ex cauſſa permutationis rem ad ſe pertinere. Et hãc ſententiã iuri magis conſentaneam exiſtimo. Nec puto quidquam moleſtiæ ſuſcipiendũ in confutanda contraria ſententia, cum per hæc poſteriora argumenta ſatis refellantur: declaranda tamen eſt ſententia Bartoli, qui exiſtimat, aliud obtinere in actore, qui exceptionem non negat. Videtur enim hæc
9 ſententia confirmari † *l.cum de indebito, ff.de de prob. l.quoniam, ff. de his qui not.infam.* Sciendum itaqꝫ eſt, intereſſe, an quis allegauerit aliquam exceptionem, an præter huiuſmodi allegationem etiam factum ſolutionis interceſſerit. Priori enim caſu obtinebit generalis regula: ſecundo caſu, ſiquidem agatur de repetitione eius, quod ſolutum eſt, præſumtio repetẽti obſtabit, quod debitum intelligatur ſoluiſſe. Vnde non videtur definitio legis, *cum de indebito*, cum præſenti inſpectione quidquam commune habere. Nam ſi probare poſſit, indebitum eſſe ſolutum,locum habebit repetitio,quod de illo,qui falſus eſt intentionem aduerſarii, ſaltem poſt ſententiam *l.error, ſup.de iuris & fact.ign.* non facile dici poteſt. Quod ad leg. *quoniam,* attinet, *ff. de his qui not.infam.* ſuam inueniet conciliationem, ſi meminerimus, in cauſſa delictorum,quæ pœnam ſanguinis non ingerũt propter bonũ publicum, & ne crimina remanerent impunita, *l.ita vulneratus, 51.ff.ad l.Aquil.* & ne quis delatorẽ ſuum facile corrũperet, *l.eius, 29.ff.de iur.fiſc* receptum eſſe, vt trãſigens †cũ aduerſario,& pecuniã inferens fateri intelligatur: quod ſane 10
in aliis exceptionibus veluti pacti gratuiti locum non habet, *l.furt.6.§.pactusque, ff.de his qui not.infam.*

Habet tñ hæc definitio ſuas declarationes. Prima eſt, qñ contra excipientem †eſſet 11
aliqua ꝑſumtio iuris, vt ſi quis obiiceret exceptionem neceſſariæ defenſionis in cauſſa homicidii, *l.1.C.ad leg.Cornel.de ſicar.Bart.in l. Aurelius, §.idẽ quæſiuit,ff.de liberat.legat. Fel.d. c.cũ venerabilis,ext.de excep.n.12. & 15.Alex.in d.l.decẽ,n.27.Phil.Dec. ibid n.19. verſ & retẽta hac cõmuni opinione.* Secũda aũt exceptio eſt, ſi actor fundamentum intentionis ſuæ con-
ſtitueret in expreſſis † verbis ipſius rei, velu- 12
ti ſi diceret, *verum eſt, quod debeo tibi decẽ, ſed poſtea per pactum de non petendo, debitum remiſiſti. Abb.d.c. cum venerabilis,n.26.* quaſi velit ſecus eſſe, *& verſ.limita tamen,Fel.ib.n.16.Ludou.Rom. in l.cum mulier, 49 ff ſol.matr.nu.21.*
Alex.d.l.decẽ,116.n.28. Præter †has exceptio- 13
nes Felin. nõnullas alias perſequitur. Prima eſt, ſi reus diceret, *ſe liberatũ eſſe tali actione.* Secunda, ſi obiiceret reus exceptionẽ compenſationis. Tertia, ſi reus non probaret exceptionẽ. Quarta, ſi reus eandẽ ꝓbaret, & actor vim intentionis ſuæ non conſtitueret in allegatione exceptionis, ſed in probationibus ipſius rei. Sed ſane ego has exceptiones in ea cauſſa cõſtituo, vt cũ ſtabili fundamento defendi nequeant, & ipſe Felin. non immerito de quibuſdam diffidere videtur. Declarãdo igitur etiã has ipſas exceptiones, conſtituo, nihil intereſſe inter primam & ſecundam, quã ſupra propoſuimus. Vtrobiqꝫ enim reus propter expreſſam cõfeſſionem tenetur. Nã ſi in primo caſu, cum de homicidio argueretur, ita excepiſſet, non cõmiſi homicidium: aut non ſcio me homicidium cõmiſiſſe, & ſi feci, ad mei defenſionem feci: hic præſumtio *legis primæ, C. ad legem Corneliam, de ſicar.* locum nõ haberet, quod non prohibeatur tali exceptione vti, *l.nemo, ff. de regul. iuris*, ita concludunt Baldus *in leg.ſi quidem, Cod.de except.numero 3. Felinus in cap. paſtoralis, numero 16. de exceptio.* Poſſet itaque procedere hæc exceptio, ſi reſpondeat, ſe vna oratione id feciſſe ad ſui defenſionẽ de

Digitized by Google

qua re copioſe Decius *d.c.cum venerabilis,n. 19. verſic. retenta a communi opinione, Barthol. Socin.in l.1.ff. de vulg. & pupill.ſubſtitut. numero 10.*

Lex,poſſeſſiones,2.

Summaria.

1 *Appellatione poſſeſſionis aliquando dominium ſignificatur.*
2 *Ex poſſeſſione, quem dominum præſumi cum Placentino.*
3 *Qui in rei vindicatione ſuccubuit, non prohibetur Publicianam inſtituere.*
4 *An reus propter qualitatem accuſationis non probatam abſolui poſſit, cum dubitandi cauſſis.*
5 *Regulariter quem abſolui.*

DEfinitio præſentis legis magnam affinitatem cum præcedenti habet, ſcilicet actori incumbere, vt intentionem ſuam impleat, quod more iudiciorum ita comparatum ſit. Si igitur quis poſſeſſiones vindicare velit, is docere debebit dominium ad ſe pertinere, alias res penes actorem permanebit, *l.in rem,23.ff.de rei vindic.& l.qui accuſare,ſup.*
1 *de edend.* Hic † notandum eſt, appellatione poſſeſſionum dominium ſignificari. *vt l.interdum,78.ff.de verb.ſign. l.quotiens,15.ſupr.de rei vind.* Gloſſ.circa hanc legem ſcrupulum mouet, quid pronũtiatione horum verborum, *cum te in probatione ceſſante, dominium apud eum remaneat*, contineatur, & oſtendit, diuerſas eſſe, veterũ interpretationes. Ioannes enim vocabulo *dominium*, poſſeſſionem ſignificari cõtendit. Placentinus vero aſſerebat, hanc dictionem proprie poſitam eſſe, præſumi enim poſſeſſorẽ dominum, *l.cum res,hoc eod tit.* Ioannis expoſitionem amplectuntur Bart. hic *in verſ. oppono in lect.antiq.Odofred.n.3. Cyn.n.1.Ang.n.2. Salyc.in princ. Donell n.5.* quod ſcilicet intentio ipſius hoc modo fundata nõ videatur, *l.ante omnia,ff.de probat. l.ſi ſuperatus,ff. de pignorib.*
2 Quibus tamen † nihil prohibentib.cõſtituo Placentini ſententiam, ſi recte intelligatur, veriorẽ eſſe. Non enim intelligimus, illũ ex abſolutione ſecuta, ita dominũ præſumi, vt ſi poſtea poſſeſſione exciderit, poſſit actor hoc modo implere intentionẽ ſuam. Aduerſatur enim *l.ſi inter,15.ff.de excep.rei iudic. l.ſed etſi poſſeſſori, 11.ff.de iureiur.* Sed propter ipſam poſſeſſionẽ eo vſque dominus præſumitur, quoad eandem habet, vt recte pronuntiant hoc loci Fulgoſ. qui hanc ſententiam cõmunem dicit, Caſtr.*n.3.* Sichar.*n.2.* Iul.Pac.*n.14.*Bald.*n.11* ipſe Bar. ſe ipſum declarans *in l.quidam,ff.de condit. inſtit.Menoch. recup.poſſ.remed.9.n.32.Afflict.deciſ.Neapol.23. n.5. Maſcard.concluſ.539.n. 21.* idque defendi poteſt arg.præſentis legis, *l.1. infr. de priuil.fiſci, l.litibus,infr. de agric.& cenſit.*

Porro hæc præſumtio eam vim non habet, vt ſi actor ꝓpterea ſuccubuerit, † quod 3
dominium ſuum eſſe prædicabat, cuius rei fidem adſtringere non potuit, *§.namq;.Inſti. de act.* vt etiam Publicianam ex poſt facto inſtituere non poſſit, id enim illi denegari exiſtimamus, *arg. l. qui habebat,ff. de inſt. action. item l.ſi mater,§.eandem,l.an eadem,§. actionis, ff.de except.rei iud.l.minor,ff.de euict. ita Cynus hic n.2. poſt Iacob.de Arena, Alberic.n.1. poſt gloſſ. d.l.minor,§.1.Salyc n.1. Bart. in fin. in lectur.antiq. Iul.Pacius n.16.*

Vnde offert ſeſe adhuc alia quæſtio, *an idem obtineat ſi quis propterea abſolutus fuerit, quod accuſator qualitatem criminis in iudicium deducti, veluti quod quem percuſſit cum ſanguinis effuſione, vel quod aliquem cum armis aggreſſus eſſet, nõ probaſſet, ſi de nuda inuaſione vel percuſſione duntaxat conſtet?* Qua in diſceptatione † illa quæſtio præuertenda videtur, *an reus* 4
propter hanc qualitatem nõ probatam abſolui debeat? Etenim prima fronte videbatur nõ eſſe abſoluendum, quod ſublato acceſſorio ſalua ſit cauſſa principalis, *l.pacta,ff.de contrah.emt.* deinde, quod illud videamus procedere in actione noxali, vbi qualitas ſcientiæ, quamuis non probetur, non vitiat actionem inſtitutam, *l.in delictis,§.ſi detracta,ff.de noxal.act.* Tertio, quod vtile per inutile non vitietur, *l.ſi cui,ff. de legat.1.* atq; hæc qualitas adiicitur, vt cauſſa delicti durior reddatur, *l.4 §.aduerſus,ff.de ſepulcr.violat.l.1.§.fin.ff.de abigeis.* Accedit quarto obſeruatio *l.Celſus,ff. de rec.arbitr.& c.cum dilecti,extr.de dol.& contumac.*

Quinto, quod intentãdo id, quod plus eſt, videatur etiam complecti, quod minus eſt, *l.cum furti,§.1.ff.de in lit.iur.l.bouẽ,§.aliquando,ff.de ædil.edict.* Contrarium tamen pronuntiant hoc loco Cynus *n.3.* cuius ſententiæ † ſubſcribunt Saly *num.1.* Ang.*nu.3.* Si- 5
chard.*n.5.*Iul.Pac.*n.17.* Alberic *n.1.* idemq; de iure ſentit Bald.*n.8.*Marſil.*in l.ſi quis,ff.de quæſt.n.155.* Pet.de Plata *lib.1.delict c.19.nu.8.* Maſcard.*concl.1248.nu.72.cum ſeq. arg.l.Prætor.§.docere,ff.de vi bon.rapt.actione,leg.denuntiaſſe,§.quid tamen,ff.ad leg.Iul.de adult.l.libellorum,ff.de accuſat.l.aut facta, §. qualitate,ff.de pœn.* Et quamuis Alberic *hic circa fin.* expreſſius autem Bald. *n.8.* teſtentur de conſuetudine cõtrarium obſeruari: tamen in quibus locis huiuſmodi mores recepti nõ ſunt, maxime

ximc in caſibus a Bartolo cõmemorandis, *l. denuntiaſſe*, §.*quid tamen*, *n.2 ff.ad l.Iul.de adult*. quem ſequitur etiam Mynſ. *cent.1. obſer. 40.item cent.4.obſ.80.nu.8.* Andr.Gail. *lib.1.de pac.publ.c.13.* Conſtituo etiam & hic locum eſſe nouo iudicio:*l.Cyn.hic n.3. Caſtr.nu.5.Sichard.n.7.Mynſ.& Andr.Gail in locis ſupr.commemoratis.*

Lex, ex perſona. 3.

SVMMARIA.

1 *Tutor ex perſona alterius qui idoneus non ſit, conueniri poteſt.*
2 *Beneficia tutorum & curatorum.*
3 *Quæ dicta ſunt in tutoribus, locum etiam habent in magiſtratibus.*
4 *Controuerſia, quæ hac lege inſinuetur, ſtatus.*
5 *Contutor ſe illa exceptione tueri poterit, quod alter tempore depoſitæ adminiſtrationis ſoluendo fuerit.*
6 *Cui incumbat huius rei probatio.*
7 *An in caſu huius legis de præſenti ſtatu in præteritum præſumatur?*
8 *Quotieſcunque diuitiæ, vel paupertas pro fundamento intentionis allegantur, fides huius rei implenda eſt.*
9 *Argumenta, quibus aſtruatur quod in caſu noſtræ legis, probandũ ſit, quod quis fuit idoneus tempore depoſitæ adminiſtrationis.*
10 *Cur in præſenti conſtitutione non habeatur ratio temporis litis conteſtatæ.*
11 *An procedat argumentum a præſenti ſtatu, ad colligendum, quod ita in præteritum fuerit.*
12 *Ita licet argumentari, hodie inops eſt, ergo antea in ea conditione fuit, non contra: hodie diues eſt, ergo ante multos annos talis fuit.*

DVo pronſitiata ex præſenti lege eliciuntur, ſi gloſſæ credimus. Primo contutorem ex perſona alterius, qui tempore depoſitæ adminiſtrationis ſoluendo fuerit, cõueniri nõ poſſe: deinde coniecturã ſumi ex eo, quod inuenimus, in præteritum. Pro declaratione præſentis materiæ neceſſe eſt, vt nos certo modo præmuniamus. Primo em̃ con-
1 ſtituimus, vnum tutorẽ † ex perſona alterius cõueniri poſſe, *l.tres tutores, ff.de adminiſt. & peric.tut. & cur.l.2. inf.de diuid.tutel.l.1.infr.ſi tutor vel curator non geſſerit, l.6 infr.arbitrium tutelæ.* Secundo admonẽdi ſumus inter eoſ-
2 dem eſſe quædã beneficia, † veluti diuiſionis, *vt l.1.§.etſi quidem, & § ſeq. ff.de tutel.& ratioc.diſtrah.* præterea etiam ordinis, *l.1.inf de diuid.tutel.l.2. inf.ſi tutor vel cur non geſſer.* & alia, de quibus copioſe *l.1.ſupr. de tranſact.*
3 Tertio, ꝙ eadem, quę † dicta ſunt in tutorib. etiam locum vindicent in magiſtratibus, vt ex perſona collegæ alter teneatur, *l.Imperatori1.in prin.l.quid ergo,13.ff. ad municipal.l.3. in prin.l.vlt.§ iidẽ reſcripſerunt, ff.de adminiſt. rer.ad ciuit pert.* His ita prælibatis conſtitue-
mus, Titiũ & Mæuium † cũ Seio auo ſuo tu- 4
telã adminiſtraſſe, vel magiſtratũ geſſiſſe, &
eos poſt mortẽ eiuſdem Seii ex eiuſdẽ perſona conueniri, & quæri, an cogantur, quod nomine ipſius debeatur, exſoluere? Et videbatur, quod hoc neceſſe haberent, *l.2.inf.de diuid.tutel.l.Imperator.ff.ad municip* Ceterũ, cum iidẽ ſeſe poſſint defendere exceptio-
ne, quod auus & collega illorũ, tẽpore † de- 5
poſitæ adminiſtrationis ſoluendo fuerit, *l.1. inf.de diuid.tut.* & quod vitium alienæ ceſſationis ad diſpendium reorum pertinens nõ
ſit: exoritur illa quæſtio, cui probatio † incũ- 6
bat, collegam eo tempore idoneum fuiſſe, vel non fuiſſe? Et videtur, ꝙ ſit actoris, cum tutores beneficium diuiſionis & ordinis habeant, vt dictũ eſt, & quilibet in dubio idoneus præſumatur, *l non prius, ſup.quand.fiſcus vel priuat.item l.cum lege, ff.de probat.* maxime ſi deſideret, vt collega, vel eiuſdem heredes ſuo periculo conueniantur, *l.ſi dubitetur,10. ff.de fideiuſſ.* Accurſ.in verb.*oſtenderitis*, ꝓponit hic, ex præſenti ſtatu in præteritũ præſu-
mi. Sed quomodo † de præſenti ſtatu cõſtet, 7
nõ aperit. Gloſſę accedũt Bal. *n.2.* Bart.*in pr.* Salyc.*n.1.& 2.* Alberic:*n.1.* Caſt.*n.5.* Diſſentit tamen, & melius, meo iudicio exponit hanc legem Ang.*n.2.* aſſerens, quod, quemadmodum actor, ita & reus fundamentum ſuæ intẽtionis ꝓbare debeat. Quotieſcunq;
em̃ diuitiæ, † aut paupertas pro fundamẽto 8
intentionis allegantur, etiam fides huius rei implenda eſt *l.1.§.magiſtratus, ff.de magiſtratib.conueniend.l.paupertas, ff.de excuſat. l.fin.ff. de lib.agnoſc.l.cura, §.deficientium, ff.de mun.& honor.l.ſi vero.§.qui pro rei qualit.& ibid.glo.ff. qui ſatiſd.cog. Ang.in §.hinc nobis, nouell.1. Tiraq.de retract.conſang §.32.gl.1.n.94. Iac.Menoch.lib.6.præſumt.25.nu.14. Alciat.reg.2.præſumt.c.27.n.2. Didac.Couar. var.reſol.lib.2.c.6.* vbi hanc opinionem profitetur cõmunem eſſe. Angelo ſubſcribere videtur Fulgoſ.*in fi. huius legis, item Odofred.nu.3.* apertius autem Donellus *num.3.& 4.* IuliusPac.*num.9.verſ.
vera autem & propria* † idque per *l.4. ff. de* 9
euict. item ſumto argumento a communiter accidentibus. Pro qua deciſione tertio meo iudicio vrget, quod vnuſquiſque, vti dictum eſt, probare debeat fundamentum intentionis ſuæ, *l.1.hoc tit.l.in exceptionib.ff. de excep.* Quarto, quod aduerſetur definitio præſentis legis, quæ probationem exigit, ꝙ fuerit ſoluendo tempore depoſitæ adminiſtrationis. Quinto, ꝙ id haud obſcure inſi-

Digitized by Google

nuet, *l. non eſt neceſſe, ff. de probat.* Sexto, quod non videatur pupillo dari actio in collegam ex perſona præmorientis, ſi illum non ſoluendo fuiſſe oſtenderit: ſed contra potius fundata ipſius intẽtione ſubuenitur reo per exceptionem, ſi probauerit, illum tempore depoſitæ adminiſtrationis idoneum fuiſſe, *arg. l. 1. infr. de diuid. tutel. itẽ l. Titio, 36. §. fin. ff. ad municip.* Septimo, qua opinione ad hunc modum conſtabilita, non puto obſtare, quę ex aduerſo in cauſſam deducta ſunt. Lex enim, *non prius*, non tractat de præſumtione præſentis ſtatus, vt inde coniiciamus, quid præterito tempore obtinuerit: Sed an debitor creditoris conueniri poſſit, cum actor non probauerit intentionis ſuæ fundamentum, quod reus ſoluendo non ſit. Idem etiam dici poteſt de definitione legis, *cum leg. ff. de probat.* Nec eſt, quod rurſum nos moueat, quod ad excludendam actionem ſufficiat, quod quis tempore iudicii accepti, ſoluendo ſit, aut ipſius heredes: quodque cum gloſſa neceſſario fateri debeamus, aui heredes hoc ipſo tempore idoneos non fuiſſe, cum alias tutores habeant beneficium diuiſionis *l. 1. §. nunc tractemus, ff. de tutel. & ratiocin diſtrah. l. fin. infr. de diuidend. tutel.* Solum enim notare voluimus, non fieri illud propter præſumtionem, quæ de vno tempore ad aliud ſumatur, ſed propter naturam con-
10 ditionis. Plus † negotii itaque faceſſere poſſit, cur non habeatur ratio temporis litis cõteſtatæ, vt in fideiuſſoribus. Etenim non ſufficit ad beneficium diuiſionis indulgendũ, quod doceãt, collegam certo temporis ſpatio idoneum fuiſſe, ſed requiritur, vt facultates fideiuſſoris tempore litis conteſtatæ reſpondeant, *l. inter eos, 51. §. 1. ff. de fideiuſſ. & §. ſi plures, Inſtit. eodem tit.* Sed reſponderi poterit, plus fauoris illis impendi, qui ex neceſſitate contractum aliquem ſuſcipiunt, quam ſi ſponte ſe offerant, *l. ſi fideiuſſor, §. 1. ff. qui ſatiſda. teneant. l. poſt mortem, 5. ff. quando ex fact. tutor.* Deinde, quod in tutela & aliis adminiſtrationibus definitum ſit tempus, quo quis debeat adminiſtrationis rationem reddere, veluti finita tutela, *l. 4. ff. de tutel. & ratiocin. diſt. l. ſi tutor, 13. eod. tit.* quod ſane in fideiuſſione dici non poteſt.

His ita digeſtis non abſurdum eſſe videtur, ſi de celebri enuntiatione noſtræ gloſſæ ex præſenti ſtatu capi coniecturam eius, qui fuiſſet, nonnihil diſſeramus. Et gloſſa quidem exiſtimat talem argumentationem re-
11 ſpuendam † non eſſe: *Hodie ſoluendo non eſt,* Ergo *in præteritum non fuit.* Idemque probat Bart. *in lectur. antiq. num. 5. in lectur. noua, in princ. Bald. num. 2. Caſtrenſ. num. 5. Alberic. in princ. Salyc. num. 2. Ioan. Sichard. num. 5. Nicol. Euerh. in loco a tempore ad tempus, Iacob. Menoch. lib. 1. quæſt. 24. num. 41.* Idque argumen. noſtri text. qui meo iudicio parum ad propoſitum faciat, niſi aliter inducatur, quam ipſi induxerint, deinde *l. ſi hi qui, infr. ad leg. Iul. maieſt.* Præterea *l. 1. § ſi magiſtratus, 11. & §. probatio, 13. ff. de magiſtrat. conuen.* Et quidẽ ſi quis nunc temporis † inops deprehenda- 12
tur, non negauerim, eſſe præſumtionem, quod & antea talis fuerit, quod ex contrario ſit præſumtio, illum, qui ſemel locuples fuit, ſequenti tempore talem etiam præſumi, cum quilibet cenſeatur augere facultates ſuas potius, quam diſſipare, *l. ſi defunctus, in fin. infr. arbitr. tutel. Alciat. in tractat. de præſumt. regul. 2. præſumt. 27. num. 1. Menoch. præſumt. lib. 6. c. 25. num. 3.* Quod ſi vero in præſentia diues ſit, non eadem erit collectio, propter rationem diuerſitatis.

De lege quarta diſſeritur, l. cum res, hoc eodem titulo.

Lex, inſtrumenta, 5.

Summaria.

1 *Inſtrumenta domeſtica ſine aliis adminiculis fidem non impetrant.*
2 *Difficultas a l. exemplo, hoc tit.*
3 *Triplex priuatæ ſcripturæ diuiſio.*
4 *Scriptura priuata, quam quis agnoſcit, fidem plenam impetrat.*
5 *Quid ſi quis manũ ſuam, aut prædeceſſoris ſui neget, quomodo huic ſcripturæ fides imponenda? res longa diſtinctione expedita.*
6 *Teſtes de re geſta quod interfuerint deponẽtes, fidem circa ſchedam impetrare.*
7 *Item ſi apocham, vel literas priuatas ſubſcripſerint, & manum recognoſcant.*
8 *Comparationem hoc caſu neceſſariam non eſſe.*
9 *Quod ſi partes chirographum non ſubſcripſerint, ſed duntaxat teſtes, an manum ſuam recognoſcendo, fidem imponant diuerſæ ſententiæ.*
10 *Auctores, & rationes eorum, qui id negent.*
11 *Contrariæ ſententiæ aſſertores, & argumenta.*
12 *Si comparatio literarum cum teſtium aſſertione concurrat, plenam fidem indubitato impetrabit.*
13 *Quid probandum, ſi ſola comparatio ſuffragetur?*
14 *Si priuata ſcriptura etiam ſigilli adminiculum habeat, plenam fidem impetrabit.*
15 *Quid, ſi neget ſigillum, ſe permittente adiectum fuiſſe, ponderatæ diuerſæ Doctorum ſententiæ.*
16 *Si priuata ſcriptura nullum adminiculum habeat, neque comparationis, neque teſtium, ne ſemiplenam quidem fidem obtinebit.*

17 *An*

Digitized by Google

17 *An aliquam præſumtionem conſtituat?*
18 *An apocha vel rationes pro ſcribente fidem faciant.*
19 *Rationes contra ſcribentem probant, ſi illas quis agnoſcat.*
20 *Quid in negante iuris ſit, an comparatio plenam fidem obtineat?*
21 *In rationibus non referre an præſente, an abſente aduerſario exarata ſint, item an quis per ſe illas ſcripſerit, an per alium?*
22 *In cauſſis, quæ pendent ab arbitrio alicuius rationes probare.*
23 *An rationes tutorum & curatorum plenam fidem obtineant, cum diſtinctione Baldi?*
24 *Alia diſtinctio Crauettæ, quam auctor approbat, intereſſe, an erogatio, quæ adſcribitur, ſit verſimilis, an non?*
25 *Concluſio auctoris quæſtionem in nonnullos caſus partientis.*
26 *Tutorum officio incumbere, vt ſecundum conditionem pupilli, & facultates, illum alant.*
27 *Si mercatores in æſtimatione mercium probabilem modum excedant, peritorum iudicio ſtandum erit.*
28 *An libri mercatorum ſemiplenā fidem contineant, vt in ſupplementum quis iurare poſſit?*
27 *Conditiones, quæ a nonnullis Doctoribus hoc caſu requiri ſolent.*
30 *Excuſſi auctores ab Andrea Geil allegati, quod iuramento ſuppletorio locus ſit.*
31 *Iudicis arbitrio committi, an libris mercatorū, & quanta fides accommodanda ſit.*
32 *Quæ in cognitionem veniant, cum iudex arbitrium interponet.*
33 *Conditio perſonæ ante omnia ſpectanda.*
34 *In cauſſa mediocri mercatoris libro credendum, ſi conditiones requiſitæ concurrant.*
35 *Quibus in caſibus mercatorum libro innitendum ſit, ſi ſumma petita ſit magna.*
36 *Si rei euidentia aſſertionem mercatoris cōmendet.*
37 *Si ex conſuetudine plena fides huiuſmodi libris adhibenda ſit.*
38 *Promiſcuam conſuetudinem non eſſe admittendā, ſed quæ certis ex conditionibus ſtabiliatur.*
39 *In articulis connexis fidem in libris mercatorum conſtituendam.*
40 *Exempla eorum, quæ vere connexa videantur.*
41 *Ambigua eiuſdem rei exempla vbi arbitrio iudicis plurimum deferendum.*
42 *In ſeparatis quis vnum probare, & aliud repudiare poteſt.*
43 *Quæ reuera connexa ſint, quæ ſeparata.*
44 *Non poſſe quem ſeparare, quæ certa ratione per ſcripturam coniuncta ſint.*
45 *An in his, quæ proprie ad functionem mercatoris non pertinent, fides ipſius libro, quo aduerſarius vtatur, adhibenda ſit?*
46 *Non idem obtinere, ſi quis aliunde fidem intentionis ſuæ aſtringere velit.*
47 *An ſi in pluribus capitibus rationum veritatem verſari videamus, illis propterea credendum ſit?*
48 *Difficultas circa defenſionem huius ſententiæ.*
49 *An ceſſantibus adminiculis, de quibus antea mentiō facta eſt, mercatorum libris ſemiplena fides, accommodanda ſit, cum auctoribus, qui id aſſerāt, modo concurrant quædam alia adminicula, de quibus ſupra n. 29.*
50 *Animaduerſio Crauettæ in conditiones ab Andrea Geil, & aliis Doctoribus propoſitas.*
51 *Non ſufficere quatuor conditiones, quas ſolas Andreas Geil complectatur, ad conſtituendam ſemiplenam fidem in rationibus.*
52 *Quid ſi rei verſimilitudo commendet aſſertionem mercatoris?*
53 *Arbitrio iudicis relinquendum, quæ conditiones ad conſtituendam ſemiplenam fidem neceſſariæ ſint.*
54 *Epiſtolam fidem contra ſcribentem impetrare.*
55 *An ſi manus epiſtolæ negetur, comparatio plenam fidem faciat.*
56 *An epiſtola pro ſcribente præſumtionem aliquam obtineat?*

CVm variæ probationum ſint rationes, &
inter alias etiā recēſeantur inſtrumēta,
inf. de fid. inſtr. in diſceptationē venit, an in-
ſtrumenta domeſtica, ſiue domeſtica teſta-
tio, vel annotatio, † conueniens teſtimonii 1
pondus obtineat? Et ſola non obtinere, niſi
adminiculis aliis nitantur, præſens conſtitu-
tio declarat. Hic animaduertendum eſt, nō
videri adſtipulandū gloſſæ, Salyceto, & qui-
buſdam aliis Interpretum, qui exiſtimant,
hæc verba, inſtrumenta domeſtica, generis
loco accipienda eſſe: priuatam teſtationem
& annotationem, vt ſpecies ſubiectas eſſe.
Ego cum Donello *hic num. 12.* ſtatuo, decla-
rationem præcedentium verborum Impe-
ratorē ſubnectere voluiſſe, vt ſcilicet aduer-
ſaria propria, vel libelli, quibus memoriæ
cauſſa aliquid committimus, probationem
idoneam, ſine aliis adiumentis non conti-
neant, quod & ipſum inſinuat lex, *rationes*,
quæ ſtatim ſequitur. Sed repugnare videtur
definitio † legis, *exemplo, hoc tit.* ex qua colli- 2
gimus, nullam fidem huiuſmodi annotatio-
nibus accōmodari, etiamſi fiſcus ſit, qui hu-
iuſmodi ſcriptura vtatur, quod & ipſum re-
petitur *l. fin. inter cartulas, de fide inſtr. & iure
haſtæ, lib. 10.*

Pro euidētiori igitur huius materiæ expli-
catione paulo altius hāc quæſtionem repe-
tam, non ſolum an domeſtica inſtrumenta,
ſed an priuata ſcriptura in probationis cauſ-
ſa, auctoritatem, & quam habeat? Qua in diſ-
ceptatione animaduerto Bartolū *in l. admo-
nendi, 31 ff. de iureiur. n. 25.* quē paſſim Docto-
res ſequūtur, triplicē ſcripturæ priuatæ † di- 3
uiſionē introducere: aut enim ait, tractatur
de apocha, aut de rationibus, aut deniq; de
epiſtola, quæ ad aliquem mittatur: & quæri,
an fidem impetret contra illū, qui eandem
exarauit? Et quidē ſi eandē † quis agnoſcat, 4

nuet, *l. non eſt neceſſe, ff. de probat.* Sexto, quod
non videatur pupillo dari actio in collegam
ex perſona præmorientis, ſi illum non ſol-
uendo fuiſſe oſtenderit: ſed contra potius
fundata ipſius intẽtione ſubuenitur reo per
exceptionem, ſi probauerit, illum tempore
depoſitæ adminiſtrationis idoneum fuiſſe,
arg. l. 1. infr. de diuid. tutel. itẽ l. Titio, 36. §. fin. ff.
ad municip. Septimo, qua opinione ad hunc
modum conſtabilita, non puto obſtare, quę
ex aduerſo in cauſſam deducta ſunt. Lex e-
nim, *non prius,* non tractat de præſumtione
præſentis ſtatus, vt inde coniiciamus, quid
præterito tempore obtinuerit: Sed an debi-
tor creditoris conueniri poſſit, cum actor
non probauerit intentionis ſuæ fundamen-
tum, quod reus ſoluendo non ſit. Idem et-
iam dici poteſt de definitione legis, *cum leg.*
ff. de probat. Nec eſt, quod rurſum nos mo-
ueat, quod ad excludendam actionem ſuffi-
ciat, quod quis tempore iudicii accepti, ſol-
uendo ſit, aut ipſius heredes: quodque cum
gloſſa neceſſario fateri debeamus, aui here-
des hoc ipſo tempore idoneos non fuiſſe,
cum alias tutores habeant beneficium diui-
ſionis *l. 1. §. nunc tractemus, ff. de tutel. & ratio-*
cin diſtrah. l. fin. infr. de diuidend. tutel. Solum
enim notare voluimus, non fieri illud pro-
pter præſumtionem, quæ de vno tempore
ad aliud ſumatur, ſed propter naturam con-
10 ditionis. Plus † negotii itaque faceſſere poſ-
ſit, cur non habeatur ratio temporis litis cõ-
teſtatæ, vt in fideiuſſoribus. Etenim non ſuf-
ficit ad beneficium diuiſionis indulgendũ,
quod doceãt, collegam certo temporis ſpa-
tio idoneum fuiſſe, ſed requiritur, vt faculta-
tes fideiuſſoris tempore litis conteſtatæ re-
ſpondeant, *l. inter eos, 51. §. 1. ff. de fideiuſſ. & §.*
ſi plures, Inſtit. eodem tit. Sed reſponderi pote-
rit, plus fauoris illis impendi, qui ex neceſſi-
tate contractum aliquem ſuſcipiunt, quam
ſi ſponte ſe offerant, *l. ſi fideiuſſor, §. 1. ff. qui ſa-*
tiſda. teneant. l. poſt mortem, 5. ff. quando ex fact.
tutor. Deinde, quod in tutela & aliis admini-
ſtrationibus definitum ſit tempus, quo quis
debeat adminiſtrationis rationem redde-
re, veluti finita tutela, *l. 4. ff. de tutel. & ratio-*
cin. diſt. l. ſi tutor, 13. eod. tit. quod ſane in fide-
iuſſione dici non poteſt.

His ita digeſtis non abſurdum eſſe vide-
tur, ſi de celebri enuntiatione noſtræ gloſſæ
ex præſenti ſtatu capi coniecturam eius, qui
fuiſſet, nonnihil diſſeramus. Et gloſſa qui-
dem exiſtimat talem argumentationem re-
11 ſpuendam † non eſſe: *Hodie ſoluendo non eſt,*
Ergo *in præteritum non fuit.* Idemque pro-
bat Bart. *in lectur. antiq. num. 5. in lectur. noua,*
in princ. Bald. num. 2. Caſtrenſ. num. 5. Alberic. in
princ. Salyc. num. 2. Ioan. Sichard. num. 5. Nicol.
Euerh. in loco a tempore ad tempus, Iacob. Me-
noch. lib. 1. quæſt. 24. num. 41. Idque argumen.
noſtri text. qui meo iudicio parum ad pro-
poſitum faciat, niſi aliter inducatur, quam i-
pſi induxerint, deinde *l. ſi hi qui, infr. ad leg.*
Iul. maieſt. Præterea *l. 1. § ſi magiſtratus, 11. &*
§. probatio, 13. ff. de magiſtrat. conuen. Et quidẽ
ſi quis nunc temporis † inops deprehenda- 12
tur, non negauerim, eſſe præſumtionem,
quod & antea talis fuerit, quod ex contra-
rio ſit præſumtio, illum, qui ſemel locuples
fuit, ſequenti tempore talem etiam præſu-
mi, cum quilibet cenſeatur augere faculta-
tes ſuas potius, quam diſſipare, *l. ſi defunctus,*
in fin. infr. arbitr. tutel. Alciat. in tractat. de præ-
ſumt. regul. 2. præſumt. 27. num. 1. Menoch. præ-
ſumt. lib. 6. c. 25. num. 3. Quod ſi vero in præ-
ſentia diues ſit, non eadem erit collectio,
propter rationem diuerſitatis.

De lege quarta diſſeritur, l. cum res, hoc eodem titulo.

Lex, inſtrumenta, 5.

Summaria.

1 *Inſtrumenta domeſtica ſine aliis adminiculis fidem non impetrant.*
2 *Difficultas a l. exemplo, hoc tit.*
3 *Triplex priuatæ ſcripturæ diuiſio.*
4 *Scriptura priuata, quam quis agnoſcit, fidem plenam impetrat.*
5 *Quid ſi quis manũ ſuam, aut prædeceſſoris ſui neget, quomodo huic ſcripturæ fides imponenda? res longa diſtinctione expedita.*
6 *Teſtes de re geſta quod interfuerint deponẽtes, fidem circa ſchedam impetrare.*
7 *Item ſi apocham, vel literas priuatas ſubſcripſerint, & manum recognoſcant.*
8 *Comparationem hoc caſu neceſſariam non eſſe.*
9 *Quod ſi partes chirographum non ſubſcripſerint, ſed duntaxat teſtes, an manum ſuam recognoſcendo, fidem imponant diuerſæ ſententiæ.*
10 *Auctores, & rationes eorum, qui id negent.*
11 *Contrariæ ſententiæ aſſertores, & argumenta.*
12 *Si comparatio literarum cum teſtium aſſertione concurrat, plenam fidem indubitato impetrabit.*
13 *Quid probandum, ſi ſola comparatio ſuffragetur?*
14 *Si priuata ſcriptura etiam ſigilli adminiculum habeat, plenam fidem impetrabit.*
15 *Quid, ſi neget ſigillum, ſe permittente adiectum fuiſſe, ponderata diuerſa Doctorum ſententiæ.*
16 *Si priuata ſcriptura nullum adminiculum habeat, neque comparationis, neque teſtium, ne ſemiplenam quidem fidem obtinebit.*

17 *An*

Digitized by Google

17 *An aliquam præſumtionem conſtituat?*

18 *An apocha vel rationes pro ſcribente fidem faciant.*

19 *Rationes contra ſcribentem probant, ſi illas quis agnoſcat.*

20 *Quid in negante iuris ſit, an comparatio plenam fidem obtineat?*

21 *In rationibus non referre an præſente, an abſente aduerſario exarata ſint, item an quis per ſe illas ſcripſerit, an per alium?*

22 *In cauſſis, quæ pendent ab arbitrio alicuius rationes probare.*

23 *An rationes tutorum & curatorum plenam fidem obtineant, cum diſtinctione Baldi?*

24 *Alia diſtinctio Crauettæ, quam auctor approbat, intereſſe, an erogatio, quæ adſcribitur, ſit veriſimilis, an non?*

25 *Concluſio auctoris quæſtionem in nonnullos caſus partientis.*

26 *Tutorum officio incumbere, vt ſecundum conditionem pupilli, & facultates, illum alant.*

27 *Si mercatores in æſtimatione mercium probabilem modum excedant, peritorum iudicio ſtandum erit.*

28 *An libri mercatorum ſemiplenã fidem contineant, vt in ſupplementum quis iurare poſſit?*

27 *Conditiones, quæ a nonnullis Doctoribus hoc caſu requiri ſolent.*

30 *Excuſſi auctores ab Andrea Geil allegati, quod iuramento ſuppletorio locus ſit.*

31 *Iudicis arbitrio committi, an libris mercatorũ, & quanta fides accommodanda ſit.*

32 *Quæ in cognitionem veniant, cum iudex arbitrium interponet.*

33 *Conditio perſonæ ante omnia ſpectanda.*

34 *In cauſſa mediocri mercatoris libro credendum, ſi conditiones requiſitæ concurrant.*

35 *Quibus in caſibus mercatorum libro innitendum ſit, ſi ſumma petita ſit magna.*

36 *Si rei euidentia aſſertionem mercatoris cõmendet.*

37 *Si ex conſuetudine plena fides huiuſmodi libris adhibenda ſit.*

38 *Promiſcuam conſuetudinem non eſſe admittendã, ſed quæ certis ex conditionibus ſtabiliatur.*

39 *In articulis connexis fidem in libris mercatorum conſtituendam.*

40 *Exempla eorum, quæ vere connexa videantur.*

41 *Ambigua eiuſdem rei exempla vbi arbitrio iudicis plurimum deferendum.*

42 *In ſeparatis quis vnum probare, & aliud repudiare poteſt.*

43 *Quæ reuera connexa ſint, quæ ſeparata.*

44 *Non poſſe quem ſeparare, quæ certa ratione per ſcripturam coniuncta ſint.*

45 *An in his, quæ proprie ad functionem mercatoris non pertinent, fides ipſius libro, quo aduerſarius vtitur, adhibenda ſit?*

46 *Non idem obtinere, ſi quis aliunde fidem intentionis ſuæ aſtringere velit.*

47 *An ſi in pluribus capitibus rationum veritatem verſari videamus, illis propterea credendum ſit?*

48 *Difficultas circa defenſionem huius ſententiæ.*

49 *An ceſſantibus adminiculis, de quibus antea mentio facta eſt, mercatorum libris ſemiplena fides, accommodanda ſit, cum auctoribus, qui id aſſerãt, modo concurrant quædam alia adminicula, de quibus ſupra n.29.*

50 *Animaduerſio Crauettæ in conditiones ab Andrea Geil, & aliis Doctoribus propoſitas.*

51 *Non ſufficere quatuor conditiones, quas ſolas Andreas Geil complectatur, ad conſtituendam ſemiplenam fidem in rationibus.*

52 *Quid ſi rei veriſimilitudo commendet aſſertionem mercatoris?*

53 *Arbitrio iudicis relinquendum, quæ conditiones ad conſtituendam ſemiplenam fidem neceſſariæ ſint.*

54 *Epiſtolam fidem contra ſcribentem impetrare.*

55 *An ſi manus epiſtolæ negetur, comparatio plenam fidem faciat.*

56 *An epiſtola pro ſcribente præſumtionem aliquam obtineat?*

CVm variç probationum ſint rationes, &
inter alias etiã recẽſeantur inſtrumẽta,
inf. de fid. inſtr. in diſceptationẽ venit, an in-
ſtrumenta domeſtica, ſiue domeſtica teſta-
tio, vel annotatio, † conueniens teſtimonii 1
pondus obtineat? Et ſola non obtinere, niſi
adminiculis aliis nitantur, præſens conſtitu-
tio declarat. Hic animaduertendum eſt, nõ
videri adſtipulandũ gloſſæ, Salyceto, & qui-
buſdam aliis Interpretum, qui exiſtimant,
hæc verba, inſtrumenta domeſtica, generis
loco accipienda eſſe: priuatam teſtationem
& annotationem, vt ſpecies ſubiectas eſſe.
Ego cum Donello *hic num.12.* ſtatuo, decla-
rationem præcedentium verborum Impe-
ratorẽ ſubnectere voluiſſe, vt ſcilicet aduer-
ſaria propria, vel libelli, quibus memoriæ
cauſſa aliquid committimus, probationem
idoneam, ſine aliis adiumentis non conti-
neant, quod & ipſum inſinuat lex, *rationes*,
quæ ſtatim ſequitur. Sed repugnare videtur
definitio † legis, *exemplo, hoc tit.* ex qua colli- 2
gimus, nullam fidem huiuſmodi annotatio-
nibus accõmodari, etiamſi fiſcus ſit, qui hu-
iuſmodi ſcriptura vtatur, quod & ipſum re-
petitur *l. fin. inter cartulas, de fide inſtr. & iure
haſtæ, lib.10.*

Pro euidẽtiori igitur huius materiæ expli-
catione paulo altius hãc quæſtionem repe-
tam, non ſolum an domeſtica inſtrumenta,
ſed an priuata ſcriptura in probationis cauſ-
ſa, auctoritatem, & quam habeat? Qua in diſ-
ceptatione animaduerto Bartolũ *in l. admo-
nendi, 31 ff. de iureiur. n.25.* quẽ paſſim Docto-
res ſequuntur, triplicẽ ſcripturæ priuatæ † di- 3
uiſionẽ introducere: aut enim ait, tractatur
de apocha, aut de rationibus, aut deniq; de
epiſtola, quæ ad aliquem mittatur: & quæri,
an fidem impetret contra illũ, qui eandem
exarauit? Et quidẽ ſi eandẽ † quis agnoſcat, 4

non dubito, fidẽ rei geſtæ inde impleri poſ-
ſe, *l. Publia, §. final ff. depoſit.* qui §. licet de epi-
ſtola loquatur: tamen etiã procedit in cau-
tione, quæ ſolutæ pecuniæ nomine ſubſecu-
ta ſit, cum eadem ſit ratio. Eodemq; referri
poſſunt, *l. fin. §. Titius, ff. de cond. indeb.* quæ de
apocha commeminit, *l. qui tabulas, 27. §. apo-
cha, ff. de furt. l. Titium & Meuium, 47. ff. de ad-
miniſtr. & peric. tut. & curat.* Quod ſi vero is,
contra quẽ huiuſmodi apocha producitur,
5 † neget illã a ſe vel prædeceſſore ſuo ſcriptã
eſſe, quantã fidẽ impetrare debeat, ſatis in-
tricatæ quæſtionis eſt. Referre igitur ſtatui-
mus, an teſtes deponant, rem, vt in apocha
cõprehenſum eſt, ſe habere, quod rei geſtæ
6 interfuerint. Tũc enim nullum † adminicu-
lum requiremus, cum duo teſtes ſufficiant,
*l. vbi, ff. de teſtib. l. fin. ſup. de reb. cred. & iureiur.
per arg. a ſpeciali, l. in exercendis, infr. de fid. inſtr.
Bart. in l. etſi contractus, inf. de fid. inſtr. nu. 6. &
ibid. Puteus in apoſtill. Salyc. ib. n. 13. Io. Bapt. de S.
Seuerin. in l. admonẽdi, ff. de iureiur. in 10. concl.
& ib. Purp. n. 170. poſt Curt. & Caccialup. & alios
ab eo allegatos*, aſſerens, hãc opinionẽ cõmu-
nem eſſe. *Did. Couarr. pract. quæſt. c. 22. n. 1.*
7 Quod ſi † vero teſtes de re geſta nihil cõ-
pertum habeant, tũc intereſſe cõſtituimus,
an apocha ſubſcripta ſit a parte ipſa, & tribus
teſtibus, & hi teſtes contendant, ſe vidiſſe,
quod eadẽ ſcriptura manu ipſius partis con-
fecta fuerit: quamuis ignorent, quid apocha
contineat. Tũc enim illam ſcripturam pro-
bare puto, ſi tamen recognoſcant ſubſcri-
ptionem ſuam, *Bart. d. l. admonendi, num. 26.
Bald. ibid. n. 16. Caſtr. n. 42. Alex. n. 31. Iaſ. nu. 88.
Phil. Corn nu. 17. Ludou. Roman. nu. 55. Alberic.
nu. 2. verſ. & quoad præſens breuiter dic. Schrad.
ibid nu. 256. Didac. Couarr. pract. quæſt. c. 22. n.
4. Abbas in c. 2. extr. de fide inſtr. nu. 5. Felin. ibid.
n. 2. Maſcard. concl. 1294. n. 28.* Addidi, ſi reco-
gnouerint ſubſcriptionem. Nam ſi illud fa-
ctum nõ eſſet, huiuſmodi ſcriptura plenam
fidem non conſtitueret, *d. l. ſcripturas. inf. qui
potior. in pigno. ſunt.* Et quamuis hoc caſu qui-
8 dam † comparationem ſcripturæ etiam re-
quirant: tamen illam non eſſe neceſſariam,
tradiderunt idem Bart. & alii a nobis relati,
quam ſententiam communem eſſe, profite-
tur Did. Couarr. *loco ſupra alleg.* quibus acce-
dunt Calcan. *conſ. 29. nu. 16. Aret. conſ. 64. circa
fin. Ant. de Butr. in c. ſcripta, nu. 4 extr. de fide in-
ſtrum. Purpur. in d. l. admonendi, nu. 163. Bald. in
auth. ſed nouo iure, C. de reb. cred. num. 8. Panor.
in c. 2. de fide inſtrum. n. 5. Felin. nu. 2. Imol. in d.
c. 2. nu. 10. Dec. nu. 3.* idque aperte conuincere
videtur *d. l. ſcripturas.* Cum enim teſtes, qui
ſubſcripſerunt, hoc modo errare nequeant,
non video, quomodo ſuperuacua probatio
requiritur contra *c. 2. extr. de probat.* Admitti
ita ſententia contraria poſſet, ſi ſtatuamus
chartam fuiſſe, quæ ſeparari poſſet a ſubſcri-
ptione: aut ſi quis ad cõparationem propter-
ea prouocaret, quod cõtenderet, literas ibi-
dem exaratas non conuenire cum manu a-
ctoris. Salua igitur eſt aduerſario hæc ipſa al-
legatio, nec puto neceſſarium eſſe, vt ad cõ-
ſtituendam fidem nulla quæſtione mota, v-
trumque interueniat.
Tertius caſus eſt, cum † ſcriptura a ſolis 9
teſtibus ſubſcripta eſt, hoc caſu Bart. *d. l. ad-* 10
monendi, nu. 26. Phil. Corn. *ibid. nu. 17.* Alber.
n. 2. verſ. aut non habet. Abb. *d. c. 2. n. 4.* Felin. *n.*
2. Purpur. *d. l. admonendi, nu. 170.* Ludou. Ro-
man. *n. 55.* Ripa *ibid. nu. 10.* vbi teſtatur de o-
pinione communi, quemadmodum etiam
Purp. *n. 170.* qui talem ſententiam magis cõ-
munem pronuntiat. *Ioſ. Maſcard. concl. 285.
n. 3. Bald. in auth. ſed nouo iure, ſupr. de reb. cred.
n. 8.* Ang. *in l. comparationes, infr. de fid. inſtr. n.
10.* defendunt talem ſcripturam plenam fi-
dem, non conſtituere, idque auctoritate *d. l.
ſcripturas, infr. qui potior. in pignor. ſunt.* quæ
partium ſubſcriptionem quoque requirit,
quorum auctoritas, quamuis magni ſit mo-
menti: me tamen non pœnitet illorum ſen-
tentiam amplecti, qui ſtatuant, hoc † caſu 11
idem probandum eſſe, quod in priori, *vt gl.
d. c. 2. & ibid. Imol. n 7 poſt Io. Andr. & Hoſtien.
Roman. in l. admonendi, n. 55. Alex. nu. 31 Curt.
iunior nu. 35. Iaſ. in ſua repet. num. 88.* vbi illam
opinionem communem dicit, *Schrader. nu.
256. Did. Couarr. pract. quæſt. c. 22. num. 4. verſ.
quamobrem, licet Bart. ſibi contrarius in authen.
at ſi contractus nu. 8.* Cyn. & Iacob. de Rauen-
na relati a Fulgoſio *ibid. n. 4.* Alex. *conſ. 181. n.
3. lib. 2. incip. in cauſſa vitæ, poſt Ioan. ab Imol. &
Ludouic. Rom. ab illo allegatos, Aret. conſ. 64. in fi.
Calcan. conſ. 29. nu. 16.* quod non videatur eſſe
cauſſa, hos duos caſus ſeparandi, cum vtro-
bique teſtes certi de facto ſuo eſſe poſſint.
Neque obſtare *d. l. ſcripturas*, aut, *d. §. ſi quis
igitur nouell. de inſtrum. cautel. & fid.* quod ex
ſuperabundanti illud ibidem conſtitutum
videatur, vel, *vt commeminit Did. Couarr. d. c.
22. n. 5.* illud obtineat, ſi præiudiciũ tertii cre-
ditoris intueamur. Porro, & hoc caſu repe-
tendum exiſtimo, quod ſuperiori comple-
xus ſum, melius eſſe, ſi vtrumq; intercedat,
ſi tamen hoc per errorem omiſſum ſit, te-
ſtium depoſitionem videri ſufficere.

Quar-

12 Quartus caſus eſt, quod ſi teſtium † depoſitio cum ipſa comparatione concurrat, tũc plenam fidem huic ſcripturæ accõmodari tradunt Bart. *d.l.admonendi, nu.26. Iaſ.in ſua rep.n.88. Alex.n.30. Purp.n.168.* vbi ait omnes in hoc Bartolo adſentiri, *arg.§.ſi quis igitur, de inſtrum.cautel.& fid.*

13 Quintus caſus eſt, ſi ſola † cõparatio literarum ſuffragetur. Nam hic ſolam ſemiplenam fidem locũ habere conſtituit ipſe Bart. *d.l.admonendi, n.26. Purp n.170. Corn.nu.17. Alex.n.31. Lud. Rom.n.55. Ang.n.6. Bald.nu.16. Saly.n.10. Caſt.n.42. Iaſ.in ſua rep. n.88. Schrad. n.256. verſ.quartus caſus eſt. Maſcar. concl.330. n.7. Rol.a Vall.conſ.27.n.12.vol 1. Fel.in c.2.ext. de fid.inſtr.n.14. Alex.conſ.76.lib.3.n.3. Did.Couarr.pract.quæſt.c.22.n.6.* contendens ita intelligendã eſſe gloſſ. *in d.l.admonendi,* vt ſcilicet regulare ſit, quod vbi ſcriptura coadiuuatur auxilio cõparationis & recognitionis teſtium, ad minus ſemiplenã fidem impetret. Ceterum repugnare videtur, quæ idem Bart. mox ſubiicit, quod tanta vis poſſit eſſe teſtium, vel comparationis literarum, quod ei daretur plena fides, idque inde conſtare poſſit, quod ſi teſtes cum literarum comparatione non conueniant, Iudex adhibere fidem queat, vel comparationi literarum, vel teſtibus, *argum. §.ſi vero aliquid tale, nouell de inſtr.cautel.& fid. Franc.Purpur.ibid. num.171. Alex.nu.31. verſ. bene eſt verum. Alber. num.2. verſ.ſed ſi teſtes & comparatio. Philip. Corn. nu. 17. Iaſ.n.89. Roman.n.61. Iacob. Menoch.arbitr. quæſt lib.2. caſu 114.n 9. Angel.l.comparationes, infr. de fide inſtrum. nu.10. Franc. Viuius in theſaur.commun.opin. in verbo, comparatio literarum, Franciſc.Curt.in l.admonendi nu.118. Ripa num.113. Cato Saccus num.44. Maſcard.concluſ. 330.num.20.* conſtituentes illud procedere, ſi literæ omnimodam, vt loquuntur, ſimilitudinem habeant, & hoc caſu non eſſe correctam legem *comparationes, infr. de fide inſtr.* vbi eadem de re latius diſſerimus, quamuis Salyc *ibid.n.10.* etiam locũ hoc caſu ſemiplenam probationem ſolam habere cõſtituat.

14 Sextus caſus eſt, cum ſcriptura priuata † etiam ſigilli adminiculum habet. Hoc enim caſu plenam fidẽ in huiuſmodi documentis conſtituendam affirmant Paul.Caſtr. *hic num.42. Purp.num.177. Panorm.in c.2. extr.de fide inſtrument.num.8. Felin.ibid.num.37. verſ. tertio generaliter, Schrad. in d.l.admonendi, nu. 188. Bald. in l.in bona fidei, num.5. ſupr. de rebus credit. & iureiuran. Specul.in §.final. tit.de probat.num.14. Maſcard.concl.1302. Cato Saccus in l.admonendi, n.74. Burſat.conſ.39.nu.26. vol.1. Ant.Gabr. in ſuis concluſ.comm. tit. de præſumt. concluſ.4.in princ.* Et hæc quidem ſententia ſcrupulo caret, ſi ſtatuamus, ſigillum voluntate contrahentis, adiectum fuiſſe. Quod ſi vero neget, ſe permittente id factum eſſe, 15
tũc quidem, ſi appareat, verum eſſe ſigillum ipſius, diuerſæ Doctorum ſunt opiniones. Quod enim in dubio ſigillũ probet, videntur innuere *l.2. infr.de reb.al.non alien. item l. ſi procuratores, ff.de procurat. c tertio loco, extra, de probat. item argum l.rura, C de omni agro deſert.lib.11. & l.cenſus, infr.de probat.* cum ſcilicet hoc caſu videatur ſigillum eius voluntate adiectum, *Dec.in c.tertio loco, extr.de probat. num.8. Crauett. de antiq.temp. ſection. quæritur etiam, numer.46. Maſcard.d.concluſ.1302. vbi plures recenſet. Panorm in c.2. extr. de fide inſtr. Bald. in l.2. ff. quemad. teſt. aper.* Et quamuis repugnent Didac. Couarr. *pract.quæſt.c.22. num.9.* Iacob. Menoch. *arbitr. quæſtio. lib 2. caſu 113. num.3.* tamen idem Menoch. *in ſuis præſumt. lib.2. c.58. num.1.* multis auctoritatibus relatis contrarium cõſtituit: quo referri poſſunt Ant.Gabr. *commun. concluſ.lib.1. tit. de probat.c.4 nu.12.* & auctores ab eodem relati. Admitti autem contraria ſententia poſſet in domeſtico, *arg.l.1.§.ille, infr. de latin.libert.toll.verſ.ſed ne furandi.* Porro in præſenti quæſtione minus difficultatis eſſe cõſtituo, quodque hic duo adminicula concurrant, comparatio ſcilicet priuatæ ſcripturæ, & ſigillum.

Septimus caſus eſt, quo ſcriptura † priua- 16
ta, quæ quidem negetur, nullum adminiculum habeat, neque comparationis, neq; teſtimonii. Hoc caſu exiſtimat Bartol. *d.l.admonendi, num.26.* poſt gloſſam, quam allegat, neque plenam, neq; ſemiplenam inde naſci probationem: ſed tamen aliqualem conſtituere † præſumtionem. *Caſtr ibid.n.42. A-* 17
lex.n.31. Iaſ.in ſua repet.n.89. poſt Fulg. Iacob.de Bellouiſo, & alios ab eodem allegatos, Corn. ibid. num.17. Alberic.nu.2. Purpur.nu.183. vbi ait, illud communiter tenere. Diſſentit tamen Curtius iun. *in d.l.admonendi, n.36. Dec.in c.2. num.8. Carol.Molin.in conſuet.Pariſ.tit.1.c.5.n.11.* idque argum. *c.2. extr.de fide inſtrum.* Vnde ex re conſtituendum eſſe exiſtimo, & ex cõparatione perſonarũ, aliiſq; circumſtantiis *l.iubemus, inf.hoc tit.& l.vbi, infr.ad l.Cornel. de falſ.* an aliquid præſumtionis habere debeat, an contra de falſo ſuſpecta ſit, quod facilius admitterem, ſi hæc ſcriptura ab aliis ſubſcripta eſſet, & nullorũ man' reſpõderet.

18 Quod ad ſecundam † quæſtionẽ attinet, *an huiuſmodi apocha pro ſcribente aliquã fidem complectatur*, ſuperuacuum eſt quærere, cum hæc res pernitioſi exempli eſſe videatur, *l. exemplo, hoc tit.* Aliud dicendum eſſet, ſi de libro rationum tractetur, circa quẽ duo principaliter videntur in diſceptationem dedu-
19 cenda: an rationes idoneã † probationem contra ſcribentem præſtent? deinde an intentionem ſcribentis adiuuent? Primo caſu nõ putamus eſſe difficultatem, ſi quis fateatur, illas rationes manu ſua ſcriptas eſſe, cum huiuſmodi confeſſio idoneam probationẽ habeat, *l. generaliter, inf. de excep. non num. pec. Accedunt l. Publia, §. fi. ff. de poſ. & l. fin. inf. arbit. tutel. cũ aliis legib ſupr. a nobis allegatis.* Quod ſi ſi vero quis neget rationes manu ſua exaratas eſſe, cõparationi res cõmittetur, *l. cõpara-*
20 *tionis, inf. de fid. inſt.* † quæ quidẽ auctore Bartolo *d. l. cõparationes, nu. 9.* plenam fidẽ impetrabit, negante, eandẽ legem per auth. ſubſequentẽ emendatam eſſe, *Did. Couar. pract. quæſt. c. 22. n. 5.* qui hanc ſententiam cõmuniter receptam tradit, *idem Bart. l. admonendi, n. 29. ff. de iureiur. Alex. ibid nu. 38. Iaſ. ibid. in repet. ſua num. 131. Schrader. ibid. num. 266. verſi. hic tamen primus caſus.* Qua in re non diſtin-
21 guitur, † vtrũ quis præſente, an abſente aduerſario rationes cõſcripſerit, modo tamen cauſſam debiti expreſſam habeant, *l. nuda, ff. de donationib. l. cum precum, infr. de liberal. cauſ. l. cum de indebito, § fin. ff. de probat. c. ſi cautio, extr. de fide inſtrum. Bartol. d. l. nuda, num. 1. Scrader. d. l. admonendi, nu. 266. Iaſ. nu. 115.* Neque etiam intereſt, vtrum per ſe, an vero per alium, hunc librum rationum curauerit cõcinnari. *Iaſon d. l. admonendi, nu. 113. arg. l. cum mandato, ff. de minor. & l. ſi quis teſtibus, ff. de teſtib.* cum omne illud, quo vtor, & quod apud me eſt, mandato, vel conſenſu meo ſcriptũ videatur. Allegat idem Iaſon pro confirmatione huius opinionis, *l. cenſus ff. de probatio. authent. ad hæc, C. de fide inſtrum. l. fin. C. arbitr. tutel. l. ne in arbitris, ſupr. de recept. arbitr. Accedunt Ioan. Andreas in addit. ad Speculat. §. nunc dicendum, de inſtrum. edit. Abbas in cap. 2. de fide inſtrum.* Eadem concluſio quoque procedit, etiamſi liber rationum careat die & conſule, *arg. l. cum tabernam, §. fin. ff. de pignor. Iaſon d. l. admonendi, num. 115. poſt Ioan. Andr. & Anton. de Butrio, ab eodem allegatos, Schrad. num. 266.*

Secundo vero membro, cum tractatur, *an ipſi ſcribenti etiam ſuffragetur*, diuerſi caſus conſtituendi ſunt. Etenim ſi controuerſia ſit de his, quæ ab ipſius arbitrio † pende- 22
re ſolent, veluti in quæſtione, an auia, vel ſimilis perſona, quæ ratione affectionis aliquando donare præſumitur, ſi adminiſtret bona nepotis ſui, videatur alimenta, vel alias impenſas de ſuo, vel de bonis nepotis præſtitiſſe. Hic enim rationes ipſius auiæ omnem difficultatem expedire poterunt, *leg. Neſennius, ff. de negot. geſt. & ibidem Gloſſa, Bartolus, Caſtrenſis numer. 2. Albericus in l. admonendi, numero 2. verſicul. nec obſtant prædictis, Bartol. ibidem 26. Alexand. num. 34. Iaſon num. 112.* vbi ait, Doctores magis communiter cum hac opinione tranſire. *Purpur. num. 191.* pariter hanc ſententiam communem renuntians, *Philip. Corn. num. 18. Curt. num. 101. Ripa num. 122. Ioſeph. Maſcard. concl. 975. num. 72. vbi plures recenſet, Panorm. in c. 2. extr. de fide inſtrum. nu. 9. Felin. ibidem numer. 22.* Secundus caſus eſt in tutoribus, & curatoribus, & aliis adminiſtratoribus, qui ex cauſſa officii ſui rationes componere coguntur, *l. 1. §. de officio, ff. de tutel. & ration. diſtrah.* His enim iudicem inniti poſſe, videtur innuere *l. Lucius, 46. ff. de adminiſtr. & peric. tut.* in hæc verba: *Tutelæ iudicio tutor conuentus edidit librum rationum, & ſecundum eum condemnatus, ſoluit.* † Sed diſceptationis eſt, 23
an quod ſufficiat momenti in cauſſa probationis, hæ rationes obtineant? Etenim Baldus *in l. id quod pauperibus, C. de epiſcop. & cleric. numer. 39 & ſequent. Iaſon in l. admonendi, num. 126. Andreas Tiraquell. in tractat. de iudic. in rebus exig. ferend. verſic. ex hoc fit, vt expenſæ minutæ. Maſcard. concluſ. 975. num. 60. Bartol. in l. diuus, in fin. ff. ſi cui plus quam per legem Falcidiam liceat, idem Bartol l cum primis, C. de nauicular. lib. 11. gloſſ in l. nulli, C. de epiſcopis & cleric. in verb. licentiam, argum. l. ſi quis in pignore, 26. ff. de pignor. action. §. fin. & l. 1. in fin. ff. de ventr. inſpic.* id duntaxat in mediocri ſumma admittunt. Contrarium tamen videntur arguere verba *l. Lucius, §. tutelæ*, ſupra a nobis allegata. Qua de cauſſa etiã diſſentit Crau.
† in tract. de antiq. tẽp. ſect. quarto limitatur, lib. 1. nu. 29. Corn. conſ. 81. Abb. conſ. 36. lib. 2. quos refert & ſequitur Ioſ. Maſcard. d. concl. 975. nu. 63. 24
Ceterum idem Crauetta eo caſu requirit, vt erogatio, quæ adſcribitur, ſit veriſimilis. Quid enim, ſi tutor vel curator alimenta pupilli in rationes contulerit, & eadem aſſurgant ad non mediocrem ſummam, quæ tamen veriſimilis ſit, cum minor prætexere non poſſit, ſe vento ſaginatum? *l. final. ff. de aliment. pupill. præſtand.* Quid ſi inſtaura-

uerit

Digitized by Google

uerit ædes, magnasque impẽſas eius rei no-
mine fecerit? Hoc enim caſu aſſertionem
tutoris rationibus factam, impetrare fidem,
modo iureiurando illud declarare paratus
ſit,arguit *l.penult*, §.*2. verſic.quod ſi aliqua du-
bitatio,de donat*. Nec puto his & ſimilibus ca-
ſibus, de quibus Crauetta videtur loqui, id
Doctores alios negaturos fuiſſe,cum Baldus
in rubr.de fid inſtrum. n.63. id etiam ſatis inſi-
nuet. Nec mirum, cum impenſæ hoc modo
probentur per rei euidentiã, idemq; aperte
probat Iaſ.*in rep. l.admonendi, ff. de iureiur.n.
125. Scbra. ib. n.268. verſ.quarto prædicta cõclu-
ſio fallit. Franc.Purpur.nu.203.Felin.in cap.ſcri-
pta,extr. de fide inſtrum. num.23. poſt Anton.
de Butr. Abbat. Ioan. Andr. ab eodem allegatos.*
Vnde hoc caſu omnia illa adminicula, quæ
ſeptem numero Maſcardus recenſet, quod
ſcilicet hæ rationes habeant data, & acce-
pta; quod adſit deſignatio temporis; quod
concurrat iuramentum ſcribentis; quod il-
lud procedat in alia difficultate probatio-
nis; quod cauſſam complectatur; quod res
pertineat ad adminiſtrationem; quod ſit ve-
riſimilis; item, vt perſona ſit fide digna; mi-
nime in ſolidum requirerem, ſed ſtatuerem
ex re ſufficere etiam pauciores cõditiones.
Quid enĩ, ſi tutor vel curator iam in fata cõ-
ceſſit, vt huiuſmodi iuſiurandum amplius
præſtari nequeat? Quid ſi nullus dies adie-
ctus ſit, cum de opere conſtet? Quid ſi cum
alias probationes haberet, ex imperitia ſuo
tempore illas non produxerit?

25 Concluſio igitur † mea eſt, in re parui
momenti, aut nõ magnę quantitatis, ratio-
nes ſufficere cum iureiurando coniunctas,
ſi illud exigatur, *arg.l.theſaurus, ff. ad exhiben.
item d.l.fin §.pen. infr.de donat. l.Lucius, §.tu-
telæ,ff.de adminiſt.& peric.tut.& curat.* In ma-
gnis autem illud ita demũ procedere, ſi vr-
gẽs rei veriſimilitudo hoc ſuadeat, quod vi-
dentur probare duæ vltimæ leges a nobis
allegatæ, & *l final. infr. de aliment. præſtand.*
Poſſet tamen huiuſmodi præſumtio per a-
lias probationes vel præſumtiones elidi, *arg.
l.2.ſupr.de negot.geſt.* Quod ſi tamen contro-
uerſia ſit de æſtimatione rerum, aut modo a-
limentorum, hic nõ; quamuis adſertionem
tutoris aut curatoris ſufficere arbitrarer: ſed
illam conſtituendam eſſe ex probabili ra-
tione eorum, qui eiuſdem conditionis vi-
deantur, *argum.cap.quiſquis, diſt.41.cap. quod
dicit dominus, eod.item l.ſi filiæ, 43. ff.de legat.3.
l.cum plures, 12 §.nimium, §.cum tutor, ff.de ad-
min. & peric.tut. l.2.§.modus, & l.3.§.modum,
& §.ante oculos, ff. vbi pupillus educar. deb.l.ſi fi-
liæ,43.ff.de leg.3.* Neque obſtare puto illa, quę
commemorat Maſcard.*concluſione 975.num.
33.* quod ſi conſtet de ſubſtãtia debiti, & quæ-
ſtio eſſet de pretio, quod tunc libris merca-
torũ ſtetur. Duplex n. reſponſio hanc diffi-
cultatem expediet. Prima, quod alia ſit tu-
toris cauſſa, alia mercatorum. Tutorum enĩ
officio † incumbit, vt ſecundum qualitatem 26
pupilli, vel minoris, & facultates ipſius, atq;
conſuetudinem eorum, qui eiuſdem digni-
tatis vel conditionis ſunt, alimenta ſuppedi-
tent, *d.l.12. & l.13. ff. de admin. & peric.tutor.
item d.l.3.§.modum, cũ §.ſeq. ff. vbi pupill.edu-
car.deb.item l.officio, eod.tit.* Idem porro in a-
liis ſumtibus, qui fortaſſe circa rei neceſſariæ
inſtaurationem proceſſerunt, peritorum in
eo genere iudicium exquirerem, vt ipſi iu-
ſtum pretium conſtituerent, *argum l. hac e-
dictali, C.de ſecund.nupt.§.his illud, item l.1.§.6.
ff ſi cui plus quam per legem Falcidiam.* Altera
reſponſio eſt, quod etiam † in mercatori- 27
bus, ſi in mercibus ſuis æſtimandis probabi-
lem modum excedant, idem quoq; reme-
dium, vt peritorum pronuntiatione diſce-
ptatio componatur, adhibendum eſſe pu-
tem. Idque arg. *d.§.his illud, item l.pretia re-
rum, 63. ff.ad legem Falcid. l.ſi ſeruum, 33. ff.ad le-
gem Aquili.* Vnde etiam Crauetta *in tractat.
de antiquit.tempor.part.ſect.vidimus, & abun-
de num.15.* negat, hoc caſu iuramentum cre-
ditoris ſufficere, modo debitor confeſſus ſit
ſubſtantiam debiti. Nam cum hoc caſu de-
bitor non ſit in dolo, iuramento rem expe-
diri non poſſe, vt ante illum pronuntiauit
Purpuratus *in l.admonendi, ff. de iureiurand.
numero 265.*

Vnde alia quæſtio exoritur, *quid reſpon-
dendum ſit de libris mercatorum, an & his fides
accommodanda ſit?* Non eſſe colligitur ex *l.
exemplo, hoc tit. l.inter cartulas, infr.de fide in-
ſtru.& iure haſtæ, c.2.extr.de fid inſtr.* † Andr. 28
Gail obſeru. *lib2.c.20.* exiſtimat, huiuſmodi
rationes ſemiplenã fidem conſtituere, ad-
eo, vt in ſupplementum iuramentum defer-
ri poſſit, modo quatuor conditiones cauſ-
ſam mercatoris fulciant. † Primo, quod ſit mer- 29
cator bonæ famæ, & veritatẽ ſcribere con-
ſueuerit, *arg.l.vniuerſorum, ff. de pignorat.act.
item l.qui ſemiſſes, §.fin. ff. de vſuris.* Secundo,
quod has rationes manu propria cõſcripſe-
rit, *allegat l.generaliter, inf.de non num.pec.* quæ
meo iudicio parum appoſite in cauſſam de-
ducitur. Succedere itaque eius loco poterit
ratio, quod cum facti alieni veriſimilior ſit

Digitized by Google

ignorantia, *l.final.ff.pro ſuo*, hoc modo facile periurium contrahere poſſet, *l.videamus, ff. de in lit.iur.* quo caſu iuſiurandum deferri nõ ſolet, *l.generaliter, ſup.de reb.cred.& iureiur.* vbi de illa re copioſius. Tertio, quod cauſſa debiti ſit expreſſa, *l.cum de indebito, §.fin.ff.de probat.* Quarto, quod complectatur data & accepta, *l.Publia, §.final.ff.depoſit.* Allegat in hanc ſententiam Bart. *in l.admonendi, Iaſ.ibidem, Bald.Felin.Guid.Pap.& alios.* Ego tamen
30 †nullum ex omnibus id aſſerentem cõperio, cum Bart *d.l.admonẽdi, n.27.* non dicat, hoc caſu rationes ſemiplenã probationem cõtinere, ſed quod faciant aliquam præſumtionem. Idq; aperte etiam profitetur Iaſ. *in rep.n.120.* dũ huius erroris reprehendit Paulũ Caſtr.qui idem Bartolo adſcripſerat. Baldus autem *l.2.C.de edend.n.12.* nihil de hac re loquitur. Ceterum *l.1.n.11.eo.tit.* illud eo caſu probare videtur, quo ſcripta in codice rationum veriſimilia eſſent, allegans in hanc cauſſam *l.ſi quis pro redemtione, §.pen. infr.de donat.item l.per hanc, §.pen. C.de erogat milit. annona.* Porro Guido Papæ vltra conditiones ab Andr. Gail præſcriptas aliud requiſitum adiicit, dum *d.quæſt.441.num.6.* deſiderat, vt ex circumſtantiis veriſimilibus præſumi poſſit eſſe verum, quod per eum ſcriptum reperitur. In eadem ſententia quoq; eſt Rol. a Vall. *d.conſ.92.li.3.n.6.* Deciſiones aũt Toloſanæ *q.497.* relata opinione Bartoli, conſtituunt huiuſmodi rationes obtinere aliqualem præſumtionem. Bartolus vero in *l.quædã, ff de edend.§.nummularios, n.2.* loquitur de perſona tertii, an ſcilicet pro & cõtra illum probationẽ aliquam contineant, contendens, hoc caſu ſemiplenã probationẽ inde naſci. Marianus autem Socin.item Pariſius in locis allegatis cõſtituunt, illud locum habere aliis adminiculis interuenientibus. Quæ aũt ſint illa adminicula, nõ expediunt: ſed ex quo allegant Baldum in eius rei ſententiam, *l.1.C.de confeſſis*, facile intelligimus, de quibus adminiculis exaudiendi ſint. Etenim Baldus *ibid.n.6.* requirit, ꝙ mercator ſit homo ſplendidioris vitæ, & ſpectatæ fidei, & tractetur de quantitate mediocri, quod & ipſum pronuntiarunt Iaſ. *in rep. l. admonendi, n.126.* vbi tamen de tutoribus, & aliis adminiſtratoribus loquitur, *Schraderus ibidem nu. 268. Coraſ. n.604. Crauetta de antiq. tempor.1. part.ſect. vidimus & abunde nu.2.* vbi in hanc ſententiam citat Curtium iuniorem & nonnullos alios: Maſcard.d.*conclus.975.n.13. Decius l.1.n.4.C.de edend.lib.2.arbitr.q.caſ.91.nu.17.& ſeq.Abbas in c.2.de fid.inſtr.n.9. extr.de fide inſtr.Felin.ibid.nu.27.*

Vt itaque in propoſita difficultate, quid meæ ſententiæ ſit, expromam, cõſtituo ſublato pro inſigni parte argentariorũ & nummulariorum officio, quod in conficiendis ex lege rationibus occupari ſolet, *l.argentarius, ff.de edend.* hanc † rem arbitrariam eſſe, 31
vt etiam concedunt Salycet. *l.1.ſupr.de edend. Menoch.arbitr.quæſt.lib.2.centur 1.caſu 91.nu.19.* vbi in eandem ſententiam refert Barbat. & Iaſonem, Maſcard.*concluſ.975.num.10.& 37.* ita nimirum, vt in poteſtate Iudicis verſetur, vt ex circumſtantiis perſonarum, rei, quantitatis, item adminiculorum, quæ concurrunt, conſtituat, an rationes, ſi de fide illarum quæratur, præſumtionis gradum, an ſemiplenæ, an denique plenæ probationis munus ſuſtinere debeant: idque euincitur ex præſenti noſtra lege, ex *l.rationes, infr.hoc titul.* dum conſtituunt, inſtrumenta domeſtica, vel rationes ſolas, non ſufficere, niſi aliis adminiculis nitantur. Quæ autem illa adminicula eſſe † debeant, ex aliis locis pe- 32
tendum erit. Et primo illa quatuor, quæ Andreas Gail perſequitur, libenter agnoſcimus, & pro confirmatione primæ partis allegamus *l.3. §.Iulianus, ff.de liber.exhibend.* vbi vir omnibus probatus in retinenda & e- 33
ducanda prole aliena, parenti, qui vilis & ſuſpectus ſit, præfertur. Eodemque pertinent *l.ſi res pupillaris, 50.ff. de adminiſtr. & peric.tutor.& curator.* vbi excuſatur tutor vel curator, qui apud celebrem argentarium rem pupilli depoſuerit: quamuis illa poſtea incendio pereat, *l.in bonæ fidei, ff.de rei vindic. cap.ſicut pro certo, extr.de ſimonia, item l.3.ff.de teſtib.in verbo, nam ſi careat ſuſpitione, quia perſona honeſta eſt, itẽ l.ſi quis ita ſtipulatus ſit, 112. §.fin.ff.de verb.obligat* concurrentibus itaq; huiuſmodi indiciis, ſtatuerem rationes cum iureiurando mercatoris † cõiunctas, in cauſ- 34
ſis, quæ mediocres ſint, plenã fidẽ impetrare, *arg.d.l.theſaurus, ff.ad exhib.* Quod ſi aũt is vitam cum morte cõmutarit, an tunc idem probandũ ſit, non immerito dubitari poſſet. Ego in hoc caſu cum Caſtrenſi *d.l.admonendi, n.42.eod. Caſtr.conſ.301. incipit, ad bene examinandum, Boerio deciſ.105.nu.6. Decio in l.1.2.notab.C.de edend.Purp. d.l.admonendi, nu.204.* idem hoc caſu admittendum putarẽ, quod ſecundũ definitionẽ *l.rationes hoc tit.* & quæ Bart.& alii Doct.tum ibi, tum *in l.admonẽdi,* ſcripta reliquerunt, maior præſumtio ſit pro defuncto, quam pro eo, qui adhuc viuat.

Quod

Digitized by Google

Quod ſi vero tractetur de magna ſuma, hic paulo aliter rem digerendam exiſtimarem. Complectar itaq; primo caſus, in qui-
35 bus minus ſit dubitationis. † Etenim ſi rei euidentia factum aſſerentis cōmendet, ve-
36 luti in alimētis, † quæ ſuppeditata, *d. l. ſi. infr. de aliment. præſt.* ædificiis, quæ ſunt reſtituta, *l. ſi pro redemtione. §. 2. circa fin.* vel aliis ſumtibus, quos neceſſario quis explicare debuit, hic non dubitauero huiuſmodi rationibus fidem conſtare, ſi probabilis in erogando modus non excedatur: Qua in re confugiendum erit ad loci conſuetudinem, *arg. l. Stychum, & l. ſi filia. ff. de leg. 3.* vel iudicium in eo genere verſatorum, *l. 1. §. 6. ff. ſi cui plus quam per leg. Falc. lic. l hac edictali. C. de ſecund. nupt. §. his illud.* quamuis videantur aduerſari illa, quæ memoriæ prodidit Decius *conſ. 146. Crauett. in tract. de antiq. temp. ſect. vidimus & abunde. num. 9. Maſcard. d. concl. 973. nu. 33.* qui auctores ſunt, quod ſi conſtet, de ſubſtantia debiti, & non de pretio aut quantitate mercium, quod tunc ſtetur libro mercatoris. Idem conſtituimus in illis rationibus, in quibus pars aduerſa fundamenta adſertionis ſuæ conſtituit, adhibita tamen diſtinctione. Nam ſi controuerſia ſit de his, quæ vnius orationis conceptione teneantur, illum qui aduerſarii rationibus vti velit, non poſſe ſeparationem inducere conſtituo.

37 Secundus caſus eſt, ſi cōſuetudine † regionis receptum ſit, vt libris mercatorum plena fides adhibeatur, *Alexand. in l. quadam. §. numularios ff. de edend. numer. 1. Iaſon. num. 2. Caſtr. num. 3. idem Caſtr. in l. admonendi. num. 42. Iaſon. num 120.* vbi mentionem facit de conſuetudine Florentiæ. *Schrad. nu. 268. Curt. nu. 109. Andr. Gail. lib. 2. obſer. 20. n. 6. Panorm. c. 2. nu. 11. de fide inſtru. Decius ibid nu. 18. Didac. Couarr. lib. pract. quæſt. 22. nu. 8. Menoch. libr. 2. arbitr. quæſt. caſu 91. num. 16. Alex. libr. 7. conſil. penult. num. 4. Bald. l. 1. numer. 16. ſupr. de ſumm. Trinitat.* Ceterum animaduertendum eſt, quod quamuis conſuetudinis magna ſit auctoritas, *l. de quibus. ff. de legibus. l. ſecundum. Cod. quemad. teſtamen. aper. l. ſi non ſpeciali. C. de teſtamen.* tamen tantum ipſi deferendum non eſſe, vt præiudicium iuri naturali aut diuino ingerat, *arg. §. fin. Inſtit. de iur. nat. gent. & ciuil. cap. Imperat. diſt. 9.* Contra ius naturale autem & diuinum eſſe videtur quod quis ſit actor & teſtis in cauſſa propria. *cap cum eſſet. extra de teſtam. c. licet vniuerſis, de teſtibus. & quæſt. 4 c. 1. c. in primis. c. notum, c. ſiue peccauerit, c. Deus omnipotens. 2. q. 1. c. iudicet, 3. q. 7. c. nullus 4. q. 4. c. forus. §. in omni, de verb. ſignific.* Vnde pro euitanda hac difficultate Doctores noſtri certas cōditiones in tali conſuetudine requirūt. † Primo, 38
integritatem perſonæ huiuſmodi rationes conſcribentis, *l. ſi quis ex argentariis. §. 1. ff de eden.* Deinde quod pertineat ad cauſſam, ſiue adminiſtrationem negotiationis, *argum. l. 3. §. eodem modo. ff. naut. caup. & ſtabular. Petrus Stracca. in tract. de mercatur tit. quomod. in cauſ. mercat procedend. ſit. num. 40. Menoch. d. caſu 91. num. 22. Iaſon l. admonendi in ſua repet num. 123. Ripa numer. 114. Schrad. num. 268. Abbas in cap. bonæ. nu. 12. vnde Bald. in l. 1. C. de confeſſ. num. 6.* tradit, conſuetudinem vel ſtatutum indiſtincte perhibens, quod mercatorum libris debeat adhiberi fides, nullius ſit momenti: Idemq; defendit Decius, *in capit. primo, extra. de probation. numer. 30. Panormitanus in capit. bonæ. extra. de poſtulat. prælat. Felin. dict. cap. 2. extra. de fide inſtrumen. numer. 26. Crauett. de antiquit. tempor part. 1. ſectio. quarto limitatur. numer. 12. Andreas Gail. dict. obſeruat. 20. libro ſecundo, numer. 7. Didac. Couarru. practicarum quæſtio. capit. 22. numer 8.* vbi poſt Oldendorp. addit, hoc caſu manere liberum arbitrium iudicis, vt poſſit, quod ius & æquitas dictet, ſtatuere, *Iaſon dicta leg. admonendi, numer. 223. & ibid. Schraderus numer. 268. Kilianus Koning. in ſuo proceſſ. capit. 28. Maſcardus dict. concluſ. 975 numer. 32.*

Tertius caſus eſt, ſi quis fundamentum intentionis ſuæ conſtituat in libro mercatoris, & tractetur de articulis † connexis, ve- 39
luti, ſi mercator † ſcribat, *pono pro acceptis a* 40
Lucio Titio centum florenos, quos ei Mæuius debet, ſi mihi idem Mæuius idoneam cautionem præſtare voluerit. Si enim Lucius Titius dicat, nouationem pure factam eſſe, conditionem recipiēdo, audiendus non erit, *Bartolus in leg quadam. §. numularios, numero ſecundo. ff. de edend. Alexand. ibidem numero ſexto. Caſtrenſ. numer. tertio. Iaſon. in leg. admonendi. numer. 129. Purpur. numer. 205. Felin. in capit. ſecundo, de fide inſtrument. numer. 25. Decius num. 17. idem Decius l. 1. C. de edend. n. 6. Ioſeph. Maſcar. d. concluſ. 975. n. 79. idque arg. l. in cauſſa. §. 1. ff. de procur. l. Gaius. ff. de vſur. l. Aurelius, 28. §. idem quæſiit. ff. de liberat. legat. l. in hoc iudicio, 27. ff. fam. erciſc. item l. 1. §. ſi quis ſimpliciter. ff. de verb. oblig.* vbi reſponſio ſub conditione facta diuiſionem non recipit, cum aliud tamen ſtatuatur in ſti-

Digitized by Google

pulatione & reſponſione quæ diuerſas res aut capita contineant, §. *ſed ſi mihi, ead. l. item l. ſcire debemus, 29. eodem tit.* Sed an idem obtineat, ſi capita ſint ſeparata, veluti, ſi ita quis
41 ſcripſerit, *accepi mille † florenos a Lucio Titio, cuius ſummæ dimidiam partẽ eius mandato ſolui hoſpiti ipſius*, vel ſi adiiceret, *ex quibus poſt vnam horam curaui ipſi reſtitui ducentos*, an & hic, ſi debitor velit tali confeſſione vti contra mercatorẽ, debeat etiam eidem fidem accommodare in his, quæ pro eodem faciant? Et non dubito, hic probandum eſſe ſententiam Decii *dict. l. 1. C. de edend. num. 5. Bald. conſ. 156. lib. 3 Iacob. Menoch. libr. 1. caſ. 93. nu 14.* id arbitrarium eſſe idque argum. *l. Publia §. fin. in fin. ff. depoſiti*, quam ſubiicio. *Titius Semproniis ſalutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem, & diſcos duos, ſaccum ſignatum, ex quib. debetis mihi decem quos apud Titium depoſuiſtis: item quos Trophimati, decem: item ex ratione patris veſtri decẽ, & quod excurrit. quæro, an ex huiuſmodi ſcriptura, aliqua obligatio nata ſit, ſcilicet, quod ad ſolam pecuniæ cauſſam attinet. reſpõdit ex epiſtola, de qua quæritur, obligationem quidem nullam videri natam, ſed probationem depoſitarum rerum impleri poſſe. an autem is quoque, qui deberi ſibi cauit, in eadẽ epiſtola decẽ, probare poſſit, hoc, quod ſcripſit, Iudicem æſtimaturum.* His finitimũ eſt cap. *cum olim extra de cenſibus*, ex quo edocemur, quod ſi quis amplectatur inſtrumentum aliquod in vna parte, quod per conſequens debeat probare in reliqua. Si enim fidem in vno agnoſcit, parum conueniens eſſe videtur, vt in alio impugnare velit, *l. ſi quis teſtibus, inf. de teſtibus.* Mouet e diuerſo, quod ſcriptum reliquit gloſſa, *l. ſi quidem. C. de except.* quod ſi quis ita reſpondeat, *fateor me tibi debere centum ex mutuo, ſed dico me illa poſtea ſoluiſſe*, quod actor poſſit hanc confeſſionem pro parte repudiare, quod & ipſum confirmat Boer. *quæſt. 243. nu. 3.* Accedunt Odofred Bart. Ang. Salyc. & alii, *in dict. l. ſi*
42 *quidem.* Præterea doctrina noſtrorum † interpretum, quod in ſeparatis poſſit quis vnũ probare & aliud repudiare, *arg l. de ætate. §. ſi cum heres. ff. de interrog. in iur. fac. & d. l. Publia. §. fin. ff. depoſit. l ſi quidẽ 34. C. de tranſact. d. §. ſi mihi, l. 1. & l. ſcire debemus, 29. ff. de verb. oblig. Abbas in c. 2. extra. de fid. inſtrum. Felin. ibid. num. 25. Dec. num. 17.*

In propoſita igitur difficultate perpendendum eſſe ſtatuo, quæ ſeparata intelligãtur, quæ cõnexa. Qua in diſceptatione non
43 dubitamus, † connexa illa dici, quando vna & eadẽ oratio, cum certa qualitate vel conditione, aut forma, quid complectitur, in his, quæ ad vnam & eandem rem pertinent *d. §. ſi mihi, & l. ſcire debemus.* Sed quæſtionis eſt, an connexitatem aut coniunctionem negotii ex tempore, aut complexu vnius enuntiationis, etiam definire debeamus? vt ſcilicet illa connexa ſint, quæ vno & eodem tempore, aut eadem ſcriptura vel oratione continentur, veluti ſi quis dicat, *fateor me tibi debere centum florenos, ex mutuo: ſed & tu mihi ducentos florenos ex cauſſa legati debes.* Cum hic diuerſæ ſummæ referantur, ſimul etiam exprimantur cauſſæ diuerſæ; aut ſi dicat, *ego fateor me tibi centum debere ex cauſſa mutui. ſed eadem poſtea tibi ſolui.* In hac quæſtione & ſimilibus non exiguam conflictationem apud noſtros interpretes eſſe oſtendit Boer. *deciſ. 43. n. 11. Menoch. arbitr. q. l br. 2. caſ. 93. nu. 22.* Et quidem ſi tractetur de cõfeſſione iudiciali, quæ per iuſiurandum explicanda ſit, quid hoc caſu obtineat, aut ꝓbandũ ſit, explicauimus *in l. generaliter ſupr. de reb. cred. & iureiur.* Quod ſi vero agatur de rationib. exiſtimarim aduerſariũ non poſſe has cauſſas ſeparare, quæ certa † ratione inter ſe cõ- 44
iunctæ ſunt, exẽpli cauſſa: Mercator ſcribit, ſe mille florenos accepiſſe, in expẽſis autem refert, ſe tot merces dediſſe, ſi reus velit ſola confeſſione vti ipſius mercatoris, ratione pecuniæ acceptæ, non puto illum expenſis fidem abrogare poſſe, idque argum. *d. cap. cum olim. extr. de cenſibus, & aliarum legum. ſupra a nobis commemoratarum.* Nec obſtant, quæ de ſeparatis dicta ſunt. Etenim, quæ ad officium & adminiſtrationem mercatoris pertinent, coniuncta cenſeri debẽt, *argum. l. cum quæreretur. ff. de adminiſt. tut. item l. eum actum. §. plane ſi quid ff. de neg. geſt. l. etiam. §. 1 ff. de minor. in integr. reſt. l. Gaius. ff. de vſuris. Iacob. Menoch. d. caſ. 93. libr. 2. de arbitr. iudic. ſent. poſt Ang. Crauet. Roman. Corn. ab eodem allegatos.* Quod ſi autem mercator ſcribat, ſe eandem pecuniam vel dimidiam eius partem reſtituiſſe, an huic aſſeuerationi fides adcommodari debeat? ſubſiſto. Nam reſtitutio pecuniæ ad officiũ † mercatoris non 45
pertinet: quo caſu illi credi non ſolet, *argum. l. 3. §. eodem modo. ff. nautæ, caup. ſtabul. Maſcard. d. concluſ. 975. nu. 28.* Quod in aliis perſonis, qui in rationibus ſuis comprehẽdunt, ſe certam pecuniam accepiſſe, & poſtea ſuo loco adſcribunt, ſe eandem pecuniam ſoluiſſe dici non poteſt, cum neceſſitas ſolutionis iiſdem incumbat, *l. mutuũ. ff. de reb. cred.*

Et ſa-

Et ſane durum eſſet, aliquem propriis armis oppugnare, ſi eiuſdem defenſionem repudiare vellemus, ſecundũ ea, quæ latius perſecuti ſumus, *in d. l. generaliter*. Exiſtimarim itaque hoc caſu arg. *d l. Publia. §. fi. ff. depoſit.* hãc rem arbitrio iudicis cõmittendam eſſe, & ita fortaſſe audiendum, ſi probabilis coniectura cauſſam reſtitutionis commendet, veluti ſi nummi iuſti ponderis aut æſtimationis non fuiſſent, & propterea eoſdẽ, vel partem ipſorum remouiſſet, idque doceat per famulũ vel ſimiles perſonas, qui eãdem pecuniam reportarint. In his enim domeſticorum etiam teſtimonium procedere arguit, *l. conſenſu. infra. de repud.* Plane, quod ſupra adſcripſi mercium traditionẽ, item ſolutionem pecuniæ debitæ per rationes probari poſſe, locũ habet, ſi aduerſarius iiſdem vti velit. Nam ſi aliunde fidem intentionis ſuæ adſtringere cupiat, tũc idem admittendum non † eſſet, *l. Aurelius. §. idem quæſiit. ff. de liber. legat. & ibid. Bar. atque alii Doctores. l. ſiquidem. ſupr. de tranſact.* vbi & nos nõnulla diſſerimus. *Menoch. d. caſ. 903. lib. 2. nu. 34.* Idem quoque obtinere ſtatuimus, ſi aliqua præſumtio mercatori aduerſaretur, *vt obſeruauit idem Menoch. ibid. nu 37.*

46

Quartus caſus eſt ſecundũ eundem Iac. Menoch *præſumt. libr. 3. c. 63. nu. 1. Caſtr. conſ. 301. ad bene examinandum libr. 1. Iaſon. l. admonendi. ff. de iureiur. nu. 128. Ant. Gabr. lib. 1. tit. de prob. concl. 5. in prin. Maſcar. concl. 975. nu. 75. & multos alios quos commemorant idem Menoch. Gabr. atque Maſcard* Quod ſi in plurib.
47 capitibus † rationum veritatem verſari videamus, quod idem de reliquis quoque cõſtituendum ſit: Sed ꝙ mirandũ eſt, hi auctores vix quidquam in medium adducũt, quo hanc opinionem fulciant, neq; mihi in præſentia occurrit, ꝙ pro ſuſtinẽda hac opinione allegari poſſit, niſi vulgaris illa doctrina, ꝙ ille, qui ſe bene in multis geſſit, idẽ in aliis quoq; præſtare videatur, *c. mandata, extra. de præſumt.* Item, ꝙ ex natura potioris partis, & reliqua eiuſdem conditionis eſſe cẽſeantur. *de controuerſia inter maſculum & fœminam de beneficio, libr. 2. titul. 41. de feud. §. fin.* Sed ſa-
48 ne hæc traditio mihi ſemper † ſuſpecta fuit, & non immerito illam repudiat Purpurat *l. admonendi, n 205. Ripa n. 25. Crauet. in tract. de antiq. temp. par. 1. ſect. quid in lib. officialis. n. 12. Dec. lib. 1. C. de eden. n. 4. Ceph. conſ. 55. nu. 35. Ioſeph Ludou. deciſ. Peruſ. 88. n. 14. Afflict in tit. de iure balii n. 23.* Etenim hoc modo ſuppeditaretur anſa, falſa cõmittendi contra legẽ, *conuenire. ff. de pact. dot.* cũ nõ magni ſit negotii, quędã vera in ſuas rationes contuliſſe Nam & heretici idem faciũt, vt ſub aliqua imagine veri alios irretiant. Deinde abſurdum iudicari debet, ꝙ cum Doctores multas conditiones, vt huiuſmodi libris fides accomodetur, requirãt, de quibus Guido Papæ *quæ. 441. Roland.* a Valle *conſ. 92. vol. 3. nu. 5. & ſeq. Andr Geil. in locis ſupra allegatis.* Et prima conditio ſit, quod homo ſit exploratæ fidei, qui vera ſcribere conſueuerit, quod hi auctores inſinuent hanc vnã conditionẽ ſufficere ad implendum illud, quod probationi deerat: deinde, vt bene aduertit Ripa, ſi is, ꝙ ſemel falſum commiſit, non propterea cenſeatur, in aliis atq; ſeparatis inſtrumentis, eadẽ labe ſe inquinaſſe, *l. penult. ſupra de tranſact.* cur mercator qui quædam ſecũdum veritatem ſcripſit, cenſebitur & reliqua pari fide adieciſſe. Vnde idem Menoch mox *d. præſumpt. 63. lib 3. n. 10.* hoc arbitrio iudicis relinquendum eſſe ſtatuit, qui ex circumſtantiis & veriſimilitudine totam rem moderetur. Quare etiam eidem Menochio ſubſcribo, quod ſi aduerſarius negaſſet reliquas partes, quæ poſtea veræ deprehenſæ eſſent, tunc huic præſumptioni locum eſſe, nihil tamen adducit, quo hanc ſententiam ſtabiliat. Ego autem exiſtimo, has partes tueri poſſe *cap. ſi forte de elect. in 6.* item rationem a Crauetta conſideratam *in tract. de antiq. temp. §. vidimus & abunde nu. 16* quod hoc caſu ex mendacio dolus aduerſarii arguatur, *arg. l. ſi quis affirmauerit, §. 1. l. quod venditor. §. 1 l. eleganter §. idem Pomponius. ff. de dol. mal. l. falſus. §. ſi quis ff. de furt.* propter dolum autem ſolet iuſiurandum a Iudice deferri, *l. in actionib. ff. de in lit. iur. l. ſi quando, infra vnde vi* Quibus conterminæ ſunt definitiones legis, *cum de indebito. ff. de probat. & l. fin. ff. de rei vindic.* Hæc tamẽ eo caſu intelligo quo negaſſet illa, quæ cum ipſo, non alio geſta erant.

Quintus caſus eſt, quãdo huiuſmodi adminicula non ſuffragantur, an tunc ſepoſita auctoritate conſuetudinis, his libris tantum fidei adhibere debeamus, vt cum iureiurando coniuncta, plenam probationem obtineant? Quid ſenſerit Andreas Geil concurrentibus illis adminiculis, de quibus ibidem tractat, antea audiuimus, auctores ab illo allegatos hoc non profiteri etiam intelleximus. Non deſunt tamẽ alij, qui idẽ aſſerunt, quod ſcilicet ad ſemiplenã probationẽ † ſufficiãt, ita vt iuſiurandũ deferri poſſit, *vt Caſt. l. admonendi. ff. de iureiur. nu. 43. Boer. deciſ. 105. num. 5.* 49

*num.5.*vbi tamen de aliis adminiſtratoribus loquitur Socinus,*conſi.62. vol.1. Pariſ. conſ 7. nu. 15. lib. 4. Aufrer.ad deciſ.Capellæ Tholoſana quæſtione 496.nu.3. Roland. a Valle, conſ. 92. vol.3.num.5.Felin.in c. 2.de fide inſtrum. num. 11. Sichard.in l.rationes hoc tit. num. 6. Iul. Pacius num 21. Maſcard.concluſ.975.num. 6.* vbi tamē requirit maiorem probitatem, quam quæ vulgaris ſit, & ex pręſumtione naſceretur,de qua *in cap.fin. de præſumt. & l.merito. ff.pro ſocio.*

50 Ceterum † Crauetta *in tract. de antiq. tēpor.*hanc ipſam traditionem impugnat,*par. 1.ſect.vidimus & abunde,num.19.* Contendit enim primam conditionē parum ad propoſitum facere,quod ſine diſtinctione, cuius dignitatis aliquis ſit,nullus in re propria teſtimonium dicere poſſit,*l.omnibus. & l. nullus,infra de teſtibus.*

Præterea videri ſecundam cōditionem, quod manu propria rationes ſcripſerit,alienam eſſe a præſenti aſſertione, quod nemo propria annotatione ſibi debitorē aliquem conſtituere poſſit *l.exemplo eod.titul.*cum tamen rationes ab alio conſcriptæ in diuerſa ſint cauſſa,& ſemiplenam probationem videantur recipere ſecundum ea quæ ſcribit Bartolus,*in d.l.admonendi n.27.circa fin.*dum ait rationes mercatoris de alieno debito quid ſcribentis ſemiplenam fidem impetrare,ſi ab initio iurauerit, quod velit officium ſuum cum integritate exequi. Et hanc ſententiam Bartoli cōmunem eodem loci profitetur Purpuratus,*num.208.*

Porro,quod ad tertiam conditionem attinet, eandem quoq; in præſenti inſpectione parum tribuere poſſe, quod etiam ſcriptura publica,ſi cauſſam non exprimat,nullius ſit momenti,*c. ſi cautio,extr.de fide inſtrumen.l.cum de indebito.§.fin.ff.de probat.* Idem de quarta cōditione dici poſſe, refelli enim hoc adminiculum,*l. Publia.* §.*fin ff. depoſit.* vbi aſſerenti quædā ſe accepiſſe,& quædam contra ſe dediſſe, fides nō accommodatur, in his, quæ ad vtilitatem ipſius pertineant. Item ex definitione rationum, quod ſit, vt profitetur Vlpianus,*l.6.§3.* ex ſententia Labeonis vltro & citro dandi accipiendi, credendi, obligādi item ſoluendi ſui cauſſa facta negotiatio. In eadem cauſſa eſſe conſtituit vltimum requiſitum, vt ſcriptura ſit veriſimilis,contendens, quod hoc generaliter in omnibus exigatur, ꝙ ea, quæ natura ſibi veriſimilia non ſunt, tacite reiiciantur. Vnde admittit has cōiecturas in re mediocri.

Et ſane,ſi ingenue,quod ſentio, profitendum eſt, animaduerſio Crauettæ, quod ad quatuor priores cōditiones attinet temere repudianda nō eſt. Vnde etiam ſtatuo quatuor conditiones, quas ſolas † Andr. Gail 51
complectitur, non ſufficere. Aliud autem dicendum eſſe, ſi quinta conditio † ſuffra 52
getur. Nam & ipſe Crauetta in rationibus tutorum & curatorū, *vt ſupra oſtendi*, id admittit. Idemque probat Guido Papæ, Roland.a Valle,& alii Doctores a nobis allegati. Idque euincit etiam textus *in d.l.Publia.§.fi.ff.depoſit.* dum arbitrio Iudicis eadem res committitur. Commendant hanc eandem ſententiam lex,in cuius explicatione verſamur,item *l.rationes*, quæ proxime ſequitur, & ratio nulla eſſe videtur, quare maiorem vim conſtituamus in rationibus priuati hominis,quique teſtibus & inſtrumentis ſe facilius munire potuiſſet, quam mercatoris, qui in multitudine negotiorū illam cautelam adhibere non poteſt. Vnde ſi quis recuſaret ſolutionem earū mercium, quas mercator in vno anno ipſi adſcripſerat, ſi idem oſtendere poſſet, illum huiuſmodi merces aliquot annis præcedentibus, pene in pari numero, atque ad neceſſitatem corporis ſui recepiſſe, ſtatuerem, talē veriſimilitudinem ad ius mercatoris aſſerendum plurimū momenti obtinere,*arg.l.Zenodorus, infr. ad SC. Maced.* vbi mercator, & deinde alii excuſantur,ſi ſtudioſo tantū ſuppeditarint,quantum pater ſolitus erat præſtare. Huc pertinet *l.vniuerſorum. ff.de pign. act. l. ſi ſeruus. §. fi.ff.de leg.1.cum l.ſeq.l.in obſcuris.ff. de reg. iur.* Concluſio itaq; † mea eſt huiuſmodi quaſtiones arbitrio Iudicis dirimēdas eſſe. Quid 53
autem obtineat in libris antiquis, quib. eccleſia vel Reſpub. ius ſuum aliquādo defendere cogātur, videre licet *in c. cum cauſſa, extra.de probat. vbi Panorm. Felin & alii, Crauetta in tract.de antiq.temp.ſect.viſo. Maſcard. in d. concluſ 975.num.57.*

Reliqua eſt inquiſitio,*quid iuris ſit, in tertio genere ſcripturæ, ſcilicet in epiſtola?* Et quidem † ſi tractetur, an idoneū teſtimonium 54
contineat contra eum, qui literas exarauit. Et Bart.*in d.l.admonendi. nu. 30. Philip. Corn. ibid.num.18. Alexand.num.38 Franc. Purpur. num. 213. Felin.in cap. ſcripta, num. 17.* conſtituunt idem probandum eſſe, quod in apocha,quod ſcilicet contra eū probet, ſi agnoſcat literas ſuas eſſe, quod indubitate euincitur ex *d.l.Publia.* §.*fin.ff.depoſit.* Sed ſi neget, quis manum ſuam, ad comparationē confugien-

fugiendum erit, quæ an plenam fidem obtineat controuerſum eſt. Ait enim Bartol. contendens † legem *comparationes, infra. de fid. inſtrum.* hoc caſu ſublatam non eſſe. Negat Iaſon *d. l. admonẽdi, n. 189. poſt Abbat. Ang. & nonnullos alios a ſe allegatos.* Bartoli opinionem communem eſſe teſtantur Purpurat. Corn. & Felin. Nos autem quid ſentiamus, alibi proſequemur. Sin autem diſceptetur,
56 an epiſtola pro ſcribente † argumentum aliquod contineat, ſtatuerem arbitrarium eſſe, vt colligitur ex *d. l. Publia. §. fin. ff. depoſiti.* Accedit, quod is, qui literas tales accipit, niſi de contraria voluntate proteſtetur, tacite videatur agnoſcere, quod in literis ſcribitur, *l. ſi filius. ff. ad SC. Maced.* vt illam legem accipiunt Doctores, de qua re quid exiſtimem, alibi, id eſt, *in tract. de præſcript. part. 1. cap. 6.* non diſſimulaui.

Lex, rationes, 6. cum authentica ſeq.

SVMMARIA.

1 *Priuatæ rationes, quando fidem impetrare dicantur.*

2 *An aſſertio morientis aliquid ſibi deberi aſſerentis præſumtionem aliquam obtineat.*

3 *Heredem teſtatoris, religioni quid ſe debere iurantis, ſtare debere.*

4 *Si teſtator teſtamento comprehendat alium ſibi non teneri, hæc verba valere in vim fideicommiſſi.*

5 *Si teſtator ſe ex cauſſa mutui quid debere ſcripſit, nõ valebit in vim confeſſionis, niſi iuramentum acceſſerit.*

6 *Si teſtator bona ſua certo pretio æſtimauit, talis æſtimatio heredibus non nocebit.*

7 *Si verba non ſolum enuntiatiua ſint, ſed etiam diſpoſitionem adiunctam habeãt, in cauſſam fideicommiſſi ſoluentur, non confeſſionis, & ratio.*

8 *Confeſſionem in teſtamento factam reuocari poſſe, cum relatione fabulæ anilis.*

9 *Quid obtineat ſi actor certo modo, quamuis nõ plene ſuam intentionem probauerit, & concurrat talis confeſſio.*

RAtiones, quæ in bonis defuncti deprehenduntur, ſolas ad probationem debitæ quantitatis nõ ſufficere, ex præſenti lege intelligimus. Quę verba inſinuant aliquam fidem his rationibus adſcribi, quamuis non declarent, quæ illa ſit. Statuimus itaque, arbitrarium illud eſſe, vt ſupra l. præcedẽti diſſeruimus, cum de mercatoribus ageremus, & tutoribus, atque curatoribus. Si igitur cõcurrant talia adminicula, poſſet nõ improbabiliter dici, in priuatis rationib. idem admittendum eſſe, vt cum his plenam fidem conſtituãt: quod ſine dubio procedit in rebus † non magni momenti. In illis enim 1
idoneam probationem contineri, multi, de quibus ſupra, inſinuant. Hic autem illud potiſſimum comprehendendum videtur, quid iuris in confeſſione, a teſtatore in teſtamento facta, ſit. Nam ſi aliquid ſibi deberi pronuntiet, id nullius momenti eſſe ſtatuunt Doctores noſtri. Sed tamen † lex no- 2
ſtra contrarium inſinuare videtur, quaſi aliquod adminiculum præſtet. Vnde etiam putarem, in cauſſis, in quibus iuſiurandum deferri ſolet, aſſertionem a defuncto in teſtamento factam poſſe ſupplementum rei præſtare.

Quod vero additur in authentic. † mox 3
ſequenti, iuſiurandum morientis tantum efficere, vt confeſſionis vim obtineat, ita vt teſtatoris religioni heres ſtare cogatur, pertinet ad interpretationem, *leg. Lucius 88. §. quiſquis, 10. ff. de legat. ſecundo, l. Aurelius, 28. §. penultim. & §. fin. ff. de liberat. legat. item l. Lucius, 93. §. primo, ff. de legat. 3.* & conuenire quodammodo videtur cum *l. cum quis, 38. §. codicillis. ff. de legat. 3.* Vnde, vt hanc materiam clarius intelligamus, nõ diſplicet mihi diſtinctio Iulii Pacii, *numer. 29.* cum certa tamen declaratione, quod cum quæritur, an verba enuntiatiua a teſtatore, in vltima voluntate prolata, aliquam vim habeant, tres caſus conſtituendi ſint. Primo, cum verba teſtatoris ſignificant, alium ipſi non teneri, puta quod ſcriberet, Mæuium ſibi ex cauſſa mutui, qua antea ipſi obligatus erat, † nihil debere, aut ſibi talem pecu- 4
niam ſolutam eſſe, hoc caſu teſtatoris aſſertioni hactenus ſaltem innitendum eſſe, vt valeant in vim fideicommiſſi, *arg. d. l. Aurelius, §. penult. cum §. final.* vt ſcilicet liberatio adſcripta videatur, *item d. l. Lucius, 93. §. 1. ff. de legat. 3. & dict. l. 88. §. quiſquis. ff. de legat. 2. l. 1. infra. de falſ. cauſ. adiecta.* niſi heres doceret, teſtatorem errore lapſum ita ſcripſiſſe.
Alter caſus eſt, ſi teſtator † ſcripſerit, ſe ex 5
cauſſa mutui vel ſimili quid Meuio debere, hic regulariter ſtatuemus, illis plenam fidem acommodandam non eſſe, *l. ex his verbis. infra. de teſtament. milit.* niſi teſtator hæc verba iureiurando confirmaſſet, *authentic. quod obtinet, quæ ſtatim ſequitur, & lex. cum quis decedens, 37. §. codicillis. ff. de leg. 3.* cum iuſiurandum enixam voluntatem cõtineat, & ad omnem ſpeciem, qua quid valere poſſit, relatum videatur, *l. cum pater, 77. §. filius ff. de legat. 2.* Qua in conditione etiam eſſe ſta-

Digitized by Google

tuimus facti ſpeciem relatam, *l. ex hac ſcriptura ff. de dona..*

Porro, non dubitamus, verba enuntiatiua cum aliis adminiculis cōiuncta, pro modo adminiculorum quoque plenam probationem conſtituere poſſe, *argum. c. fin. extra.*
6 *de ſucceſ. ab inteſt.* Tertius caſus eſt, cum † teſtator æſtimauit, vel deſcripſit bona ſua, ſignificans illa pluris non valere, aut nō plura eſſe in hereditate, hæc æſtimatio non nocebit heredibus, *l. ſcriptura. ſupra commun. cuiuſque iudicii. l. 1. infra. arbitr. tut. l. 15. ff. ad leg. falcid. l. cum pater 77. §. pater quæ filio.*

7 Porro, ſi verba non † ſolum enuntiatiua ſint, verum etiam diſpoſitionē coniunctam habeant, veluti centum a Titio mutuo acceptos eidem reddi volo, hoc caſu non continebunt idoneam probationem quantitatis datæ, ſed legati, vel fideicommiſſi cauſſam inducent, *d. l. Lucius, 88. §. quiſquis. ff. de legat. 2. item d. l. Lucius, 93. §. 1. ff. de legat. 3. itē l. Aurelius 28. §. penult. & fin. ff. de liberat. legat.* Vnde dubitari non conuenit, quin hanc con-
8 feſſionem, ſi poſtea † reſtituatur ſanitati, reuocare poſſit. Et plane ridicula videtur eſſe atque anilis fabula, quæ de quodam aduocato, de quo Coſtalius *in ſua Epiſtola Dedicatoria*, circumfertur, qui ex inferno reuerſus ignoto reuelaſſe dicatur, ſe propter obſeruationem, *d. l. Aurelius. §. penult. & fin.* perpetuo condemnatum eſſe. Cum enim ea natura ſit teſtamenti, vt per aliam voluntatem reuocari poſſit, *l. ſi quis. in prin. ff. de leg. 3.* cur idem non probabimus in legato & fideicōmiſſo, quod ex cauſſa huiuſmodi confeſſionis debeatur, cum actor nullam aliam probationē debitę quantitatis adferre poſſit, quam hanc confeſſionem, quæ fortaſſis eo conſilio interceſſit, vt heredes tanto promtiores redderentur ad legatum præſtandum, & tollatur inuidia, quæ, ſi in pari cauſſa aliis nihil legatum eſſet, naſceretur. Plane ſi actor certo modo, quamuis nō plene, quod intendit, probare poſſit, putarem hoc caſu confeſſionem in teſtamento interpoſitam aliquam præſumtionem contra ipſum teſtatorem obtinere. De leg. *fruſtra,* diſſeretur *infr. l. actor. hoc eod. tit.*

Lex, cum te, 9.

Svmmaria.

1 *Petens reſtitutionem in integrum ratione ætatis, de illa probare debet.*

2 *Qui docet ſe tempore iudicii minorem eſſe conuenienter docet ſe tempore contractus talem fuiſſe.*

3 *Qui non tenetur ad aliquam qualitatem probandam, tamen tenebitur ſi adhoc ſe aſtrinxerit.*

4 *Quomodo probationis cauſſa ratione ætatis in iudicium deducatur.*

5 *Illi ætatis probationem incumbere, qui fundamentum intentionis ſuæ in ætate conſtituat.*

6 *Diſtinctio Baldi in propoſita quæſtione.*

7 *Præſumitur pro actu qui iam debitam formam habeat.*

8 *Poſt adhibitam cauſſæ cognitionem pro actu præſumitur.*

9 *Quando ætas in iudicium deducitur reſpectu actus futuri, illi incumbit probatio, qui ætatem deducit ad impediendum actum.*

10 *Idem ſi quis ſe iuſtæ ætatis eſſe contendat ad aliquod, de quo quæratur officium, vel beneficium, ipſi incumbit probatio.*

11 *Poſt electionem inquiſitor ex officio de ætate adhuc inquirere poteſt.*

12 *Aſpectus corporis quem maiorem vel minorem arguere poteſt.*

13 *Ætas quibus modis probari poſſit.*

14 *Libros parochorum etiam ad probationem ætatis prodeſſe.*

CVm hac lege comprehendatur, cum, qui ſe contendat eſſe minorem 25. annis, adito prēſide prouinciæ, hoc ipſum probare debere: laborant noſtri interpretes in exemplo idoneo circa definitionem huius legis noſtræ excogitando. Omiſſis itaque variis opinionibus ſtatuo, † noſtram legem 1
intelligi poſſe de illo, qui petat reſtitutionē in integrum, quod ſe adhuc infra ætatem eſſe diceret, cui hoc modo ſubueniri ſolet. Et quamuis gloſſa hoc exemplum reiiciat, tamen cōuenientiſſimum eſſe puto: nec mutare, quod etiam maior 25. annis id impetrare poſſit, modo intra quadriennium continuum decurſo vigeſimo quinto ætatis ſuæ anno experiatur, *l. fi. ſupr. de temporibus. in integr. reſt.* Expedita enim reſponſio, quod inde periculi reformidari poſſit, facile diſcutiet, quod is, qui probet ſe nunc minorem viginti quinque † annis eſſe, neceſſario pro- 2
baſſe intelligitur, quod tempore cōtrahendæ obligationis, quod præceſſerat, etiā minor fuit: deinde quod nihil prohibeat, illum reſtitutionem petere aduerſus cōtractum, qui modico interuallo interceſſit. Deinde definiti eſt iuris, quod is, qui non tenebatur certam qualitatem probare, tamen † hoc 3
onus recuſare non poſſit, ſi in conceptione libelli vel ſupplicationis ſuæ ad hoc ſe adſtrinxerit, *c. licet, extr. de probat. l. 4. § docere. ff. de vi bonor. rapt..* Quamuis & hic, ſi minor in probatione deficeret, reſtitutionis beneficium ſaluum ſit, ſi forte docuiſſet ſolum, ſe tempore cōtractus minorem fuiſſe, *l. aut*

Digitized by Google

l.ait prætor.ff.de min.in integ.reſtit. Hoc igitur caſu propoſito reliquum eſt, vt videamus,
4 quomodo † minor hanc ꝓbationis cauſſam in iudiciũ deducere poſſit. Et hic cum Bart. *l.de ætate,44.ff.de min.in integr.reſti.nu.1.& 2.* item Oddo Sfortia *in tract.de reſti.in integ.q.37.part.1.art.2.nu.18.* cõſtituo, reſtitutionem in integrum principaliter in iudicium venire, ipſam autem probationem ætatis incidenter.

Et vt hoc difficultatem magnam nõ habet, ita non perinde expeditum eſt, cui ſi de ætate quæratur, onus probationis incũbat. Hac in diſceptatione videtur probãda eſſe ſententia Bartoli, *hic nu.2.Salyc.nu.1. Cyni.in prin. Ang in prin.& n.1 Caſtr.nu.1. Fulgoſ.nu.2 Sichard.nu.1.Alex.conſ.149.nu.12.lib.5.Viui. in theſaur.comm.opin.in verb.ætas.n.10. Dec.conſ.682.nu.13.item in c.in præſentia.n.50. extr.de probat.Beroii.nu.201.Abbatis n.32.Sfortia Oddi in tract.de reſtit,in integ.in 1.part.quæ. 37 nu.3.verſ.ſed contra eſt veritas,* vbi ſubiicit, hanc eſſe communem omnium Doctorum regulam, & multos auctores in hãc rem accerſit, *Maſcard.lib.2.de probat.concluſ.666.nu.1.& 3.* vbi pariter multos Doctores in hanc
5 ſententiam aduocat, exiſtimantium, hanc neceſſitatem † illi indicendam, qui fundamentum ſuæ intentionis in ætate cõſtituat. Quæ interpretatio vltra auctores relatos non vulgares leges, quibus fulciatur, habere videtur. Innititur enim conſtitutionis præſentis definitioni, deinde *l.de ætate 44.ff. de reſtitut.in integr. item l.cum de ætate, 13. ff. de probat.* Maxime autem, *l.ſi minorem,ſupr. de in integr.reſt.* quod ſcilicet, qui certum tempus adducit, illud probare debeat, *l. eum actum,in prin.ff.de negot.geſt.l.eum. §. Publiciana.ff.de Public.in rem.act.l.matrem hoc tit.*

Ceterum ſciendũ eſt, quod quamuis re-
6 gulariter ita res comparata ſit, tamen † diſtinctionem ex cauſſis recipiat, *vt hoc loco oſtendunt Bald.nu.5. Salyc.num.4.Maſcard. d. concluſ.666.nu 8.Florian.d l.cum de ætate.nu.6. ff.de probat.Iacob.Menoch.libr.1.præſumt.50. num. 20.& ſeq.* conſiderandum eſſe, quod omnes actus, vel iam facti ſint, vel fieri debeant: ita ſcilicet, vt controuerſia circa præterita, vel circa futura verſetur. Primo caſu intereſſe, an actus, qui interceſſerint, vel impugnentur, vel de iuſtificatione eorum agatur. Secundo caſu rurſum referre, an hoc modo futurum ſit, vt impediatur ne fiat, vel vt fiat, demonſtranda ſit perſonæ qualitas.

Primo caſu, cum actus, qui iam interceſſit, impugnatur, obtinere deciſionẽ noſtræ legis, *d.l.de ætate.ff. de minor.& l.ſi minorem. C.de in integr.reſt.minor.* & quod ſcilic. præſu-
matur pro actu, qui debitam † formam habeat, *arg.l.ab ea parte.ff.de prob.* hinc inferendo, quod ſi heres alicuius ad labefactandam oblationem de ſua perſona atque bonis obiiciat, defunctum tempore oblationis minorem fuiſſe, quod hoc ipſum probare debeat, *c.in præſentia.de probat.* Et quod ſi alicui tanquam iuſtæ ætatis, collatum ſit beneficium, atque is aduerſarium habeat, qui neget illum iuſtæ ætatis fuiſſe, & propterea inhabilem, huic aduerſario tale onus incumbere, *Alciat.reg.3.præſumt.c.19.n.2. Alex.conſ. 149.lib.5.nu.16. Maſcard.d.concluſ.666.nu.9. Bald hic.nu.5.Iac.Menoch.d.lib.2.præſumt.50. num.26.vbi plures allegat.* Secundus eſt caſus, quando ætas in iudicium deducitur ad
iuſtificationem † actus, qui interceſſit, veluti ſi quæſtio ſit de curatore, an is recte datus ſit. Nam hoc ipſum præſumitur, *arg. l. obſeruare.ff. de curat.furioſ.* quod ſcilic. ſine cauſſæ cognitione dari non ſoleat. *Alex. in l. 6.ff. de verb.oblig nu.18.Iaſon.ibid.nu.13.Imol.n.3.Alciat.nu.14.& ſeq.* Item ſi tractetur de ætate illius, qui ad aliquod officiũ electus eſt. Nam & hic idem probabimus, vt idoneus fuiſſe videatur, *Menoch.d.præſumt.50.libr. 2.n.28. Alciat.d.præſumt.19.reg.3.* cum ſcil. vt commemorat Bald.in hac noſtra lege *nu.9.* nullum præiudicium alterius verſetur: quod & ipſum videtur ꝓbare Salyc. *hac l.n.5.* quãuis inter ſpiritualia diſtinguat, de qua re poſtea.

Tertius eſt caſus, quãdo † reſpectu actus 9
futuri deducitur ætas ad impediendum, ne quis ad certum munus admittatur. Hoc enim caſu, qui ætatem deducit, probare debet, ſiue actor ſit, ſiue reus: veluti ſi quis contra procuratorem obiiciat, quod tale munus ſuſtinere non poſſit, vt minor 25.annis, *l.exigendi. C. de procurat.* ſecundum opinionem Doctorum, qui procuratorem intra illam ætatem negant, huiuſmodi partes accommodare poſſe. Huiuſmodi enim probatio ab excipiente requireretur, *vt tradunt in hac noſtra lege Cyn.num.3. poſt Iac.de Rauenna. Salyc.num.3. Menoch.d.præſumt.50.lib.2. num.30.Alciat.præſumt.14.regul.2.nu.2.Ioan. Andr.c. infantibus.de reg.iur.in 6.*

Quartus eſt caſus, cum † aliquis deducit 10
ætatem ad demonſtrandũ, ſe eſſe idoneum: veluti, ſi cui aliquod officiũ vel beneficium delatũ ſit, ſi eſſet legitimæ ætatis. Hic enim, qui adſpirat ad huiuſmodi beneficium, pro-

Digitized by Google

bare ætatem ſuam debet, cum is, qui aſſerat cõditionem adſcriptam, exſtitiſſe illud docere debeat, *l. ex his. C. quand. dies legat. cedat. Alciat. d. præſumt. 14. reg. 2. nu. 3. Salyc. num. 6. verſ. aut & tertio. Bald. nu. 7. Iac. Menoch. dict. præſumt. 50. nu. 32.* vbi plures allegat, & aliud exemplum refert in patre, qui filio ſuo impuberi Gaium ſubſtituiſſet, ſi is filius impubes in ætate pupillari deceſſiſſet, *Did. Couarr. lib. 2. var. reſolut. c. 7. num. 7. & plures alii, quos idem Menochius allegat.*

Circa hanc doctrinam Baldi & aliorum animaduertendum eſt, ꝙ quamuis ſupra diximus, quod ſi quis contendat, electum non eſſe legitimæ ætatis, veluti, ſi quis Epiſcopus deſignatus eſſet, vel Archiepiſcopus communibus canonicorum ſuffragiis, aut maioris partis, & ad impediendam confirmationem ipſius aduerſarius contenderet, illum non eſſe iuſtæ ætatis, ſcilicet triginta annorum, *cap. cum nobis, 19. extra. de elect. c. epiſcopus, diſt. 77.* vel ſi presbyterum ordinatum diceret 25. annum egreſſum non eſſe contra *clem. fin. de ætat. & qualit. ordinandor.* hoc caſu probationem id aſſerenti incum-
11 bere, *Panorm. in d. c. cum nobis. n. 2.* Hæc † res tamen non impediet, quo minus ille, cuius eſt cõfirmare, inquirere de ætate poſſit, aut probationis neceſſitatẽ in electum reiicere, quod affirmat idem Panorm. *eodem loci. n. 5. arg. eiuſdem cap. cum nobis. Salyc. hic n. 5.* quod, vt ait, beneficia videantur petẽtibus conditionaliter concedenda, ſi ætatis legitimæ ſint, *vt 78. diſt. c. presbyter.* Et hoc ꝓpter magnum animarum præiudiciũ: Item alia ratione, quod nulla ætas quem dignum efficiat, vt rebus diuinis & ſpiritualibus præeſſe poſſit, *l. ſi quenquam. ſupr. de epiſc. & cleric.* niſi, vt ait, diſpenſatiue & ex gratia. Hæc tamen
12 ita † ſeſe habent, niſi alia ſint, quæ vel huic, vel alteri ſuffragentur, puta ſi adſpectus corporis aliquem maiorem vel minorem eſſe declaret, *l. minor viginti quinque annis adito præſide. ff. de minoribus.* vel ſi alicui datus eſſet curator, *vt ſupr. dictum eſt, Iac. Menoch. d. præſumt. 50. n. 40. Maſcard. d. concluſ. 666. num. 35.* qui plures vtrobique referunt: vel ſi aliis legitimis probationib. ſe certæ ætatis eſſe demõſtraſſet, quod variis modis explicari po-
13 teſt. Primo † per teſtes, ſcil. obſtetrices & alias mulieres, quæ natiuitati interfuerunt, *l. omnes ſupr. de his qui ven. æt. impet. Bar. d. l. de ætate. nu. 7.* vbi tamen oſtendit magna cautela opus eſſe, in illa probatione, quæ per teſtes fiat, *Maſcard. concluſ. 668. in prin. Iac. Menoch. lib. 2. præſumt. 51. nu. 1. Alciat. regul. 2. præſumt. 14. nu. 5. Sfortia Oddus in tract. de reſtit. in integr. q. 37. artic. 6. num. 61.* vbi plures in hanc rem, *vt etiam faciunt Maſcard. & Menoch.* recẽſent. Deinde probari poteſt per profeſſiones natalium, *l. 2. ſupra. de his qui ven. æt. impetr. l. cum de ætate, 13. ff. hoc tit. l. etiam 16. ff. eod. l. 2. §. 1. ff. de excuſat. tutor.* ſiue per libros cenſuales, *l. 3. ff. de cenſib. Guilielm. Bud. in annotationibus Pandectarum, ad d. l. cum de ætate. Iac. Menoch. d. præſumt. 51.* vbi illud ex multis auctoribus teſtatum relinquit, & oſtẽdit, hunc profeſſionis morem adhuc apud Venetos obtinere. Idem exiſtimat Salyc. *hic n. 4. de ſcriptur. parent. arg. d. l. 2. ff. de excuſat. tut. & l. etiam. ff. de probat. & multi alii, quos recenſet Menoch. d. præſumt. 51. num. 8. lib. 2. Sfortia Odd. d. q. 37. part. 1. in tract. de reſtit. in integr. artic. 12. nu. 91.* vbi hanc ſententiam communem eſſe profitetur: Ipſe tamen ibidem ſecutus Iac. Menoch. certis modis diſtinguit, quo etiam Lectorem breuitatis cauſſa reiicio. Porro & libris parochorũ tempus natiuitatis alicuius impleri poſſe teſtatur Ioſeph. Maſcard. *d. concl. 672. nu. 1.* & in hoc omnes conſentire profitetur idem Sfortia Oddus *part. 1. q. 37. ſui tract. de reſtit. in integr. art. 9 nu. 83.* vbi ait omnes in hoc cõcordare, Iac. Menoch. *d. præſumt. 51. lib. 2. nu. 53. arg. l. cenſus. ff. de prob.* Præterea hæc ipſa ætas probari poteſt ex delatione iuriſiurandi, *l. pen. ſupr. infra. ſi minor maiorem ſe dixer.* item cõfeſſione aduerſarii vel propria, *l. de ætate, 11. ff. de interrog. action.*

Lex, Neque natales, 10.

SVMMARIA.

1 *Omnem probationem concludentem eſſe debere.*
2 *Partus conditionem matris ſequitur.*
3 *Intellectus l. pen. ne de ſtat. defunct.*
4 *In quibus rebus filii patrem ſequantur.*

EX hac lege, nec non *l. matrem*, item, *l. ad probationẽ hoc eod. tit.* colligimus, omnem probationem concludentem eſſe † debe- 1
re. Vnde non ſequitur, *pater fuit ingenuus, ergo, & filia ipſius*, cum partus † conditio- 2
nem matris ſequatur, *l. aui 28. infra. de liberal. cauſ. & leg. partum, 7. ff. de rei vindic.* Et
quamuis videatur obſtare † *lex penultim. in-* 3
fra. ne de ſtat. defunct. poſt quinquennium quæratur, vbi filius videtur ſequi conditionem patris ſui, cuius ſtatus poſt quinquennium confirmetur, tamen, ex interpretatione gloſſæ hanc recipit diſſolutionem, vt eam intelligamus de conditione adſcriptitia, vbi

Digitized by Google

vbi filius ſolebat ſequi ſeruitutem parentis,
l. colonos, 19. l. ne diutius, 21. infr. de agric. & cen-
ſit. lib. 11. quod tamen Iuſtinianus poſtea e-
mendauit, *l. fin. ff. eod. tit.* Sequuntur itaque
4 patrem † quoad alias cauſſas, ſcilicet, quo-
ad originem attinet, *l. 1. §. qui ex duobus. ff. ad*
municip. vt cēſeantur ex familia patris, *l. 196.*
§. 1. ff. de verb. ſign. item quod ab eo dignita-
tem recipiant, *l. filiā, 9. cum l. ſeq. ff. de ſenator.*

De lege, *ſi ſcriptū*, nihil in præſentia diſſe-
rimus, quod locus ordinarius ſit, *in l. ſciendū,*
30. ff. de verb. oblig.

Lex, cum res, 12.

Svmmaria.

1 Conflictus interpretum circa explicationem præ-ſentis legis.
2 Conditiones hic propoſitas ad implendū dominium ſufficere, ſecundum Placentinum, Baldum, Fulgoſium.
3 Contraria ſententia gloſſæ, Bartoli, Alberici. &c.
4 In quo principalis legis noſtræ quæſtio verſetur.
5 Probationem dominii probari per confeſſionem aduerſarii.
6 Item per teſtes & inſtrumenta.
7 Sufficere quod per teſtes doceam dominium ex occupatione mihi quæſitum, item alluuione, confectione ſpeciei, inædificatione.
8 Per vſucapionem nedum mobiles, ſed etiam res ſoli nobis pleno iure quæruntur.
9 Ad dominii probationem ſufficit, ſi conſtet de conditionibus hac lege propoſitis, contra venditorem vel eius heredem.
10 An ad tranſlationem dominii opus ſit traditione vacuæ poſſeſſionis.
11 Confirmata ſententia, quod non requiratur.

1 ANimaduerto, interpretes noſtros † in
explicatione huius legis eo plerunque
rem deducere, vt putent, hic tradi de modo
aut ratione, qua dominiū probari debeat,
adeo vt in conflictationē, meo iudicio, non
neceſſariam videatur incidere. Enimuero
2 Placentinus, quem † ſequitur Bald *n. 4 & 9.*
& a quo non eſt alienus Fulgoſ. *n. 3.* Maſcar.
concluſ 537 nu. 1. videntur eſſe in illa opinio-
ne, vt exiſtiment, tria hic in textu propoſita
ad plenam dominii probationem ſuffice-
re, quod facta ſit emtio, quod quis in vacuā
poſſeſſionem ſit inductus, & quod pretium
3 ſit numeratum. Sed, vt mea † fert ſententia,
errāt, quod, vt recte animaduertit gloſſa, *in*
verb. in vacuam, Cynus nu 1. Bart. nu. 3. & ibid.
Alex. in addit. Alberic. nu. 1. Caſtr. nu. 10. Sa-
lycet. numer. 7. Iul. Pacius numer. 24. idque vt
ait ex communi ſententia, *Donell numer. 22.*
Alexand. conſ. 182. num. 1. libr. 7. ad adſtrin-
gendam fidem dominii, etiam alia condi-
tio requiratur, quod ſcilicet is, qui vendidit,
dominus fuerit, quod nemo rem tradendo
plus iuris in eum transferre poſſit, quam ipſe
habuit, *l. traditio. ff. de adquiren. rerum domin.*
§. quod dicit ff. de pign. Neq; putamus, quid-
quam mutare textū noſtrum, cum princi-
palis quæſtio † in eo non conſiſtat, quomo- 4
do de rei dominio docere debeamus, ſed
an neceſſario inſtrumēta requirantur. Hāc
igitur diſceptationem dirimit Imperator,
quod ſcilicet in cauſſa probationis cognitio
Iudicis ad vnam ſpeciem non alligetur, *l. 3.*
§. eiuſdem. ff. de teſtibus.

Liberum itaque ipſi erit, † id conſequi o- 5
mnib. iure proditis probationibus, per cō-
feſſionem aduerſarii, *l. vnica. infra. de confeſſ.*
Bart. in l cum falſa. num. 2. Cod. de iuris & fact.
ignor. Crauett. conſ. 157. num. 2. Maſcard. concl.
545. num. 1. per rei euidentiā, vt ſi res in meo
ſolo, voluntate domini ædificata ſit, *l. 2. ſupr.*
de rei vindic. §. ex diuerſo. Inſtit. de rer. diuiſ. &
adquir. ear. domin. per † teſtes & inſtrumēta, 6
vt hac noſtra lege, cap. cum ad ſedem, extra. de re-
ſtit. ſpoliat. Etenim neceſſarium minime du-
cimus, quod ad huius rei fidem illuſtrādam
publica inſtrumenta intercedant. Conſilii
enim eſt, vt ad expeditiorem probandi ra-
tionem, res publicis monumentis commit-
tatur, *l. contrahitur, 4. ff. de pignor. l. in re hypo-*
theca. ff. de fide inſtrumen. l. cenſus. ff. de probat.
Neceſſitatis tamē hæc res minime eſſe cen-
ſetur, cum ad conſtituēdam fidem tantum
poſſint teſtes, quantum inſtrumenta, *l. in ex-*
ercendis, infr. de fide inſtrum. Sed difficultas in
eo verſatur, qua ratione per teſtes id conſe-
qui poſſimus. Et ſane cum gloſſa exiſtimo,
nos multis modis eo viam munire poſſe.
Quid enim, ſi p teſtes præſtetur dominium
alicuius rei mihi per † occupationem quæ- 7
ſitum, *vt §. feræ. Inſtit. de rerum diuiſ. cum §. ſe-*
quen. l. 3. cum l ſeq. ff. de adquir. rer. dominio. l. 5.
§. fin. cum l ſeq. eod tit. l. adeo 7. §. inſula. ff. eod.
tit. Quo pertinent etiam ius alluuionis, *d. l.*
7. §. præterea, confectio ſpeciei, *§. cum quis,*
ead. leg. inædificatio, *§. cum in ſuo, & multi alii*
modi, qui toto paſſim titulo commemorantur. In
eadem † cauſſa eſt vſucapio non ſolum mo- 8
bilium, ſed etiam immobilium, *l. vnica. C. de*
transform. vſucap. Inſtit. de rer. vſucap. in prin-
cip. de qua re late diſſerimus. in tract. de præſcrip.
part. 1. cap. 3. numer. 27. quod ipſum definitio
vſucapionis ſatis demonſtrat, *l. 3. ff. de vſur-*
patio. quo pertinet, *l. eum qui, 23. ff. eodem*
titulo.

Porro, definitio præcedentium † aucto- 9

Digitized by Google

rum eo caſu procedere poterit, quo ageretur contra illum, qui eandem rem vendidiſſet, vel ipſius heredem, cum ſuam turpitudinem allegare non poſſint, *arg. l. ſi creditorib. infr. ſi ſeruus pignor. dat. manumiſſ. ſit. gloſſ. hic in verb. in vacuam, Bart. nu. 5. vbi illud notabile eſſe dicit, Caſtr. nu. 11. Fulgoſ. nu. 5. Ang in prin. Alberic. n. 3. Salyc. num. 7. Miſcard. d. concluſ. 537. nu. 9.* Ceterum cum hic fiat mentio im-
10 miſſionis in † vacuam poſſeſſionem, in dubitationem vocari cœpit a gloſſa & aliis Doctoribus, an ad translationem dominii vacuæ poſſeſſionis traditio requiratur? Hanc neceſſariam eſſe innuere videntur definitio præſentis legis, deinde lex *quæ prædium, 13. Cod. de diſtract. pignor.* quæ declarat, illum, qui prædium obligatum a creditore emit, nullam in rem habere actionem, niſi in vacuam poſſeſſionem inductus ſit. Tertio, *arg l. 2. & 3. ff. de act. emt. & vend.* illa conſideratione admiſſa, quod res non videatur tradita, cũ poſſeſſio rei emtæ auocetur. Hæc
11 & ſimilia † tanti ponderis tamen non fuerunt, quin interpretes, *vt gl. in d. verb. in vacuam, Bart. nu. 1. Bal. nu. 7. Fulgoſ. nu. 3. Cyn. n. 5. Ang. n. 1. Caſtr, nu. 5 & 7. Salyc. num. 5. Donell. nu 11. Iul. Pac. num. 13.* in contrariam ſententiam abiuerint, ſtatuentes ex cauſſa venditionis tranſire dominiũ, quamuis poſſeſſio vacua tradita non ſit, idque colligitur ex *l. ſi cum fundũ, 38. ff. de contrah. emt. & l. ſi fundum, pen. ff. de fund. dotal.* Nec eſt, quod nos torqueant leges in contrarium adductæ, cum duplici modo poſſeſſio non intelligatur vacua, vno ſi alius vere poſſideat: hic enim traditio venditoris efficere non poterit, vt dominium translatum cenſeatur, quippe cum alius non deſinat poſſidere, & cum temere fundum poſſeſſum occupantem repellere, *l. clam. §. fi. ff. de adquir. vel amit poſſ. l. 3. §. eum. ff. de vi & vi arm.* aut per interdicta auocare, & ſe aſſerere in poſſeſſionem, *l. iuſta. ff. vti poſſidet.* queat.

Lex, non epiſtolis. 13.

SVMMARIA.

1 *Neceſſitudinis verbum late patere, & complecti agnationem & cognationem.*
2 *Qui ſint conſanguinei.*
3 *An ſcripta aliquid momenti faciant ad conſtituendam conſanguinitatis cauſam.*
4 *Status controuerſia in præſenti lege.*
5 *Si quis in epiſtola aliquam ſororem nominet, an id ſufficiat ad probationis contrariæ onus ipſi iniungendum.*
6 *Auctores & argumenta quibus negatiua ſententia confirmetur.*
7 *Contraria ſententia ab auctore approbata, & rationes.*
8 *Per epiſtolas non induci cauſſam quaſi poſſeſſionis conſanguinitatis contra Bart. & alios, ſed inde naſci quandam præſumtionem.*
9 *Intellectus l. neq; de teſtament.*
10 *Interpretatio l. epiſtola, de pactis.*
11 *Intellectus l. iubemus, de liberal. cauſ.*
12 *Si demonſtratio finalem cauſſam contineat, eaq; falſa deprehenderetur, vitiaret diſpoſitionem.*
13 *Præſumtionem quæ ex epiſtola naſcatur per aliam præſumtionem elidi poſſe.*
14 *Confeſſio extraiudicialis quando plenam fidem facere intelligatur.*
15 *Epiſtola ſemper loqui dicitur.*
16 *Non mutatur ſtatus liberti ſi illum filium in teſtamento appellet, ſed tamen in cauſſa dubiæ probationis illa res momentum habet.*
17 *Non auditur mater quæ neget aliquem ex ſe conceptum, quem antea pro filio agnouerat.*
18 *Imprudentia regis Agidis qui Leotychidem filium eſſe negarat, & pœnitentia ductus id reuocare conatus eſt.*
19 *Verba enuntiatiua onus probandi in aduerſarium reiicere.*
20 *Non eſſe veroſimile quod quis ſcribendo filium appellet qui non ſit.*
21 *Si literæ quibus quis frater appelletur ad eum mittãtur, qui in quaſi poſſeſſione eius iuris ſit, onus probandi in eos, qui contrarium aſſerant, reiicient.*
22 *An neceſſariũ ſit, vt principaliter a ſe prolatæ ſint.*
23 *Si filius in quaſi poſſeſſione huius iuris minime ſit, tunc enuntiationis verba non proſunt.*
24 *Quid obtineat ſi dubium ſit an in quaſi poſſeſſione fuerit, cum diſtinctione an principaliter ad cauſſam huius iuris pertineat.*
25 *Quid ſi incidenter id factum ſit, ſed bis, aut ſæpius.*
26 *An ceſſante cauſſa quaſi poſſeſſionis nominatio aliquid præiudicii inferat.*
27 *An hæc præſumtio proſit illo caſu, quo quis nõ conuenìatur, ſed ipſemet agat.*
28 *Diſtinctio Didaci Couar. an tractetur de modico præiudicio, an graui.*
29 *Diuerſæ ſententiæ aſſertores qui putent diſtinguendum non eſſe.*

PRo explicatione præſentis reſponſi obſeruandum eſt, neceſſitudinis † verbum 1
late patere & primo complecti omnem cõiunctionem, quæ nobis vel ob merita, vel ratione ſanguinis, cum aliquo eſſe poſſit, vt declarat Iulius Fronto, *de differentiis vocum,* Ratione meritorũ, veluti cum præceptoribus & amicis: ratione ſanguinis, vt noſtris cognatis, deinde etiam affinibus, ſi illam dictionem tam late patere ponamus, vt vtroſque comprehendat, *l. fin. ff. de iuſt & iur.* Cognatio autem duas ſpecies ſubiectas habet: agnationem & cognationem in ſpecie, *Inſtit. de*

ſtit.de legitima agnator.ſucceſſ.§.1. item de legit. agnator. tutel. §.ſunt autem agnati. item de ſucceſſ. agnatorum.§.eos etiam.l.4.§.cognationis.l. vltima. §. intra natos. ff. de gradibus agnationis.

2 Porro agnatio in conſanguinitatē & re-
liquam agnationem diuiditur. Sunt † au-
tem conſanguinei, *vt tradit Cuiacius obſer-
uat.lib.11.c.26.Briſſonius & Scardius in ſuis Le-
xicis*, agnatio quædam per patris perſonam
in fratribus, addo etiam ſororibus, concilia-
ta, *vt recte hic animaduertit Iul. Pacius arg. no-
ſtræ leg. & §. vulgo, Inſtit.de ſucceſſione cognato-
rum.* Nec refert vtrum ex eadē matre ſint,
an non, *§.ſunt autem. Inſtit. de legitim.agnat.
ſucceſſ.l.vlt. §.ſecundo gradu ff. de gradibus a-
gnatorum.* Nec mutat, quod textus *in fin.* hãc
coniunctionem *fraternitatem* vocat, cum
pronuntiatione fratris, etiam ſoror conti-
neatur, *l. tres fratres, 35.ff. de pactis, l. Lucius.
38.ff.famil.erciſc l. Lucius 93.§. quæſitum. ff. de
legat.3.l. Lucius 78.§ Meuia.ff.ad SC. Trebell.*
Vnde animaduertimus, non fruſtra in præ-
ſenti lege hæc duo cõiungi, neceſſitudinem
conſanguinitatis, ꝙ ſcil. auctor legis genus
ad certas ſpecies reuocare voluerit. Quęſtio
itaq; noſtræ legis in hoc conſiſtit, anne ſcri-
pta alicuius momentũ faciãt ad conſtituen-
3 dam † conſanguinitatis cauſſam? Et negat,
4 ſumto argumento † ab enumeratione, ꝙ
talis neceſſitudo, aut natalibus contrahatur:
aut adoptionis ſolemnitate, non epiſtolis,
aut ſimili ex cauſſa, veluti, ſi quis ad diuiden-
dam hereditatem, tanquam ſororem ſuam,
arbitrum petiiſſet, aut quaſi ad ſororem epi-
ſtolam miſiſſet, vnde illa diſceptatio, cui in
5 præſenti caſu onus † probandi incumbat,
hanc ſororem eſſe, aut non eſſe. Et quidem
Doctores noſtri, contendunt id ab illa pro-
6 bandum, quæ † ſe talem aſſerat, *vt Accurſ.
in verb.cõiungitur.Bart.nu 1.lectur.antiq.item
lectura noua, Cyn.n.2.Bald.n.4.verſ.tertio caſu.
Alberic.nu.1.Salyc.nu.4.Ang.nu.1.Caſtr.nu.1.
Fulg.num.2.*

Et pro defenſione huius ſentẽtiæ multa in medium adduci poſſunt. Primo, *l.neque 5. infr.de teſtam.* Secũdo, *l.epiſtola 52.ff de pactis.* Tertio, *l. iubemus, 41. infra. de liberal. cauſſa.* Quarto, ꝙ fieri poſſit, vt quis fraterna caritate diligatur, & ideo vocetur frater, *l.nemo, 58.§.1.ff.de hered.inſtit.* Quinto, ꝙ confeſſio extraiudicialis nõ præiudicet, *l.fi.ff. de interrog in iur.fac.* Sexto, *l. Gaius, 12. de iure patron.* qua cauetur, quod ſi quis libertum ſuum in teſtamento filium appellarit, nõ propterea mutari cõditionem ipſius liberti. Septimo, *l.ſi inſtituta, 27.§. 1.ff. de inoffic. teſt.* vbi verba parentis, qui teſtamẽto aliquẽ filium ſuum non eſſe affirmauit, nihil præiudicii filio adferunt. Vnde idem etiam in contrario caſu ſtatuendum videretur. Octauo, *l. ex his verbis, 7.infr.de teſt.milit.* quæ declarat, verba enuntiatiua, etiam teſtamento comprehenſa nullam vim obtinere. Nono, *l. liberorum, 220.§.fin.ff.de verb.ſign.* ex quo colligitur, beneuolentiæ cauſſa ſæpe filios appellari, qui reuera non ſint.

Hæc tamẽ argumenta, & ſi quæ ſunt, quę
eodem referri poſſunt, bene ſubducta a me
impetrare non potuerũt, quin contrariam
ſententiam † Iulii Pacii, *n.24* ducerem præ- 7
ferendã eſſe, qui auctor eſt, huiuſmodi con-
feſſionem per verba enuntiatiua factã, eam
præſumtionẽ continere, quæ probandi ne-
ceſſitatem in alium reiiciat, idque arg *l. præ-
ſentis & l.ſeq.item l.Imperatores, 29.in prin.ff.
de probat.l. Publia, 26. §.fin.ff.de prob.* Nec pu-
to admittendam † eſſe ſententiam Bartoli, 8
quem fere alii ſequuntur, qui *n.1.* hac noſtra
l. profitetur, quod per huiuſmodi epiſtolas
introducatur poſſeſſio fraternitatis. Repu-
gnat enim textus noſter & ſequens lex, ex
quibus colligimus, eius, quod non eſt, aut ti-
tulo, qui plane nullus ſit, poſſeſſionẽ & per
conſequens ius fraternitatis & filiationis, vt
vocant, conſtitui non poſſe. Naſci tamen ex
huiuſmodi epiſtolis eam præſumtionẽ, quæ
onus probãdi in alium transferat, quaſi quis
fere frater natus eſſet. Nec mouent leges e
diuerſo allegatæ. Lex enim † neque. *C. de te-* 9
ſtam. nihil aliud euincit, quam quod profeſ-
ſio & aſſeueratio nuncupantium filios, qui
nõ ſint, veritati nõ præiudicet. Intelligimus
enim, legem eo caſu, quo aperte conſtet, a-
liquem filium non eſſe, vel heres ſuſcipiat
huiuſmodi onus in ſe, idq; coarguũt illa ver-
ba, *qui filii non ſunt.* In eadem conditione eſ-
ſe conſtituo † *legem, 52.ff.de pactis*, qua com- 10
prehẽditur, epiſtolam, qua quis coheredem
ſibi aliquem eſſe cauit, petitionem nullam
aduerſus poſſeſſores rerum hereditariarum
tribuere. Duæ enim huius ſcripti ſunt ratio-
nes, vna *l. iuriſgentium 7.§. ſed cum nulla.ff. eo.
tit.* alia, quod petitio hereditatis contra poſ-
ſeſſores non detur niſi his, qui ex teſtamen-
to vel ab inteſtato heredes ſunt, *vt l.1.& ſeq.
ff.de pet.hered.l.1.& 2.ff.fam erciſc.* multo mi-
nus † negotii exhibebit *l.iubemus, 41.infr. de* 11
liberal.cauſ. Enimuero epiſtolis propterea fi-
des non accomodatur, quod per teſtes, imo

Digitized by Google

rum eo caſu procedere poterit, quo ageretur contra illum, qui eandem rem vendidiſſet, vel ipſius heredem, cum ſuam turpitudinem allegare non poſſint, *arg. l. ſi creditorib. infr. ſi ſeruus pignor. dat. manumiſſ. ſit. gloſſ. hic in verb. in vacuam, Bart. nu. 5. vbi illud notabile eſſe dicit, Caſtr. nu. 11. Fulgoſ. nu. 5. Ang in prin. Alberic. n. 3. Salyc. num. 7. Miſcard. d. concluſ.*
10 *537. nu. 9.* Ceterum cum hic fiat mentio immiſſionis in † vacuam poſſeſſionem, in dubitationem vocari cœpit a gloſſa & aliis Doctoribus, an ad translationem dominii vacuæ poſſeſſionis traditio requiratur? Hanc neceſſariam eſſe innuere videntur definitio præſentis legis, deinde lex *quæ prædium, 13. Cod. de diſtract. pignor.* quæ declarat, illum, qui prædium obligatum a creditore emit, nullam in rem habere actionem, niſi in vacuam poſſeſſionem inductus ſit. Tertio, *arg l. 2. & 3. ff. de act. emt. & vend.* illa conſideratione admiſſa, quod res non videatur tradita, cũ poſſeſſio rei emtæ auocetur. Hæc
11 & ſimilia † tanti ponderis tamen non fuerunt, quin interpretes, *vt gl. in d. verb. in vacuam, Bart. nu. 1. Bal. nu. 7. Fulgoſ. nu. 3. Cyn. n. 5. Ang. n. 1. Caſtr. nu. 5 & 7. Salyc. num. 5. Donell. nu 11. Iul. Pac. num. 13.* in contrariam ſententiam abiuerint, ſtatuentes ex cauſſa venditionis tranſire dominiũ, quamuis poſſeſſio vacua tradita non ſit, idque colligitur ex *l. ſi cum fundũ 38. ff. de contrah. emt. & l. ſi fundum, pen. ff. de fund. dotal.* Nec eſt, quod nos torqueant leges in contrarium adductæ, cum duplici modo poſſeſſio non intelligatur vacua, vno ſi alius vere poſſideat: hic enim traditio venditoris efficere non poterit, vt dominium translatum cenſeatur, quippe cum alius non deſinat poſſidere, & cum temere fundum poſſeſſum occupantem repellere, *l. clam. §. fi. ff. de adquir. vel amit poſſ. l. 3. §. eum. ff. de vi & vi arm.* aut per interdicta auocare, & ſe aſſerere in poſſeſſionem, *l. iuſta. ff. vti poſſidet.* queat.

Lex, non epiſtolis. 13.

SVMMARIA.

1 *Neceſſitudinis verbum late patere, & complecti agnationem & cognationem.*
2 *Qui ſint conſanguinei.*
3 *An ſcripta aliquid momenti faciant ad conſtituendam conſanguinitatis cauſam.*
4 *Status controuerſiæ in præſenti lege.*
5 *Si quis in epiſtola aliquam ſororem nominet, an id ſufficiat ad probationis contrariæ onus ipſi iniungendum.*
6 *Auctores & argumenta quibus negatiua ſententia confirmetur.*
7 *Contraria ſententia ab auctore approbata, & rationes.*
8 *Per epiſtolas non induci cauſſam quaſi poſſeſſionis conſanguinitatis contra Bart. & alios, ſed inde naſci quandam præſumtionem.*
9 *Intellectus l. neq. de teſtament.*
10 *Interpretatio l. epiſtola. de pactis.*
11 *Intellectus l. iubemus, de liberal. cauſ.*
12 *Si demonſtratio finalem cauſſam contineat, eaq. falſa deprehenderetur, vitiaret diſpoſitionem.*
13 *Præſumtionem quæ ex epiſtola naſcatur per aliam præſumtionem elidi poſſe.*
14 *Confeſſio extraiudicialis quando plenam fidem facere intelligatur.*
15 *Epiſtola ſemper loqui dicitur.*
16 *Non mutatur ſtatus liberti ſi illum filium in teſtamento appellet, ſed tamen in cauſſa dubia probationis illa res momentum habet.*
17 *Non auditur mater quæ neget aliquem ex ſe conceptum, quem antea pro filio agnouerat.*
18 *Imprudentia regis Agidis qui Leotychidem filium eſſe negarat, & pœnitentia ductus id reuocare conatus eſt.*
19 *Verba enuntiatiua onus probandi in aduerſarium reiicere.*
20 *Non eſſe veroſimile quod quis ſcribendo filium appellet qui non ſit.*
21 *Si literæ quibus quis frater appelletur ad eum mittãtur, qui in quaſi poſſeſſione eius iuris ſit, onus probandi in eos, qui contrarium aſſerant, reiicient.*
22 *An neceſſariũ ſit, vt principaliter a ſe prolatæ ſint.*
23 *Si filius in quaſi poſſeſſione huius iuris minime ſit, tunc enuntiationis verba non proſunt.*
24 *Quid obtineat ſi dubium ſit an in quaſi poſſeſſione fuerit, cum diſtinctione an principaliter ad cauſſam huius iuris pertineat.*
25 *Quid ſi incidenter id factum ſit, ſed bis, aut ſæpius.*
26 *An ceſſante cauſſa quaſi poſſeſſionis nominatio aliquid præiudicii inferat.*
27 *An hæc præſumtio proſit illo caſu, quo quis nõ conueniatur, ſed ipſemet agat.*
28 *Diſtinctio Didaci Couar. an tractetur de modico præiudicio, an graui.*
29 *Diuerſæ ſententiæ aſſertores qui putent diſtinguendum non eſſe.*

PRo explicatione præſentis reſponſi obſeruandum eſt, neceſſitudinis † verbum 1
late patere & primo complecti omnem cõiunctionem, quæ nobis vel ob merita, vel ratione ſanguinis, cum aliquo eſſe poſſit, vt declarat Iulius Fronto, *de differentiis vocum*, Ratione meritorũ, veluti cum præceptoribus & amicis: ratione ſanguinis, vt noſtris cognatis, deinde etiam affinibus, ſi illam dictionem tam late patere ponamus, vt vtroſque comprehendat, *l. fin. ff. de iuſt. & iur.* Cognatio autem duas ſpecies ſubiectas habet: agnationem & cognationem in ſpecie, *Inſtit. de*

ſtit.de legitima agnator.ſucceſſ.§.1.item de legit.
agnator. tutel. 5.ſunt autem agnati. item de ſuc-
ceſſ.agnatorum.§.eos etiam.l.4.§.cognationis.l.
vltima. §. intra natos. ff. de gradibus agna-
tionis.

2 Porro agnatio in conſanguinitatē & re-
liquam agnationem diuiditur. Sunt † au-
tem conſanguinei, *vt tradit Cuiacius obſer-*
uat.lib.11.c.26.Briſſonius & Scardius in ſuis Le-
xicis, agnatio quædam per patris perſonam
in fratribus, addo etiam ſororibus, concilia-
ta, *vt recte hic animaduertit Iul. Pacius arg. no-*
ſtra leg. & 5. vulgo, Inſtit.de ſucceſſione cognato-
rum. Nec refert vtrum ex eadē matre ſint,
an non, §.*ſunt autem.Inſtit. de legitim.agnat.*
ſucceſſ.l.vlt. §.ſecundo gradu ff. de gradibus a-
gnatorum. Nec mutat, quod textus *in fin.* hāc
coniunctionem *fraternitatem* vocat, cum
pronuntiatione fratris, etiam ſoror conti-
neatur, *l. tres fratres, 35.ff.de pactis, l. Lucius.*
38.ff.famil.erciſc l. Lucius 93.§.quæſitum ff. de
legat.3.l. Lucius 78.§ Meuia.ff.ad SC. Trebell.
Vnde animaduertimus, non fruſtra in præ-
ſenti lege hæc duo cōiungi, neceſſitudinem
conſanguinitatis, ꝙ ſcil. auctor legis genus
ad certas ſpecies reuocare voluerit. Quęſtio
itaq; noſtræ legis in hoc conſiſtit, anne ſcri-
pta alicuius momentū faciāt ad conſtituen-
3 dam † conſanguinitatis cauſſam? Et negat,
4 ſumto argumento † ab enumeratione, ꝙ
talis neceſſitudo, aut natalibus contrahatur:
aut adoptionis ſolemnitate, non epiſtolis,
aut ſimili ex cauſſa, veluti, ſi quis ad diuiden-
dam hereditatem, tanquam ſororem ſuam,
arbitrum petiiſſet, aut quaſi ad ſororem epi-
ſtolam miſiſſet, vnde illa diſceptatio, cui in
5 præſenti caſu onus † probandi incumbat,
hanc ſororem eſſe, aut non eſſe. Et quidem
Doctores noſtri, contendunt id ab illa pro-
6 bandum, quæ † ſe talem aſſerat, *vt Accurſ.*
in verb.cōiungitur.Bart.nu 1.lectur.antiq.item
lectura noua, Cyn.n.2.Bald.n.4.verſ.tertio caſu.
Alberic.nu.1.Salyc.nu.4.Ang.nu.1.Caſtr.nu.1.
Fulg.num.2.

Et pro defenſione huius ſentētiæ multā
in medium adduci poſſunt. Primo, *l.neque 5.*
infr.de teſtam. Secūdo, *l.epiſtola 52.ff de pactis.*
Tertio, *l. iubemus, 41. infra. de liberal. cauſſa.*
Quarto, ꝙ fieri poſſit, vt quis fraterna cari-
tate diligatur, & ideo vocetur frater, *l.nemo,*
58.§.1.ff.de hered.inſtit. Quinto, ꝙ confeſſio
extraiudicialis nō præiudicet, *l.fi.ff. de inter-*
rog in iur.fac. Sexto, *l. Gaius, 12.de iure patron.*
qua cauetur, quod ſi quis libertum ſuum in
teſtamento filium appellarit, nō propterea
mutari cōditionem ipſius liberti. Septimo,
l.ſi inſtituta, 27.§.1.ff.de inoffic.teſt. vbi verba
parentis, qui teſtamēto aliquē filium ſuum
non eſſe affirmauit, nihil præiudicii filio ad-
ferunt. Vnde idem etiam in contrario caſu
ſtatuendum videretur. Octauo, *l. ex his ver-*
bis, 7.infr.de teſt.milit. quæ declarat, verba e-
nuntiatiua, etiam teſtamento comprehen-
ſa nullam vim obtinere. Nono, *l. liberorum,*
220.§.fin.ff.de verb.ſign. ex quo colligitur, be-
neuolentiæ cauſſa ſæpe filios appellari, qui
reuera non ſint.

Hæc tamē argumenta, & ſi quæ ſunt, quę
eodem referri poſſunt, bene ſubducta a me
impetrare non potuerūt, quin contrariam
ſententiam † Iulii Pacii, *n.24* ducerem præ- 7
ferendā eſſe, qui auctor eſt, huiuſmodi con-
feſſionem per verba enuntiatiua factā, eam
præſumtionē continere, quæ probandi ne-
ceſſitatem in alium reiiciat, idque arg *l. præ-*
ſentis & l.ſeq.item l.Imperatores, 29.in prin.ff.
de probat.l. Publia, 26.§.fin.ff.de prob. Nec pu-
to admittendam † eſſe ſententiam Bartoli, 8
quem fere alii ſequuntur, qui *n.1.* hac noſtra
l. profitetur, quod per huiuſmodi epiſtolas
introducatur poſſeſſio fraternitatis. Repu-
gnat enim textus noſter & ſequens lex, ex
quibus colligimus, eius, quod non eſt, aut ti-
tulo, qui plane nullus ſit, poſſeſſionē & per
conſequens ius fraternitatis & filiationis, vt
vocant, conſtitui non poſſe. Naſci tamen ex
huiuſmodi epiſtolis eam præſumtionē, quæ
onus probādi in alium transferat, quaſi quis
fere frater natus eſſet. Nec mouent leges e
diuerſo allegatæ. Lex enim † neque. *C. de te-* 9
ſtam. nihil aliud euincit, quam quod profeſ-
ſio & aſſeueratio nuncupantium filios, qui
nō ſint, veritati nō præiudicet. Intelligimus
enim, legem eo caſu, quo aperte conſtet, a-
liquem filium non eſſe, vel heres ſuſcipiat
huiuſmodi onus in ſe, idq; coarguūt illa ver-
ba, *qui filii non ſunt.* In eadem conditione eſ-
ſe conſtituo † *legem, 52.ff.de pactis*, qua com- 10
prehēditur, epiſtolam, qua quis coheredem
ſibi aliquem eſſe cauit, petitionem nullam
aduerſus poſſeſſores rerum hereditariarum
tribuere. Duæ enim huius ſcripti ſunt ratio-
nes, vna *l.iuriſgentium 7.§.ſed cum nulla.ff.eo.*
tit. alia, quod petitio hereditatis contra poſ-
ſeſſores non detur niſi his, qui ex teſtamen-
to vel ab inteſtato heredes ſunt, *vt l.1.& ſeq.*
ff.de pet.hered.l.1.& 2.ff.fam erciſc. multo mi-
nus † negotii exhibebit *l.iubemus, 41.infr. de* 11
liberal.cauſ. Enimuero epiſtolis propterea fi-
des non accomodatur, quod per teſtes, imo

confeſſionem propriam aduerſarii conſtiterit, eundem, ad quem literæ miſſæ erant, filium non eſſe. Plus coloris adſpergere poſſet definitio, *l. nemo, 58. ff. de hered. inſtit.* §. *1.* quod, qui frater non eſt, ſi fraterna caritate diligitur, recte cum nomine ſuo ſub appellatione fratris heres inſtituatur. Sed tamen & hæc lex bene conſiderata ſententiam noſtram confirmabit. Sciendum enim eſt, quod licet demonſtratio falſa non vitiet inſtitutionem vel legata, *l. demonſtratio, & l. falſa. ff. de condit. & demonſtrat.* tamen ſi de-
12 monſtratio † contineret finalem cauſſam, ex qua talis inſtitutio fieret, eaque falſa poſtea deprehenderetur, inſtitutio quoque infirmari ſolet, vt apparet ex *l. ſi pater. 4. & l. nec apud, 7. infra. de hered. inſtit. l. eam quam, infra. de fideicommiſſis.* Idem igitur videbatur dicẽdum eſſe, in eo, qui ſub nomine proprio & fratris heres inſtitueretur. Contrarium tamen reſpondet Iuriſconſultus, *dict. l. nemo.* §. *final.* quod ſufficiat quem fraterna dilectione alicui commendatum fuiſſe. Præbet igitur hæc ipſa lex argumentum, quod prima facie quis nominãdo fratrem, videatur de illo fratre intelligere, qui per natales ipſi hac neceſſitudine coniunctus ſit. Quod ſane conſentaneum definitioni noſtræ legis eſt. Si igitur heredes ab inteſtato doceant, aut per confeſſionem inſtituti cõſtet, illum fratrem non eſſe, hoc caſu ne inſtitutio labefactetur, meo iudicio probare cogetur, tam arctam inter ſe & defunctum familiaritatem fuiſſe, vt alter alterum fraterna dilectione proſecutus ſit. Plane non
13 ibo inficias hanc præſumtionem, † quæ ex epiſtola naſcitur, alia præſumtione facile elidi poſſe. Quid enim ſi conſtet de cauſſa, quare frater appellatus ſit, *vt dict. l. nemo.* §. *fin.* Quid ſi cum multæ literæ eſſent, in vnis illum fratrẽ appellet, in aliis minime? Quid ſi inter ſe, vt fratres verſati non fuerint, aut fama vel vicinorum opinio aliud dictet, *vt l. qui vicinis, ſupra. de nupt. cap. per tuas, extra de probat. cap. tranſmiſſæ. & cap. per tuas. extra. qui fil. ſint legitim.* hoc caſu ſane aliud probandum erit. Quibus ita conſtitutis non eſt, quod nos de gradu ſuſceptæ defenſionis excuti-
14 ant ea, quæ de confeſſione † extraiudiciali dicta ſunt. Quamuis enim plenam probationem non conſtituant, tamẽ ſi parte præſente facta ſit, aliud iuris eſt, vt docent Alexand. *in l. cum te, ſupr. de tranſact.* & alii, quos ibidem commemoro *Maſcard. concluſ. 349.*
15 Porro epiſtola † quamuis ad abſentẽ mitti ſoleat, tamen ſemper loqui dicitur, *l. miles ad ſororem. ff. de legat. 2.* & propterea etiã, quod ſatis ſit momenti, in cauſſa probationis præſtat, *l. Publia.* §. *fin. ff. depoſit. l. cum precum. infr. de liberal. cauſ. l. generaliter, infra. de non numerat. pecun.*

Sextum argumentum ex ea † conſide- 16
ratione diluitur, quod non epiſtolis, vt hac noſtra lege, non adſeueratione nuda, aut ementita profeſſione, *vt traditur l. ſequen.* nec etiam teſtamenti ſcriptura, *d. l. Gaius.* legitimi filii nobis conſtituantur, aut neceſſitudo fraternitatis contrahatur: ſed natalibus vel adoptione, aut alia denique ratione, quæ iure noſtro cognita ſit, *l. communium, l. ſi quis, infra. de natural. liber.* Septimum argumentum concluſionem noſtrã minime reſtringet, ſed eam admiſſa declaratione potius in tuto collocabit. Profeſſio enim paterna teſtamento vel epiſtolis cõprehenſa, nõ proderit, neque etiam nocebit filio, ſi de rei veritate conſtet, *c. per tuas, extra. qui filii ſint legitimi,* vbi filius auditur nedum contra aſſeuerationem parentis, ſed etiam cõtra pactum ipſius, alias nuptias viua adoleſcentis matre contrahentis, ſi docere poſſit antea matrimonium cum ſua matre contractum fuiſſe. Vnde etiam non ſuſtinemus, matrem ex ſe
& marito illum † conceptum non eſſe con- 17
tendentem, quem ante pro tali filio agnouerat, & marito ex ſe generatum eſſe perſuaſerat, *capit. per tuas. extra. de probationibus.* Hinc Iacobus Menochius *libr. præſumt. 6. capit. 53. numero octauo,* auctor eſt, Lucinum Vicecomitem, nõ iure Principatu Mediolanenſi deiectum eſſe, quod mater eius aſſeruiſſet, eundem ex adulterio procreatum. Item, exſecratur factum Ageſilai Spartanorum Regis, qui fratris filium Leotychidem
eo colore regno exuit, ꝙ pater ipſius † Agis 18
inconſulto animi motu prouectus eum filium ſuum eſſe negaſſet, cum tamen huius pronuntiati poſtea pœnituiſſet, & vicina morte laborans apud plurimos teſtatus eſſet, ſe non dubitare, Leotychidem ex ſe genitum, idq; cum lacrymis & precibus Spartanis renuntiari petiiſſet. Quod cum ita ſe habeat, facile intelligimus, adſeuerationem parentis, quæ in vltimam voluntatẽ collata eſſet, filio non nocere, ſi errorem patris quis detegere poſſit. Quod quomodo conſequi queamus, ex ſuperiorib. colligere fuerit, &
infra copioſius explicabitur. Verba † enun- 19
tiatiua, vt octauo obiicitur, non habere eandem vim, ꝗ̃ confeſſio expreſſa, libẽter cõcedimus:

Digitized by Google

dimus: habent tamen hoc auctoritatis, vt onus probandi in aduerſariũ reiiciant, *vt hac l.& l.ſeq.itẽ l.Imperatores,ff.de probat.* Quamuis non inficiemur fieri poſſe, vt nonum argumentum præ ſe fert, quod quis blandiendi cauſſa filium appellet, qui non ſit: tamen diuerſa ratio eſt in epiſtolis, quæ cum deliberatione ſcribi ſolent. Etenim nõ eſt veriſimile, vt animaduertit Andr. Tiraq. *in tract. de retract.iur.ſang.* §.*1.gl.16.n.2.* quem ad ali-
20 quem tanquam filium † epiſtolas exaratu-rum, cum ſciat tantum præiudicii inde naſci poſſe, cum teneatur filiũ alere, *l.1.ff.de lib. agnoſ.* filias dotare, *l.19.quæ incip. capite vigeſimo quinto, alias, qui liberos, ff. de ritu nuptiar. l. fin.C.de dotis commiſſ.* item cum neceſſitatem ſibi cõtrahat, eoſdẽ filios inſtituendi vel exheredandi, *l.inter cetera,30.ff. de liber. & poſthum.hered.inſtit. l.maximum vitium,inf. de liber.præterit.*

Concluſio itaque mea eſt, verba enuntiatiua, quæ declarant, aliquem filium eſſe, vel fratrẽ, aut ſororem, præſumtionẽ, quod res ita ſeſe habeat, cõplecti, niſi quis contrarium docere, & ita illam præſumtionẽ elidere poſſit, *vt hac noſtra lege, & l.ſeq.* Nec videntur repugnare noſtri Interpretes, ſi res conueniẽte diſtinctione expediatur. Referre enim conſtituo, an huiuſmodi literæ mittantur ad aliquem, qui erat in quaſi poſſeſſione huius iuris, aut nullo modo, aut de quo dubitetur. Primo caſu gloſſa cõſtituit huiuſmo-
21 di epiſtolis innitendũ eſſe. Idẽ quoq; † confirmat Odofred. *nu.1.* Alberic. *n.1.* Salyc. *in l. non nudis, nu.2. l.proxime ſequent.* vbi adſeuerat id procedere ſine ſcrupulo. *Fulgoſ.hic nu. 3.Bald.num.6.Caſtr.nu.3.Angel.nu.2.Cyn.nu.3. Maſcard.lib.2.concluſ.790.Decius in c.per tuas, num.7.extr.de probat. Felin.ibid.n.12. & plures alii, quos apud Decium & Maſcard. videre licet.*
22 Huc pertinet, † quod iidem auctores, *vt Cynus n.2.verſ.cariſſima ſoror, Bald.n.4. Fulg n.2. Caſtrenſ.nu.3. Alberic nu.1.Salyc.nu.4.Bart.in l. quod Senatus,* §.*item per contrarium, ff. de liberis agnoſc.Pariſ.conſ.10.nu.51.volum.1. Alex.conſil. 181.num.1.lib.7.Maſcard d.concluſ.790.nu.34.* vbi plures recenſet, profiteantur huiuſmodi verba tunc demum huiuſmodi præſumtionem continere, cum non incidenter, ſed principaliter propter ſe emiſſa ſunt, *argum. l.1.*§.*Iulianus, ff. de liber. agnoſcend. item noſtræ legis.* Videtur enim Titius ad Mæuiam, auctore Cyno, ita ſcripſiſſe: *cariſſima ſoror mea, ſalutem, venias ad diuidendam hereditatem.* Et quamuis huiuſmodi traditionẽ non improbem: tamen exiſtimo, vim textui inferri, cũ has conditiones coniunctim non requirat, ſed alternatiua oratione diſpoſitionem moderetur in hæc verba: *Siue itaque quaſi ad ſororem, quam ancillam te poſſe probare confidis, epiſtolam emiſiſti, ſiue familiæ erciſcundæ, quaſi pro herede petitus arbiter doceatur: fraternitatis quæſtio per hoc tolli non potuit.*

Quod ſi autem eum, qui ſe † fratrem, aut 23
filium eſſe contendit, in quaſi poſſeſſione huius iuris antea non fuiſſe ponamus, idque certum eſſe; hic ſane non video, cur verbis enuntiatiuis vnius epiſtolæ hanc vim adſcribere velimus, cum vna præſumtio, quæ euidentior eſt, aliam tollat, *cap.tranſmiſſa, extr. qui filii ſunt legit.cap.per tuas, de probat. l.1.*§.*Iulianus, ff. de liber. agnoſcend.* Nec verum eſſe puto, quod adſcribit Bartol. *lectur.antiq. nu. 1.* talem appellationem per huiuſmodi epiſtolas inducere, quaſi poſſeſſionem. Enimuero hæc ipſa poſſeſſio antiquiori principio niti debet, ſcilicet natiuitatis vel adoptionis. Nam ſi quis ad talem, quẽ nunquam antea fratrem appellauerat, poſt vigeſimũ aut trigeſimum natiuitatis annũ, epiſtolam vnam aut alteram ſcribat, qua illum fratrem aut filium appellet, exiſtimarem, impudentẽ eſſe aſſertionem eius, qui in his literis vim conſtituat. Illud concedo, has literas poſſeſſionem cœptam continuare.

Porro tertio caſu, quo dubium eſſe † con- 24
ſtituimus, an aliquis fuerit in quaſi poſſeſſione huius iuris, veluti ſi tractetur de ſucceſſione alicuius, qui diu abſens fuit, hic ſi is, qui filium ſeſe, aut fratrem contendit eſſe, ſit in poſſeſſione hereditatis, huiuſmodi literas, ſine adminiculo quaſi poſſeſſionis ſufficere exiſtimo, & ita noſtrum textum accipi poſſe conſtituo, & quidem ſi actus, de quo in epiſtola tractetur, principaliter ad cauſſam huius iuris pertineat, veluti ſi quis ſcribat Titio, aut Mæuiæ tanquam fratri, aut ſorori, vt certa die veniant ad diuidendam hereditatem paternam, vt hanc noſtram legem accipiunt Cynus, Fulgoſ. Salycet. & multi alii: vel ſi pater alimenta Titio cõſtitueret, vt filio, *l.1.ff.de liber.agnoſc.arg.l.Iulianus,* §. *idem Iulianus, 1.ff.de lib.agnoſc. item l.5.* §.*meminiſſe.* item vt eſt actus emancipationis, *l.fin.C.de emancipatio.* item ſi illum vt filium heredẽ inſtituerit, vel exheredauerit, *l.quidam cum filium, ff. de verb.obl.* aut ſi pater in certo libro, aut etiam in epiſtola id petenti diem natiuitatis adſcripſerit, aut ſi quis tanquam a fratre cautionẽ aliquã de hereditariis bonis acce-

Digitized by Google

perit, *l. quidam, 15. ff. de probat.* hoc caſu minime dubium eſſe exiſtimarem. Ita pronuntiant Bart. *in l. 2. §. item per contrarium, ff. de liber. agnoſc. Decius in c. per tuas, extr. de probatio. num. 7. poſt Iacob. de Butr. & Petr. de Anchar. Felin. num. 11. & ſeq. Maſcard. d. concluſ. 790. Iac. Menoch. lib. 2. arbitr. quæſt. caſ. 89. num. 78. idem Iacobus Menoch. lib 6. præſumt. c. 43. num. 39. Didac. Couarr. in ſua epitome de matrimonio, c. 8. §. 3. nu. 8.* vbi hanc ſententiam magis communem renuntiat.

25 Quod ſi vero principaliter † ad hãc ipſam cauſſam non ſpectet, tũc ita demum admittunt huic præſumtioni locum eſſe Caſtrenſ. *hic num. 3.* Paleot. *in tract. de nothis & ſpur. cap. 23. num. 2.* Æmilius *conſ. 94. nu. 9.* Iacob. Menoch. *d. caſu 89. num. 81.* ſi geminata confeſſio ſit, idque argum. *l. cum ſcimus, infr. de agric. & cenſit.* & eorum, quæ ibi ſcripta reliquit Bart. *in l. ſi qua mulier, infr. ad SC. Trebell* quod ea, quæ bis fiunt, iudicio & conſiderate fieri intelliguntur. Idem quoque probant in antiquis, vt aiunt Maſcard. *d. concluſ. 790. numer. 5. Crauett. de antiq. tempor. part. 1. nu. 7. Menoch. d. caſu 89. num. 84.* Sed ego non animaduerto, quare epiſtolis, quæ ante multum temporis exaratæ ſunt, ceſſante cauſſa poſſeſſionis, vel quaſi, plus auctoritatis tribuere velimus, quam ſi recens exaratæ eſſent, de qua re copioſe diſſero *in tractat. de præſcript. part. 2. membr. 1. c. 6. num. 16.* vbi reprehendo ſententiam illorum, qui ſolum temporis curſum ad eam cauſſam ſufficere exiſtimabãt, vt ſolẽnia iuris interceſſiſſe viderentur, cum antiquitas deſtituta poſſeſſione, aut quaſi, potius pertineat ad infringendam fidem alicuius rei, quam confirmandam. Deinde idem Menoch. *d. caſu 89. num. 82. lib. 2. arbitr. quæſtion. Maſcard. d concluſ. 790. num. 35.* vbi alios allegat, exiſtimant, talem nominationẽ ſufficere, ſi filius ſit præſens. His caſibus, & nõnullis aliis exceptis, de quibus idem Maſcard. conſtituunt regulam huiuſmodi, verba enuntiatiua, quibus quis filium, aut fratrẽ aliquem appellat, ad cauſſam præſumtionis conſtituendam, ſine aliis adminiculis non

26 ſufficere. Ego tamen † exiſtimauerim, etiam hoc caſu præſumtioni locũ eſſe, quod videtur ſenſiſſe gloſſa *in l. neque profeſſio, in verbo, præiudicant, infr. de teſtam. gloſſa in c. Michael, extr. de fil. presbyter. Bald. in l. nõ nudis, proxime ſeq. nu. 3. Decius conſ. 321. num. 1.* & nonnulli alii relati a Maſcard. *d concluſ. 790.* idemque probare intelligendi ſunt, Tiraquell. *in tractat. de retract. iure ſanguin. §. 1. gloſſ. 16. num. 2. Maſcard. d. concluſ. 790.* poſt Iaſonem, Gratum, Nattam, & alios ab eodem allegatos, conſtituentes, ex huiuſmodi nominatione naſci tale præiudicium contra patrem nominantem, idque defendi poteſt primo per legem noſtram, & *l. ſeq.* præterea per *d. l. Imperatores, ff. de probat.* deinde ex ſententia illorum, qui pronuntiant talem nominationem, præſente filio factam, id munus ſuſtinere.

Quibus ita ſubductis, adhuc quæſtionis eſſe ſtatuo, an præſumtio etiam eo caſu proſit, † quo quis non conueniatur, aut cum ta- 27
lis quæſtio incidere ſolet. Sed cum principaliter intendit, ſe filium eſſe, & petit, ſe talem pronuntiari; vel cum quis petitionem hereditatis inſtituit, vt filius, non prodeſſe, aut ſaltem non ſufficere, tradit Decius *d. cap. per tuas, num. 12. verſic. ſecundo reſtringitur. Iaſon conſ. 106. verſ. quinto & vltimo, volum. 1. Maſcard. d. concluſ. 790. num. 36. Alciat. regul. 3. præſumt. 38. num. 2 verſic. dicit tamen Baldus, teſtimonium ferens de communi opinione,* Did. Couarr. *in ſua epitom. de matrim. lib. 2. c. 8. §. 3. nu. 7.* poſt multos auctores laudatos nominatim id conſtituens in præſumtione, quæ ex tractatu naſci ſolet, veluti quod habitus ſit vt filius, *d. c. per tuas, de probat.* putat tamen intereſſe, an tractetur de modico, an † de graui, 28
præiudicio. De modico, veluti, ſi alimenta petantur: de graui, veluti, ſi agatur de hereditate. Primo caſu agentem audiendum eſſe arg. illorum, quæ ſcripta reliquit gloſſ. *in c. 2. qui fil. ſint legitimi. item l. non ignorat, infr qui accuſare non poſſunt.* Vltimo caſu pleniorem probationem requiri, nec tractatum ſufficere, niſi alia adminicula concurrant, *argum. l. ſic, ff. de probat. item l. optimam, infr. de committ. & contrah. ſtipul.* de qua quæſtione in præſentia nihil certi pronuntio, quod altiorem indaginem, & ſubtiliorem diſtinctionem requirat: tamen vos interea admonendos duxi, multos in ea opinione eſſe, ꝙ ſufficiat, *vt Philippus* † *Decius conſ. 54. num. 2. verſic. dicit* 29
Antonius de Butrio. Pariſius conſ. 10 lib. 2. num. 110. poſt Anton. & Præpoſitum in c. tranſmiſſæ, qui fil. ſunt legit. & nonnullos alios, Iac. Menoch. d. caſu 89. num. 70. lib. 2. arbitr. quæſtion. Crauet. conſ. 249. vbi ait, ita magis communiter teneri, *Alex. conſ. 90. lib. 6. num. 10. item conſ. 88. lib. 7. num. 10.* Accedunt Gozad. Palæot. Rubeus, Albanus, quos refert & ſequitur Menoch. *loco ſupra allegato.* Idemque ſentire videntur Felin. *in cap. per tuas, extr. qui fil. ſint legit. poſt Iacobum de Butr. Abbat. & alios,* dum contendit,

Digitized by Google

dit, tractatum ſolum ad probationem ſufficere, *Bart. l. 1. nu. 2. C. quor. bonor. Andr. Gail lib. 2. obſeruat. 97. n. 19.* vbi etiam alios allegat. Vtitur autem Iacob. Menoch. his argumentis. Primo, quod in iuribus perſonalibus ipſa poſſeſſio operetur, vt quis ab onere probandi releuetur, *l. circa, ff. de probation.* Secundo, quod huiuſmodi poſſeſſio non repugnet origini, & primo ſtatui filiationis: quo caſu quaſi poſſeſſio etiam in petitorio ſufficere ſolet, *Bart. l. ſi prius, num. 18.. Iaſ. ibid. num. 44. ff. de op. no. nunt.* Tertio id videtur poſſe confirmari argum. noſtrę legis, *& l. ſequ.* quæ indiſtincte conceptæ ſunt. Sane ipſe Did. Couarr. ingenue fatetur, quod ſi cum tractatu aliquod adminiculum concurrat, tunc huiuſmodi præſumtionem ſufficere, etiam in petitorio iudicio. Idem igitur probandum videretur, ſi nominatio cum aliis adminiculis coniuncta ſit.

Lex, Non nudis, 14.

SVMMARIA.

1 *Quid differat nuda aſſeueratio ab ementita profeſſione.*
2 *Error gloſſæ. Bartoli, & aliorum.*
3 *Quid profeſſio ſit ex Capitolino.*
4 *Aſſeuerationem parentis & profeſſionem continere præſumtionem pro filio.*
5 *Hanc præſumtionem per aliam probationem, vel præſumtionem magis efficacem elidi.*
6 *Si parenti admodum diſſimilis ſit, an hoc ad tollendam præſumtionem ſufficiat?*
7 *Triplex probandi ratio, quod aliquis filius ſit necessaria, probabilis, & præſumtiua.*
8 *Qui, matrimonio contracto inter Titium & Meuiam, ex illa naſcitur, illius filius eſſe intelligitur.*
9 *Idem ſi natus ſit ex vxore Titii in domo mariti, ſimul cohabitantibus, & vicinis ſcientibus.*
10 *Quid differat hæc probandi ratio a priore.*
11 *An ſi mater cum alio in adulterio miſceatur, infans natus mariti eſſe cenſeatur?*
12 *In dubio illud præferendum, quod benignius eſt.*
13 *Ex facto parentum filii innocentes, lædi non debent.*
14 *Præſumtio, quod ex marito, nō adultero natus ſit, quibus probationibus, aut præſumtionibus eneruetur.*
15 *Quot menſium abſentia requiratur, ne quis pater eſſe intelligatur.*
16 *Quid ſi maritus pro valetudine cum vxore commercium habere non potuerit?*
17 *A qua ætate quis dicatur, non poſſe amplius generare.*
18 *Iuſtum filium cenſeri, quamuis mater antea diu ſterilis fuiſſet.*
19 *Coniecturam diuturnæ ſterilitatis cum aliis adminiculis coniunctam non eſſe omnino ſpernendam.*
20 *Illum iuſtum filium cenſeri, quem quis vt filium tractauit.*
21 *Tractatus hanc præſcriptionem inducit, quamuis mater ex poſt facto neget quem filium eſſe.*
22 *Tractatum etiam poſt mortem parentis, hanc præſumtionem inducere.*
23 *Idem etiam procedere, ſi filius non conueniatur, ſed agat.*
24 *An quis ex eo filius cenſeri debeat, quod quis illum in ſtudiis aluerit?*
25 *Ex quibus inferatur, quod quis aliquem vt filium tractauerit.*
26 *Famam hanc præſumtionem inducere.*

MAgnam affinitatem præſentis legis deciſio habet, cum præcedenti lege: ideoque huc transferri poterunt, quæ ibidē copioſe tradita ſunt. Venit præterea in controuerſiam, quid aſſeueratio nuda † ab ementita profeſſione differat? Gloſſa, Bart. Bald. & 1
alii rudes in ratione bene & emendate loquēdi, & alieni ab auctoribus, ex quibus veram etymologiā eruere potuiſſent, tradunt, aſſeuerationē eſſe ſpontaneam affirmationem: profeſſionem aūt, quæ per interrogationē eliciatur. Sed errant, cum † aſſeuera- 2
tio vtrumq; complectatur, & profeſſio ſit teſtatio, † quæ apud acta publica edatur, *vt* 3
docet Iulius Capitol. in vita M. Antonii Philoſophi. Eundem enim auctorem fuiſſe, vt apud præfectū ærarii intra trigeſimum diem quiſque liberos profiteri deberet, vt hoc modo de ſtatu cuiuſq; apparere poſſet: deinde, vt ego conſtituo, tanto melius conſtare poſſet, quem cenſum, quis ratione capitum inferre deceret, *l. 3. ff. de cenſib.* Edocemur itaque ex hac noſtra lege, nudam aſſeuerationem, & ementitam profeſſionem, liberos nobis nō poſſe cōſtituere, qui reuera non ſint. Præbet † tamen hæc res cauſſam exiſtimandi, quod 4
prima facie res ita comparata ſit. Contrarium igitur is, qui parēs dicebatur, aut ipſius heredes docere compellentur, idque multis modis conſequi poterunt. Quid enim, ſi is, qui parens dicitur, † toto anno, aut pluri- 5
bus abfuerit, *l. filium, ff. de his qui ſui vel alieni iur. ſunt.* In eadem cauſſa quidam etiam exiſtimant, eſſe illas proles, quas mater poſt 50. annos cōcepiſſe, aut parens poſt 70. annum ſuſtuliſſe dicatur, quod neutrum veriſimile videatur, ſed vt res rara admirationi potius ſit, *l. ſi maior, infr. de legitim. hered.* Vnde ferūt Imperatorem Henricum, cum vxorem ſuam iam quinquagenariam grauidam eſſe animaduerteret, ad tollendam omnem ſuſpitionem iuſſiſſe, vt palam, & corā pluribus pareret, de qua re multa And. Tiraq. *ad ſepti-*

Digitized by Google

mam l.connubial.gloſſ.1.part.6.num.47. quibus
reſpondent ea, quæ ſcripta reliquit Ariſtot.
lib.7.Politicor. cap. 16. idemque tradidit Al-
bertus Magnus *in lib.de animal.5.tract.2.cap.*
1. Eademque ſententia etiam eſſe traditur
Solonis in elegia, quam de decem ætatibus
hominum conſcripſit, Iacob. Menoch. *ar-*
bitr.quæſt. lib.2.caſu 89. num.88. vbi Ariſtote-
lem nonnihil circa hanc inſpectionem va-
riantem conciliat. Eſt deinde & alia conie-
ctura, qua hæc præſumtio extenuari, aut eli-
6 di † poſſe videatur: veluti, ſi parenti admo-
dum diſſimilis ſit, *Tiraquell.ad leg.connubial.7.*
nu.52. vbi illud auctoritatibus excellentium
virorum confirmare nititur, *item Iacob. Co-*
raſ.lib.2.miſcellan.c.22. Alciat.in l.quærit, ff. de
verborum ſignif. Pariſ.conſ.10. num.59. volu.2.
& plures alii relati a Maſcardo concluſ.792. item
Iacob. Menoch.d.caſu 89.num.79.& ſeq. quam-
uis ipſi diſſentiant, & cōtrariam ſententiam
receptiorem tradant. Et ego quidem non
dubito, has coniecturas, de quibus mentio-
nem feci, ſingulas in ea cauſſa non cenſeri,
vt præſumtionem, quæ ex nominatione, vel
tractatu oriri ſolet, perimant: poſſent tamen
cum aliis adminiculis coniunctæ, plurimum
momēti facere. Cum enim probatio, quod
aliquis ſit filius, vel non ſit, vt plurimum præ-
ſumtionib. innitatur, euenit, vt vna præſum-
tio poſt aliam tolli & elidi poſſit, *cap.per tuas,*
extr.de probat. c.illud, extr. de præſumt. c.tranſ-
miſſæ, & c.per tuas, extr.qui fil.ſint legit. l.diuus,
ff.de reſtit.in integrum. Quod cum ita ſeſe ha-
beat, non abs re me facturum exiſtimaui, ſi
nōnullos alios modos, quibus tale ius videa-
tur, certa ratione impleri poſſe, perſe-
querer.

7 Sciendum itaque eſt, triplicem † videri
huius rei explicandæ rationem; neceſſariā,
veluti, cum obſtetrices teſtantur, quem ex
tali matre genitum: probabilem, veluti, cum
agitur de perſona patris, vel quādo eū ipſius
filium eſſe dicimus, qui ex legitimo matri-
monio ſit: tertio præſumtiuam, vt in præſen-
ti noſtra lege. De neceſſaria probatione
diſſerere in præſentia non eſt animus, ſed de
probabili, & præſumtiua, quæ ambæ conie-
cturis innituntur, prior tamen firmioribus.

8 Et prima atque potiſſima † cōiectura eſt,
ſi quis doceat, matrimonium inter Titiam
& Mæuiam contractum eſſe, & hūc, de quo
dubitetur, natum eſſe ex Mæuia. Præſumtio
enim eſt efficaciſſima, hūc Titii filium eſſe,
l.filium, ff.de his, qui ſui vel alien.iuris ſunt. Me-
noch.d.caſu 89.lib.2.arbitr.quæſt. c.19. item Me-
noch.lib.6.præſumt.53.nu.2. Anton. Gabr.lib.6.
1.concluſ.comm.tit.de præſumt. concluſ.14. Petr.
Anton.Petra in tract.de prohib.alienat.fideicom.
q.11.num.255.Maſcard. concluſ.788. Andr.Gail
lib.2. obſeruat.97. nu.1. Vaſq.illuſtr. controuerſ.
lib.1.c.48.num.21.Alciat.in tractat.de præſumt.
num.3.præſumt.37. in princ. Did.Couarr. in ſua
epit.de matrim.c.8.§.3.n.5.

Secunda coniectura eſt, ſi † natus eſt ex 9
vxore Titii in domo mariti ſimul cohabitā-
tibus, & vicinis ſcientibus, *l.in vicinis, ſupr.de*
nupt.cap.per tuas, extr.de probat. Menoch. Maſ-
card.Alciat.Andr.Gail.in locis ſup.allegatis, qui
hāc probationis cauſſam cum priori teme-
re videntur commiſcere, cum prior modus
magis ad veritatem videatur accedere. De-
ponunt enim obſtetrices, & aliæ mulieres,
quæ in partu adfuerunt, de natiuitate ipſius
pueri, & propter matrimonium ius præſu-
mit hūc filium legitimum eſſe. † Porro, hoc 10
ſecundo caſu tam exactam probationē non
requirerem, cum ſufficiat, docuiſſe de ma-
trimonio contracto, & de ſcientia, ſiue opi-
nione vicinorum. Quæ definitio certis no-
ſtri iuris pronuntiatis nititur. Enimuero *l.6.*
ff.de his qui ſui vel al iur.ſunt. hæc verba ſe of-
ferunt: *Filium eum definimus, qui ex viro & v-*
xore eius naſcitur. Secundo auctoritate *l.9. in-*
fra, de nupt ſi vicinis, vel aliis ſcientibus (ait Im-
perator) *vxorem liberorum procreandorum*
cauſſa domi habuiſti, & ex eo matrimonio filiā ſu-
ſcepta eſt, quamuis neque nuptiales tabulæ, neque
ad natam filiam pertinentes factæ ſunt, non ideo
minus veritas matrimonii, aut ſuſceptæ filiæ ſuā
habet poteſtatem. Accedit tertio, *cap.per tuas,*
extr. qui fil.ſint legit. vbi filius legitimus eſſe
conſtituitur, qui probet ſponſalia cum ſua
matre contracta eſſe, & ſe poſtea inde na-
tum, quamuis pater ad alias nuptias adhuc
viua matre ſua conuolaſſet.

Hanc traditionem noſtri Doctores, *vt*
Anton.Gabr.lib.1.comm. concluſ.tit.de præſumt.
num.1.Cyn.in d.l.ſi vicinis, circa fin.infr.de nup.
Bartol. in l.definimus, ff. de his qui ſui vel alieni
iur.ſunt.Nicol. Boer.deciſio.249 num.6. vbi plu-
res alios refert.Ferdinand. Vaſq.illuſtr.quæſtion.
lib.1. cap.48. num.33. vbi de communi teſtatur
Iacob. Menoch. arbitr.quæſt.lib.2.cap.89. num.
27.gloſſ.in l.etiam, ff. de probat. Alciat. regul.3.
præſumt.37.nu.4. vbi in hanc ſententiam lau-
dat gloſſam, Alex.Raphael Fulgoſ. & alios,
Palæot. Cardinal. *in tract. de nothis & ſpur.c.*
24. Decian.conſ.1.n.75.lib.3. Maſcar. *concl.788.*
num.2.& 3. Andr.Gail *d.obſeru 907.nu.7.* Pa-
riſ.*conſ.10.lib.2.n.4.* ita producunt, vt ſi † ma- 11
ter per

Digitized by Google

ter per adulteriũ cum aliquo miſceatur, nihilominus filium ex ea genitum intelligi ex marito potius ſuſceptum, idq; defendere nituntur, *arg. l. miles. 11. §. de fundo, verſ. qua propter, ff. ad leg. Iul. de adult.* Et quamuis hæc lex eas partes ſola ſuſtinere non poſſit, cũ verba, quæ propoſito ſeruiant, alia non deprehendantur, quam quod non vtiq; crimen adulterii, quod mulieri obiicitur, infanti præiudicet, cũ poſſit & illa adultera eſſe, & impubes defunctũ patrẽ habuiſſe: quæ ſane cum ambigua ſint, adminiculo indigent. Confu-
12 giendũ itaq; erit ad definitionẽ † legis, *ſemper, 56. ff. de reg. iur. & l. rapienda, 168. ff. eo. tit. c. eſtote, de regul. iur.* quod in dubio illud præferendũ ſit, quod benignius videatur. Tertio,
13 ꝙ ex facto parentum † filii innocentes percelli non debeant, *vt toto tit. ne fil. pro patre, l. ſancimus, inf. de pœnis, l. ſi quando, §. 1. ſupr. de inoff. teſta.* Quarto, ꝙ tranſactio matris de ſtatu filiorũ ſuorum paciſcentis, filiis nihil præiudicii inferat, *l. tranſactione, ſupr. de tranſact. l. 1. §. ſi quis non ab aliquo, ff. de Carbon. edict.*

Et hæc ita demum, meo iudicio procedunt, niſi alia argumẽta & coniecturæ con-
14 trarium euincãt. Quid enim, † ſi, cum pater per anni ſpatium abfuiſſet, domi infantem iam recens natum inueniat? anne huiuſmodi filium agnoſcere cogetur? Negat *l. filium, ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt*, reclamat deinde diſpoſitio naturæ, *vt l. verum, ff. de regul. iur. l. vbi pugnantia, 188. §. 1. ff. eodem titul.* Et quamuis *l. filium, ff. de his qui ſui, vel alien. iuris ſunt,* aliquot annorum abſentiam requirere videatur: tamen nedum vnius anni inter-
15 uallum id impetrare † poſſe conſtituo, ſed etiam quatuor aut quinque menſium, cum homo perfectus naſci nequeat, niſi ſeptimo menſe, *l. 7. ff. de ſtatu homin.* Exiſtimarim itaque, quod ſi cum maritus reuerſus eſſet, vxor ipſius intra quinque, aut ſex menſes pepererit, cum ille per quinque, aut ſex menſes antea abfuiſſet, non poſſe eundem compelli, vt huiuſmodi ſobolem agnoſcat, cum auctore Iuſtiniano illa mulier audienda non ſit, quæ vndecimo menſe parere ſe ex marito profiteatur, *Nouell. de ea quæ parit vndecimo menſe.* Et quamuis hæc Iuſtiniani definitio in diſceptationem vocetur, vt auctoribus ab Alciato *lib. 3. paradox. cap. 7.* relatis, tamen ſcrupulum non habet, ſi longius tempus interceſſiſſe ponatur.

16 Idem quoque procedere † conſtituimus, ſi conſtet maritum aliquandiu cum vxore non concubuiſſe, infirmitate interueniente, vel alia cauſſa, vel ſi ea valetudine paterfamilias fuit, vt generare non poſſet. Hũc enim, qui in domo natus eſt, licet vicinis ſcientibus, filium non eſſe pronunciat Vlpian. *d. l. 6. ff. de his qui ſui vel al. iur. ſunt. Menoch. d. caſu 89. n 53. idem Menoch. lib. 6. præſumt 56. n. 16. Boer. q 299. Andr. Gail d. obſer. 97. n. 16. Pariſ. conſ. 10. n. 36. vol. 2. Anton. Gabriel d. concluſ. 14. de præſumt. n. 19. Abbas in cap. per tuas, extra, de probat. n. 3.* qui cum id probent eo caſu, cum aperte non cõſtet matrem adulteram eſſe, multo magis probaſſe intelligendi ſunt, ſi de tali commiſſo conſtaret. Quando autẽ quis dicatur in ea eſſe valetudine, vt ad procreationem amplius aptus non ſit, certo definiri non poteſt. Eſt tamen illud ſecundum meã ſententiam iudicio peritorum definiendũ. Primo medicinæ, deinde Philoſophiæ ſcientia excellentiũ virorum monumentis: Nam,
vt oſtẽdi antea, multi † auctores a Tiraquel- 17
lo & Menochio referuntur, qui cõſtituunt, virum nedum poſt annum ſeptuageſimum, ſed difficulter poſt annum ſexageſimum liberos poſſe tollere, a qua opinione non videtur alienus fuiſſe Vlpian. *l. ſi paterfamilias, §. in arrogationibus, ff. de adopt.* dum ait, non permittẽdum eſſe, vt is facile quem arroget, qui minor ſit ſexaginta annis, cum ipſius ſit potius ſtudere creationi liberorum. Qua de cauſſa etiam Menochius poſt aliquos auctores ab eo deſignatos *d. caſu 89.* illum, qui ſe ex ſeptuagenario natum cõtendit, ex præſumtione iuris ſuccumbere commemorat. Menochio adſtipulatur Ioſeph. Maſcard. *concl. 788. n. 45.* Sed ſane ſatis periculoſam hãc ſententiam eſſe conſtituerem, ſi parentes nulla reſperſiſſet adulterii ſuſpicio, aut lenocinii nota. Nam quod de Maſiniſſa & Catone idem Menochius & ante illum Andr. Tiraquell. *in l. 7. connubial. gloſſ. 1. part. 6. num. 45. & ſequen. num. 22. & 45.* memoriæ prodiderunt, id rarum in Germania non videtur eſſe, vt viri octuaginta annorum & maioris ætatis in ſuſcipiendis prolibus apti deprehendantur. Exiſtimarem tamen hic iudicium Medicorum requirendum eſſe, qui ex perſonæ robore atque natura, vel contra, imbecillitate, hoc ipſum conſtituant. Perpendendæ præterea aliæ coniecturæ, de quibus ſupra mentionem feci. Etenim ſi conſtaret de adulterio, & infans natus adulterum facie referret, hoc caſu libenter Menochio ſubſcriberem.

Plane ceſſante adulterii ſuſpicione & ſenectutis imbecillitate negant idẽ Menoch.

Digitized by Google

d.caſu 89.n.98. illud ſufficere, quod etiã ſentit Anton. Gabriel *d.concluſ.14.titul.de præſumt. n.7.* Quemadmodum etiam in eadem cauſ-
18 ſa eſſe cõſtituunt illam progeniem, † quam mater enixa eſſet, cum diu antea ſterilis fuiſſet, *Anton.Gabr.d.concl.14.nu.8. Alciatus.reg.3. præſumt.cap.37.num.4 verſ.vltimo ampliatur. Iacob.Menoch.d.caſu 89.n.31.lib.2.arbitr.quæſt.* idque auctoritate Plinii *lib.7.natur.hiſt.c.13.* qui ſcribat, mulieres aliquas ſemel tantum parere, alias poſt certum tempus, vt poſt iuuentam, alias poſt varios cœli motus, & ſyderum, nunc fœcundas, nunc prorſus ſteriles reddi: & Ariſtot. *lib.7.cap.6.de hiſt.animal. Andreas Gail.lib.2. obſeruat. 97. nu.13.* quo referri etiam poteſt *cap.per tuas, extr de probat. & ibidem Panormitan. & alii.* Sed meminiſſe debemus, poſſe hanc coniecturam cum aliis adminiculis coniunctam, fortaſſe aliud
19 impetrare. Neque † enim videtur veriſimile, quod is, qui per viginti annos, & amplius ex ſua vxore nullas proles ſuſcepit, demum illud facturus videatur, poſt annum ſexageſimum, multo minus poſt annum ſeptuageſimum. Has enim coniecturas, ſi in vnum conferantur, plus poſſe, quam ſi ſolæ eſſent, dubium non eſt, vt videre licet apud Alciatum *d.regul.3.præſumtion.27. Iacob. Menoch.d.caſu 89.num.65. Didac.Couarr.in ſua epitom matrimonial.cap.8.§.3.num.10. verſi.attamen opinor. Anton.Gabr.d.concluſio.14.tit.de præſumt.num.12.* Porro quando valetudo illud conciliet, vt quis proles procreare non poſſit, de qua *d.l.filium, ff.de his qui ſui vel alie.tur.item l.quæſitum, ff.de lib.& poſth.her.inſtit. l.ſi paterfamilias, §.in arrogationibus*, id arbitrio medicorum relinquendum exiſtimo, *argum l.qui ſemel, C.de re militar. item c.propoſuiſti, extr.de probat.*

Hæc de prima ratione, qua quis docere poſſit, ſeſe filium eſſe, nec non quæ ad propagationem axiomatis, & eius reſtrictionẽ
20 pertinent, dixiſſe ſuffecerit. Altera † ratio eſt, ſi quis aliquem tractauerit vt filium, pro cuius confirmatione multi textus adduci poſſunt. Et primo *l.1.§.ad quæſtionem, ff. de quæſtionibus*, quo comprehenditur, non facile credendum ſubiectam eam, quam ambo parentes caram dicuntur habuiſſe filiam. Secundo *l.quidam, ff.de probat.* vnde intelligimus, eum filium exiſtimari, qui etiam poſt mortem alicuius pro tali a veris heredibus eſt habitus. Tertio *c.per tuas, extr.de probat.* quo declaratur, non valere teſtationem matris contendentis, aliquem filium Titii non eſſe. Cum autem pro tali eundẽ habuiſſet, quamuis & ibi alia adminicula concurrãt, veluti, ꝙ pro tali eum publice recognouiſſet, & etiã filium appellaſſet. Sed reſponderi poterit, hæc caſu eueniſſe, vel fortaſſe melius hæc maioris ſecuritatis cauſſa requiri, quod agebatur, non de filio legitimo, ſed qui ex cõcubina conceptus eſſet, & quẽ mater poſtea talẽ eſſe negaſſet. Quarto in fulcimentũ huius rei adduci poteſt præſentis legis noſtræ definitio. Si eñ nuda aſſeueratio hoc ipſum conciliat, multo magis id impetrabit tractatus, qui ſine nominatione vix eſſe poſſet. Quinto huc referri poterit, *l.quidã cum filium, ff.de verb.obl.* in qua diſſeritur, quæ ſint officia patris circa filium. Sexto cõmendat hanc traditionem indubitata iuris noſtri definitio, de quã *in l.3.ff.ad SC.Macedon.* talem quem cẽſeri, qualem ſe præbet, & publice exiſtimatur, ſiue de filio, ſiue de patre tractetur. Septimo huc nõ incommode deflecti poteſt *l.ſi vicinis, infr.de his qui ſui vel al. iuris ſunt*, filium intelligi, qui natus ſit in domo ex matrimonio vicinis ſcientibus. Hę enim leges duplicem intellectum admittere poſſunt, vt ſcientia habeat cauſſam ocularis inſpectionis, veluti, ꝙ interfuerint, cum matrimonium contraheretur, & cum puerum mater ederet, de qua re in primo caſu diſſeruimus. Eſt & alia interpretatio, quod cauſſa ſcientiæ petenda ſit a tractatu parentum, quod ſcilicet illum domi ſuæ ita habuerint, & hæc de eo ſtatuerint, quæ de filio ſolent. Octauo his reſpondet *cap.illud, extr. de præſumtion. in quæſtione, an aliqua ſit legitima vxor*, plurimum referre, an vir ipſam in lecto, & in menſa, ſicut vxorem tractarit. Si enim hoc in cauſſa matrimonii probandum eſt, merito illud, cum de filio diſceptatur, repudiari non debet.

Tractatum hanc prę́ſumtionem inducere, nõ vnus, ſed pene infiniti auctores commemorant, *gloſſa, Anton. & Abb. in c.tranſmiſſa, extr.qui fil.ſint legit. Bart.in l.1.ff.de quæſtio. §.ad quæſtionem, num 3. Alexand.conſil.51.nu.2. lib.1. & ibidem Carol. Molin in apoſtill. qui plures allegat. Felin.in cap.per tuas, qui filii ſint legit. num.13. Abbas ibidem nu... Dec.n.9. Did.Couar. in ſua epit.de matrim.c.8.§.3.nu.6. Andr Alciat. reg.3.præſumt.28.n.2. Iac.Menoch.arb.quæſt.lib. 2.caſ.89 n.69. Ioſ.Maſcard.concl 789.* vbi hanc ſententiam communem profitetur.

Habet tamen hoc ipſum axioma certas dilatationes, ſiue ampliationes, vt vocant, & exceptiones. Primo nõ putamus quidquam mutan-

21 mutandum eſſe, etiamſi mater † ex poſt facto id ipſum negaret, *d.c.per tuas, extr.de probat. vbi Fel.nu.14. Maſcard.d.concl.789.* Nam etſi pater alium ſeſe in filiũ expromere cœperit, quam paterna officia requirebant, aut ſi neget etiam filiũ eſſe, hæc aſſertio cauſſam filii nõ lædet, *Felin. d.c.per tuas, nu.16. verſ. amplia ſecundo. Menoch. d.caſu 89.nu.73. Paleot. in tract. de noth. & ſpur.c.25.n.5. Maſcard.d.cõcl. 789.* Pro cõfirmatione huius opinionis nihil aliud allegant, quam regulã generalẽ: Quod id, quod meũ eſt, ſine facto meo ali⁹ auferre nequeat, *l.id quod, ff.de reg.iur.* quodq; aſſertio vnius, in detrimentũ alterius vertere nõ debeat, *l.qui ſeruum, ff.de interrogat.in iur.fac.* Ego aũt cõſtituo, alios eſſe textus, quibus hæ partes delegari poſſint: & primo *c.per tuas, extr. de probat.* Si enim aſſeueratio cum iuramento hoc non poteſt: ergo malignitas parentis ſe reſtrictiorẽ in filiũ ex poſtfacto præbentis, id conſequi non poterit. Quo pertinet *l.Lucius, ff.de cond.& dem.* vbi parens adſcribẽdo conditionẽ, ſi ſe filiũ meũ eſſe probauerit, cũ non tractat vt filiũ: & tamen talis cõditio reiicitur: Præterea lex, *ſi instituta, 28. ff.de inoff.teſt. §.1. item l.etſi pepercerit, 3.* vbi pater filiũ appellat, latronẽ, gladiatorẽ, nõ nominandũ, ex adulterio natum; & tamen hęc filio non nocent, quãuis dici poſſit, has vltimas leges ad primam cauſſam probationis pertinere.

22 Secundo procedit hæc ipſa † enuntiatio, vt locũ etiam habeat poſt mortẽ parentis, ꝙ colligi poteſt ex præcedenti *leg. item ex l.quidam quaſi, 15. l.Imperatores, 29. ff.de probat.* maxime ſi fratres in eodem genere officiorum procedant, *Menoch.d.caſ.89.n.72.*

23 Tertio ornãdo principale † pronuntiatũ idẽ locũ habere ſtatuimus, nõ ſolum ſi quis conueniatur, ſed etiam ſi principaliter agat, veluti petitionẽ hereditatis conſtituat, *Menoch.d.caſ 89.n.69. Maſcard.d.concl.789.n.9.*

Porro, hæc aſſertio ad hunc modũ propagata etiã ſuũ præparamentũ recipit, quemadmodum apud eundẽ Menoch. Did. Couarr. Maſcard. & alios videre licet, quo breuitatis cauſſa Lectorẽ reiicio, illud vnum adieciſſe cõtentus, ꝙ ſi quis alicui alimẽta ſup-
24 peditaret, vel in † ſtudiis adoleſcentẽ aluerit, nõ ſtatim hunc eo nomine ſibi blandiri poſſe, vt tanquã filius tractatus videatur, cũ hæc opera ex fonte pietatis naſci poſſint, *vt cap. tranſmiſſæ, extr.qui fil.ſint leg* vbi vir & vxor audiuntur cõtendentes, ſe iuuenẽ aliquem pietatis cauſſa educaſſe, quãuis vicini illum filium eſſe, ſed ſpuriũ exiſtimaſſent, *vbi Abb. n... Iac.Menoch. d.caſ.89.n.76. Pariſ.cõſ.10.n.17. lib.2. Maſc.d.concl.789.n.37.* Plane ſi parẽtes, *in c.tranſmiſſæ*, cum aluiſſent vt filium, aliud dicendum arbitrarer, quemadmodũ etiam non idẽ probaturus eſſem, ſi de hac qualitate non conſtaret, modo vicini illũ filium le-
gitimum exiſtimaſſent. Porro, cum † de tra- 25
ctatu quæritur, ſciendum eſt, multa eodem referri poſſe, ſi parentes infantẽ curauerint, vt filiũ baptizari, *c.firmiſſime, diſt.4.* ſi, vt fieri aſſolet, habuerint poſtea ſolemnẽ cœnam, aut prandiũ, *arg.l.fin ſup.de fer.in verb. etſi in ortum noſtrũ, aut natalẽ, item l.omnes, verſ. noſtris etiã diebus, eo.* ſi mater vt prolẽ infantem lactauerit, *l.1. infr. vbi pupill.educar.deb.c.ad eius, diſt.5.* vel nutricẽ domi ſuæ huius rei nomine habuerit, ſi vt reliquos filios in educatione & habitu eundẽ ſuſtinuerit, ad ſcholã miſerit, *arg.l.1.§.taceat, de rei vx.act. item Inſt. de iur.nat.gent. & ciuil. in prin. l.donationes, 33. ff.de donat.* ſi eum heredẽ inſtituerit, vel exheredarit, *l.quidam cum filium, ff.de verb.obl.*

Tertius caſus, ex quo hæc † præſumtio na- 26
ſci ſolet, ꝙ aliquis ſit filius, traditur eſſe fama: Ita eñ reſponderunt idẽ Did. Couarr. *d.c.8. in ſua epit.de matrim. p.2.§.3.n.11. Iac.Menoch. d.caſ.89.lib.2.arbitr.quæſt.n.86. Alex.conſ.51.n.2.lib.1. Maſcard.concl.791.* Pro confirmatione huius opinionis allegatur *c.per tuas, in verbo, communiter, extr.de probat.* Vtrum autem fama ſola ad hanc præſumtionem ſufficiat, an alia adminicula requirat, id iidem Doctores multis diſtinctionibus expediunt? Ego conſtituo famam regulariter non ſufficere, niſi certis coniecturis innitatur, veluti accidit in opinione vicinorum, qui aliquem filium eſſe exiſtimant ex coniecturis, quæ referuntur *d.c.per tuas, itẽ in l.ſi vicinis, infr.de nuptiis.*

Lex, Vis eius, 15.

SVMMARIA.

1 *Violentam poſſeſſionem non præſtare alicui ab onere probationis.*

2 *An in præſenti legẽ poſſeſſorium, an vero petitorium iudicium ſit intentatum diuerſæ ſententiæ.*

3 *Tertia expoſitio exiſtimantium hic de iudicis officio tractari, cui incumbat, vt in præiudicialibus actionibus cõſtituat, quis probandi onus ſuſtinere debeat: idque legibus confirmatum.*

4 *An ob fugam ſerui, probandi onus ipſi irrogari debeat.*

5 *Quando poſterior violentia & ex interuallo facta, primam violentiæ cauſſam peremiſſe videatur.*

6 *Poſſeſſio non prodeſt, quando initium vitioſum eſt.*

7 *An violenta eruptio ei, qui antea per violentiam detentus fuerat, noceat.*

CIrca huius legis explicationem laborant noſtri Interpretes, dum quidam actorē poſſeſſorium, alii autem petitorium intentaſſe contendunt: conueniunt tamen in eo omnes, quod exiſtimēt, auctoritate huius le-
1 gis violentam poſſeſſionem † non præſtare alicui ab onere probationis, Gloſſ. *in verb. in poſſeſſione verſ. vel tertio*. Cyn. *in prin.* Odofre. *verſ. ſed reſpondetur*, Bart. Bald. Ang. Salyc. *in ſuis ſummar.* Fulg *n.1.* Caſtr. *n...* Sichard. *nu.1.* Donell. *n.11.* Iul. Pac. *n.8.* Ceterum Cyn. *n.1.* Fulg. *n.1.* Odofr. *circa fin.* Ang *circ fin.* Bart. *n.*
2 *2. in lect. antiq.* Salyc. *n.3.* contendunt hic † iudicium poſſeſſoriū inſtitutum fuiſſe. Caſtr. aūt *n.2.* auctor eſt in hac lege, petitoriū motum fuiſſe, ꝙ contendat ſe dominū eſſe. Ceterum vtraq; opinione omiſſa puto amplectendam eſſe † expoſitionē Alberici *in prin.*
3 a qua non videtur eſſe alienus Baldus *n.1.* & quam aperte defendunt Iul. Pacius *n.5.* Donell. *nu.1. & ſeq.* quod cum Iudicis officio incumbat in præiudicialibus actionibus, vt cōſtituat quis probandi onus ſuſtinere debeat, primo inquirere cogatur, ad ordinandā litē, quis ſine dolo malo in quaſi poſſeſſione ſit libertatis, vel ſeruitutis, *l. circa, 14. ff. probat. l. Titia, 24. ff. ſol. matrim. l. liberis. § fin. ff. de liberal. cauſſ. l. ſi filius, 8. ff. hoc tit.* & ſeruus præſenti in lege confeſſus eſſet, ſe ex domo Antonii actoris fugiſſe, verum nec ab illo iuſto initio, ſed per violentiam detentum eſſe, declarant Imperatores, inquirendū eſſe prius, an allegatio ipſius fide veri nitatur, vt inde conſtitui poſſit, quis onus probationis ſubire debeat.

Multa igitur ex hac lege excerpi poſſunt. Primo, ꝙ in præiudiciis ante omnia ordinanda ſit cauſſa *d. l. liberis, § final. ff. de liberal. cauſſ.* Secundo, ꝙ poſſeſſorium mouendum ſit ante petitorium, *l. incerti, infr. de interdict.* Tertio hominem liberum, qui ab alio vi detētus ſit, poſſe aufugere: addunt aūt Doctores, ꝙ per violentiam etiā ſe eripere poſſit, de qua re fuſiſſime Did. Couarr. *var. reſolut. lib. 1. c. 2. n. 7.* Sed contra definitionē legis no-
4 ſtræ duo potiſſimū obiiciuntur. Primo, † ꝙ ob fugam ſerui, probādi neceſſitas ipſi irroganda fuerit, *l. 1 ſupr. vbi de cauſſ. ſtat. ag. oport.* Secundo, ꝙ poſterior violentia ex interual-
5 lo † facta, primā violentię cauſſam peremiſſe videatur, *l. 1. § qui vi, & l. qui poſſeſſionem, ff. de vi & vi arma.* cum poſterior violentia quodammodo purget priorem, per ea, quæ ſcripto comprehenderunt Doctores *in l. ſi quis ad ſe fundum, infr. de vi public.* Ceterum, non magnæ difficultatis fuerit, vtrumque ſcrupulum exemiſſe. Nam quod ad priorem attinet, is ſubmouebitur, ſi meminerimus hic initiū poſſeſſionis vitioſum fuiſſe, † quo caſu 6
poſſeſſio prodeſſe nō ſolet aduerſus eū, cui vis illata eſt, *l. 1. ff. vti poſſidetis.* Secūdus ſcrupulus facile diſcutietur, ſi perpendamus, hūc ſeruū nullam vim intuliſſe, ſed clam ſe ſubduxiſſe. Sed etſi per † vim euaſiſſet, adhuc ta- 7
men putarem idem conſtituendū, nō ſolum fauore libertatis, *vt declarat Caſtr. hic n. 3.* ſed potius propter naturam rei, cum hic ſeruus ad Iudicē confugere non potuerit, niſi quouis modo ſe ex poteſtate & vinculis ipſius, qui per vim eum detinebat, liberaſſet.

Lex, Siue poſſidetis, 16.

SVMMARIA.

1 *Hypotheſis præſentis legis.*
2 *Actor fundamentum ſuæ intentionis probare debet.*
3 *Qui ſemel dominus fuit, adhuc dominus eſſe præſumitur.*
4 *Rem poſſidens ipſa poſſeſſione ſatis munitus videtur.*
5 *Nemo de titulo ſuæ poſſeſſionis docere compellitur.*
6 *Nemo poſitione vti poteſt, quam ſemel negauerit.*
7 *An exceptionem obiiciens actoris intentionem confiteri videatur.*
8 *Solutio Caſtrenſis ad propoſitam difficultatem.*
9 *Alia ſolutio auctoris.*
10 *Nihil prohibet, vnam poſitionem negare, & alteram fateri.*
11 *Quam late hæc coniectura pateat, quod illud, quod ſemel fuit, adhuc manſiſſe intelligatur.*
12 *Exempla in omnibus prædicamentis Ariſtotelis.*

CVm poſt mortem parentis † inter fi- 1
lios, qui in poteſtate manſerāt, & emācipatos, ratione certorum prædiorū, quorū dominium ſibi tanquam ex donatione patris iidem filii emancipati aſſererent, cōtrouerſia orta eſſet, & de cauſſa probationis quæreretur, diſceptatione ad Imperatores delata, ſuo reſcripto cauſſam filiorum, qui in poteſtate morientis fuerant, confirmarunt, dilemmate rem expedientes: incumbere emancipatis huius facti probationem, ſiue poſſideant, ſiue non poſſideant, hic ea conſideratione. Quod omnis actor † intētionis 2
ſuæ fundamentū adſtringere debet, *l. qui accuſare, ſup de edendo, l. fin. ſup. de rei vindic.* Illic aūt, quod is, qui † ſemel dominus fuit adhuc 3
dominus eſſe præſumatur, vt hanc noſtram legem intelligunt gloſſ. *in verb. conſtituti, Cynus nu. 3. Odofred. nu. 2. Bart. n. 1. in lect. noua & antiq. Alberic n. 2. Salyc. n. 2. Ang. n. 1. Bald. n. 2. Fulgoſ in ſuo ſummar. Caſtr. n 2. Iul Pacius n. 10. Sichard. nu. 3. Donell. n. 3. Maſcard. concluſ. 550. nu. 1. Menoch. lib. 6. præſumt. 62. nu. 2. Alciat. reg. 2.*

Digitized by Google

reg.2. præſumt.20. Nicol. Euerhard. in ſuis locis legalib. in loco a tempore ad tempus, num.16. Primum membrum noſtræ legis non videtur in oppugnationē incidere. Secundum au-
4 tem difficultate nō caret. Primo, quod † reus poſſidens ipſa poſſeſſione ſatis munitus ſit, *d.l.fin.C.de rei vindic. l.ſi ager ff.eod.tit. l.ex ſti-*
5 *pulatione, ff.de adq.vel amitt.poſſ.* Secūdo, † q, ex *l.mulier ff.de rei vindic. & l.cogi, ſupr.de pet. heredit.* edoceāmur, neminē cogi docere de ſuæ poſſeſſionis titulo. Tertio, quod nullus
6 poſitionem aduerſarii, quam † negauerit, aut impugnauerit in ſuam cauſſam conuertere poſſit, *cap.ex eo, quod quis oppugnauerit, de regul.iur. in 6.* Sed his dubitandi cauſſis nihil prohibentibus, ſtatuo cōmunem interpretationem amplectendam, neq; magni negotii eſſe, primū & ſecundum obicem ſuſtuliſſe, quod ſcilicet Doctores a nobis cōmemorati, ſaltem pro maiori parte id propterea accidere cōmemorent, q, emācipati ius ſuum ex donatione paterna metientes, videantur fateri, illū dominum fuiſſe. Sed ad-
7 miſſa † tali interpretatione, incidemus in grauius offendiculum, quod tertio loco exſiſtere antea propoſui, maxime, ſi perpēdamus, eum, qui exceptionem aliquā obiicit, non videri agnoſcere actoris intentionem,
8 de qua re diſſerui *l.1. hoc † tit.* Caſtr. *hic nu.5.* cōmemorat, hanc difficultatē neminē Doctorū antea perpēdiſſe, neq; in præſentia etiā ſolutionē ſe excogitare poſſe, quam q, eo caſu, quo tota intētio aduerſarii in poſitione ipſius conſiſtit, non prohibeat inde aliquid auxilii mutuari, quamuis eandē negauerim. Subnectit tñ hanc reſponſionē non carere ſcrupulo: & propterea aliis, quid reſponderi debeat, cogitandū relinquit. Qua de cauſſa,
9 † ne, quid mei iudicii ſit, in ꝓpoſita difficultate, diſſimulē, ſtatuo paulo aliter rem digerendam eſſe: nō exprimi in noſtræ legis definitione, quo pacto iudici de intentione agentiū cōſtiterit. Si igitur rem in diuinationem velimus cōmittere, capienda ea coniectura eſt, quæ negotio conueniat, *l.quotiēs, ff.de reg.iur. & l.quotiens, ff.de reb.dub.* Ordo iudiciorū exigere videtur, vt rei vindicationem inſtituens, alleget, ſe dñm eſſe, cū fundamentū ſuæ intentionis ſit, *l.in rem, ff.de rei vind. §.namque, Inſt.de actio.* Porro veriſimile eſt, reos, cum fratres allegarent, parentem dominum rei controuerſæ fuiſſe, id non negaſſe, neque etiam potuiſſe negare, cum cauſſam dominii ex donatione ſibi adſcriberent. Nemo autem plus iuris in alium transferre poteſt, quam ipſe habuit, *l.traditio, ff.de adq.rer.domin. & l.nemo, ff.de reg.iur.* Hoc igitur pro conſtanti Imperatores præcepiſſe videntur. Accedit, quod fratres excipientes, intentionem ſuam vna poſitione difficulter cōplecti potuerint, cum ante allegare debuerint, patrem dominum fuiſſe: deinde eam ſibi a parente donatam. Nihil autem † prohibet, vnam poſitionem nega- 10
re, & alteram confiteri, vel amplecti. Præterea exiſtimo, hāc interpretationem inde etiam confirmari, quod fratres emancipati illud nunquā negauerint, q, alias actores alia remedia videbantur intentaturi, veluti petitionis hereditatis, Publicianæ actionis, item *l.fin.infr.de edict.D.Adrian.tollend.*

Hæc cōiectura, † quod illud, quod ſemel 11
fuit, adhuc māſiſſe intelligatur, tam late patet, vt etiam in omnibus prædicamentis Ariſtotelis deprehendatur. † Subſtantiæ ſcili- 12
cet, qualitatis, relationis, qualitatis, actionis, paſſionis, quando, vbi, ſitum eſſe, & habere. In prædicamento ſubſtantiæ, veluti in *l.teſtium, in fin. infr. de teſtib. l.ſi quis argentarius, §.fi.* Vnde qui hominem mortuum eſſe dicit, ille hoc probare debet, q, ſcilicet is adhuc viuere intelligatur, niſi neceſſario, vel per præſumtionem aliter doceatur. In prædicamento quantitatis, veluti *in l.quinquaginta, ff.de probat. & l.iuris gentium, §.adeo, ff.de pact.* Quæ enim quantitas ab initio fuit, eadem quoq; manſiſſe intelligitur. In prædicamēto qualitatis, vt is probus intelligatur, vel improbus, qui talē ſeſe antea expromſerit, *l.nō omnes, §.a barbaris, ff.de teſtam.milit.* In prædicamento relationis, veluti, ſi cōſtet, aliquem fuiſſe filium, aut ſeruum, talem eum adhuc eſſe doceatur, *arg.l.ſi filius, ff.de probat. l.de ancilla, C.de liberal.cauſ.* In prædicamēto quando, veluti, q, is, qui ſemel fuit viginti quinq; annis, adhuc eius ætatis ſit, & amplius, vt neceſſario conſequitur, *l.de ætate, ff.de minor.in integr.reſtit.* In prædicamento aūt actionis: Quamuis eñ actio nō poſſit eſſe perpetua, tñ eadem mēs, quæ ſemel agere cœpit, manere intelligitur, *arg.l.ſi cui, §.eiſdem, ff.de act. l.eum, ff.de prob. c.non ſatis, diſt.86.* Paſſionis, veluti, q, ille, qui antea fuit amicus vel inimicus, adhuc talis intelligitur, *l.3.§.fin.ff.de alim. legat. c.accuſatores, 3 q.5. l.in ipſius, ſup.famil.erciſc.* Cum paſſiones animi, vt etiam in actionibus dictum eſt, manere intelligantur. In prædicamento Vbi, vt intelligamus rē in illo loco eſſe, vbi antea fuit, *l.ſi quis ex argentariis, §.pen.ff.de edendo.* In prædicamento ſitus, vt

Digitized by Google

aliquid ſitum eſſe eodem modo, quo antea
fuit, *cap. ex literis, l. eos, ff. fin. regundor. l. 1. & 2.
ſupr. eod.* Idem itaque & vltimo procedit in
prædicamento habere, vt hac noſtra lege:
qui enim ſemel dominus fuit, & rem ha-
buit, adhuc dominus eſſe intelligitur, & ha-
bere. Pari ratione, qui ſemel poſſedit, ad-
huc poſſidere intelligitur, *l. non ignorabit, ſup.
ad exhiben. l. nec creditores, ſupr. de pignor. act. l.
3. §. in amittenda, & §. cum ſeruus, ff. de adquir.
poſſ.* Eo vſque enim intelligimur poſſidere,
quo vſque de fundo noſtra voluntate diſ-
ceſſerimus. *l. ſi rem meam, ff. de except. c. olim, 3.
de reſt. ſpol.* quamuis fateri conueniat, vt gloſ-
ſa etiam hic obſeruauit, poſſeſſionem faci-
lius mutari, quam cauſſam dominii, *in verb.
conſtituti, arg. l. ſi quis vi, §. differentia, ff. de adq.
rer. dom.* quæ res tamen longam diſtinctio-
nem habet, *vt videre licet apud Alciat. reg. 2. de
præſumt. 21. n. 1. Iac. Menoch. præſum. 64. lib. 6. n.
1. & ſeq. Nic. Euerh. in ſuis locis legalib. in loco a
tempore ad tempus, n. 16.*

Lex, Matrem. 17.

Svmmaria.

1 *Probationem impertinentẽ regulariter repudiari.*
2 *Exhibita facti, quæ in diſceptationem vocetur de-
ſcriptio.*
3 *Eſt in experiuntis arbitrio, qui plures obnoxios ha-
bet, vni parcere, & alium conuenire.*
4 *Cur mater in caſu noſtræ legis potius ſerua præſu-
matur fuiſſe tempore conceptionis, quam libera.*
5 *Solutio gloſſæ, & Doctorum.*
6 *Alia ſolutio Fulgoſii, & Iul. Pacii.*
7 *Conciliatio Alberici, quam auctor complectitur.*

1 PRobationem † impertinentem ad cõfir-
mandam litigatoris intentionem parum
momenti facere, edocemur ex præſenti le-
ge, item ex *l. neque natales, 10. l. ad probationẽ,
22. hoc tit. l. non hoc, infr. vnde legitimi, c. in præ-*
2 *ſentia, extr. de probat.* Paulina, † ad quam hoc
reſcriptum exſtat, ex duabus cauſſis ſe inge-
nuam eſſe contendebat. Primo, ꝙ fratribus
ipſius nulla moueretur ſtatus quæſtio: dein-
de, quod mater ipſius eſſet manumiſſa. Hæc
ſane collectio plane vitioſa deprehenditur.
Etenim in arbitrio agentis eſt, cum vno ex-
3 periri, & reliquũ † miſſum facere, vel actio-
nem ad tempus ſuſpendere, *l. 1. C. vt nemo in-
uitus agere.* Deinde nihil ꝓhibet, fratres ipſiꝰ
eſſe ingenuos, cum tam ipſa in diuerſa ſit
cauſſa, *d. l. ad probationem, 22. hoc tit.* Allegata
aũt manumiſſio non videretur intempeſti-
ua quidem eſſe: tamen in cauſſa defenſionis
conueniens munus ſuſtinere nõ poterat, ꝙ
non ſufficeret hoc ſolũ docuiſſe, ſed etiã o-
pus eſſet, vt probaret, ſe poſt manumiſſionẽ
editã. Et quidẽ quod ad prius argumentũ at-
tinet, id plane alienũ eſſe deprehendimus.
Secundũ aũt ſuam conſiderationem habet.
Cum eñ conſtet, matrẽ non ſemper ancillã
fuiſſe, ſed etiã ex manumiſſione liberã, potiꝰ
præſumimus, filiam natã fuiſſe ex ancilla, † 4
quam ex manumiſſa, cum contrariũ fauora-
bilius videatur, & in dubio credendum, *l. in
ambiguis, 85. ff. de reg. iur. eod. tit. l. inter pares, ff.
de re iud.* Hęc difficultas Interpretes noſtros
non mediocriter torſit. Gloſſa eñ † in verb. 5
conuenit, & gloſſ. ſecutus Bart. *n. 2. lectur. antiq.
n. 1. lect. noua.* Bald. *n. 2.* Ang. *in princip.* Salyc.
n. 3. Donell. *n. 2.* conſtituunt illud propterea
fieri, ꝙ Paulina erat in poſſeſſione ſeruitutis,
& proclamauerit in libertatẽ. Ceterũ quan-
doq; ex textu cõſtat, Paulinã fuiſſe reã, quæ
ſe defenderet: ideo talis interꝑtatio admit-
tenda nõ † videbatur. Qua de cauſſa Iul. Pa- 6
cius *hic n. 6.* & ante illũ Fulgoſ. *n. 1.* exiſtimãt,
illud propterea fieri, ꝙ actor antea intentio-
nis ſuæ fundamẽta plene probaſſet, ſcilicet,
ꝙ mater fuiſſet ancilla. Incumbere itaq; reo
illud oneris, vt exceptionis ſuæ fidẽ adſtrin-
gat, *l. in exceptionib. ff. de probat.* Itẽ obiectio,
atq; ſecuta ſolutio ſatis arguta videtur: ex eo
tamen refellitur, ꝙ Paulina nõ ſolũ cogitur
probare, matrẽ ſuã manumiſſam fuiſſe, ſed
ſe poſt manumiſſionẽ natã, cum illud oneris
actori potius incũbere videatur, vt oſtendat,
illam ex ſerua matre ante manumiſſionem
natã eſſe, *d. l. inter pares, ff. de re iud. l. in ambi-
guis, ff. de reg. iur.* Qua de cauſſa pręferendam
puto explicationẽ † Alberici *hic in prin. Cyni* 7
n. 1. Caſtr. nu. 2. Sichard. n. 2. duorũ alterũ eue-
niſſe, vt vel ingenuam ſe pronuntiari petie-
rit, vt verba legis præ ſe ferunt, vel excipien-
do ſe ad certum tempus, & per conſequens
ad eius probationem adſtrinxerit, *cap. licet,
extr. de probat.*

Lex, Cum precibus. 18.

Svmmarivm.

1 *Inſtrumento publico hactenus fides accommoda-
tur, quoad quis contrarium doceat.*

EX præſenti legis noſtræ † definitione In- 1
terpretes axioma cõmune conſtituunt:
hactenus inſtrumẽti verbis credi, quatenus
quis contrariũ non doceat, *ita gloſ. in verb. o-
portet, Bart. in ſuo ſumm. Cyn. in prin. Odofr. n. 2.
Bald. n. 1. Fulg. in ſum. Caſt. n. 1. Ang. in ſum. Sal.
n. 1. Alber. n. 1. Iul. Pac. n. 12. Sichard. n. 1. & 3. Do-
nell. n. 6.* De qua materia volẽte Deo copioſe
ſcripturi ſumus *in l. in exercẽdis, inf. de fid. inſt.*

Lex,

Lex, Exceptionem, 19.

SVMMARIA.

1 *An in omnibus dilatoriis exceptionibus actor prius probare debeat, quod intendit.*
2 *Exceptiones dilatorias nedum exceptiones pacti tẽporalis complecti, ſed etiam alias.*
3 *Sententia gloſſæ, quod præſens conſtitutio de exceptionibus pacti temporalis intelligenda ſit, confirmata.*
4 *Abſurdum videri, probationem apud illum iudicem, qui de cauſſa principali cogniturus non ſit, inſtitui.*
5 *Exceptiones peremtoriæ litis ingreſſum impedientes, ante litis conteſtationem proponi, & probari debent.*
6 *Exceptio excommunicationis quando probanda ſit.*
7 *Item quid obtineat in exceptione ſpolii.*
8 *Exceptiones peremtorias vſque ad ſententiam proponi poſſe.*
9 *Quid obtineat de ſtylo & conſuetudine multorum locorum.*

CVm hac lege cõprehendatur, exceptio-
nem dilatoriam ab initio opponendam
eſſe, probandam aũt, cum actor quod adſe-
1 uerat, impleſſet: cõtrouerſia † nõ incolorata
moueri poſſet, an illud in omnib. exceptio-
nibus dilatoriis procedat. Regula em̃ eſt, le-
ges generaliter intelligendas eſſe, *l. 3. ſupr. de
legib.* & diſtinguendũ nobis non eſſe, vbi lex
nullam diſtinctionẽ interponat, *l. de pretio, ff.
de Public. in rem act.* Certum aũt eſt, pronun-
2 tiatione † exceptionis dilatoriæ, nedũ exce-
ptiones pacti temporalis cõtineri: ſed etiam
alias, quæ contra perſonas agentium obiici
ſolent, veluti, quod quis nõ poſſit eſſe actor,
procurator, aduocat', iudex, *§. præterea, Inſt.
de except. l. 3. §. procuratoriæ, ff. eod. titul. l. pen. C.
de excep.* Qua de cauſſa Iul. Pac. *hic nu. 27.* hãc
legẽ, vt concepta eſt, accipit, & generaliter
3 intelligendam eſſe conſtituit. † Ceterũ gloſ.
*in verb. exceptionem, Odofred. n. 1. Cyn. n. 1. Bart.
in prin. n. 1. in lectur. nou. & antiq. Caſtr. num. 1.
Salyc. nu. 2. Bald. nu. 1. & 2. Ang. nu. 1. Schrad. nu.
5. Donell. nu. 16. Fulgoſ. in princ.* conſtituunt le-
gem noſtrã intelligendam eſſe de exceptio-
ne pacti conuenti tẽporalis, non aũt de aliis
exceptionibus, quæ contra perſonas motæ,
in diſceptationem principalis controuerſiæ
differri ſolent. Allegant in fulcimentũ ſuę o-
pinionis, *l. ſi. C. de except. l. ita demum, C. de pro-
curat. l. ſed etſi ſuſceperit, 52. ff. de iudic.* quæ nul-
lam de probatione, quo tẽpore quis huiuſ-
modi actu defungi debeat, mentionem fa-
ciunt, ſed oſtendunt duntaxat propoſitionẽ
exceptionum declinatoriarum, & dilatoria-
rum in iudicii ingreſſu faciendam eſſe. Quæ
res Iulio Pacio occaſionẽ dedit, vt repudiatã
expoſitione recepta, aliam interpretationẽ
commendaret. Sed hæc cõſideratio nos ni-
hil mouere debet. Etenim, non nouum eſt
iure noſtro, vt modo vnũ & idem verbum
latiori, modo vero ſtrictiori ſignificatione
accipiatur, vt oſtendimus in explicatione *l.
1. C. de ſenten. quæ pro eo quod intereſt, prof.* Ex-
plorati autem eſt iuris, appellatione exce-
ptionum dilatoriarum potiſſimum illas ex-
ceptiones deſignari, quæ ex conuentione
dilationem tribuere ſolent, *§. temporales, In-
ſtit. de except. l. 3. §. temporales, de except.* Eſt &
illa definitio iure noſtro cognita: verba, quæ
geminam ſignificationem obtinent, gene-
ralem & ſpecialem, in ſpeciali ſignificatio-
ne potius accipienda eſſe, *l. legatum, 35. & ibi-
dem Bart. ff. de legat. 3.* Confirmat deniq; hanc
declarationem † concludens ratio, q, abſur- 4
dum ſit, intentionem ſuam apud illum Iudi-
cem probare, qui de eadem poſtea pronun-
tiare non poſſit, adeo, vt prorſus laterẽ laua-
re cogatur, cum talis probatio neque apud
hunc Iudicem proſit, neque apud aliũ, quo
cauſſa poſtea deferri poſſit, *c. etſi clerici, extr.
de iudic.* Neminẽ aũt præterit, leges noſtras
ſuperuacuam operam, atq; impenſam non
requirere, *cap. vt debitus, extr. de appell. l. nec
quidquam, §. circa aduocatos, ff. de off. procon. au-
thent. niſi breues, infr. de ſent. & interl. omn. iud.*
quod maxime in probationis cauſſa proce-
dit, *l. neque natales, l. matrem, 17. & l. ad proba-
tionem, 22. hoc noſtro tit. l. non hoc, infr. vnde le-
gitimi.* Præterea alienum a ratione iudicari
debet, quis exceptiones, litis ingreſſum im-
pedientes † ante litis conteſtationẽ propo- 5
nere, & probare cogatur, modo altiorem in-
daginem nõ requirant, ſi id in dilatoriis ex-
ceptionibus reſpuamus, *arg. l. nam poſteaquã,
9. ff. de iureiur.* vbi illud obſeruarunt Bart. *n. 2.*
Bald. *n. 1.* Alex. qui eandẽ legit ſub lege præ-
cedenti, *ait Prætor n. 14. & ſeq. Iaſ. n. 23. Caſt. n.
6. Marian. Socin. c. 1. de lit. conteſt. n. 48.* His re-
ſpondet, quod iure Pontificio conſtitutũ vi-
demus, non facile illum audiendũ eſſe, qui
ad repellendam † actoris perſonã illum ana- 6
themate petitũ eſſe proponit, niſi intra octo
dies hanc exceptionẽ probet, quod ſcilicet,
tergiuerſationis cauſſa multi tales exceptio-
nes excogitare & opponere ſolent. Quibus
& illud affine eſt, quod quamuis cauſſa ſpo-
liationis videatur eſſe fauorabilis: tamen † ſi 7
eo animo hæc exceptio obiiciatur, vt proſe-
cutionẽ principalis cauſſæ ſuſpendat, talem
exceptionem intra 15. dies implendam eſſe,

Summa igitur noſtræ diſceptationis eo redit, vt ſtatuamus legẽ noſtrã de pacto conuento temporali accipiendam: alias autem exceptiones dilatorias ante litem conteſtatam, nedum proponendas, ſed etiam probandas eſſe. Non idem tamen in exceptionibus peremtoriis recipiendum eſt: quippe
8 quæ nedum probari, ſed initio omiſſæ † etiã vſque ad ſententiam definitiuam proponi poſſunt, *l.peremtorias, infr.ſentent.reſcind. non poſſe, l.ſiquidẽ, 9. C.de except. l.emtor, infr.de præſcript.pro emtore, Bart.in auth ſeq.nu.2. Ang. n.2. Caſtr.n.11. Salyc.n.7. Andr.Gail lib.1.obſeru. 105. Ant. Gabr.lib.1.commun concl. tit.de teſtib. concl..21.n.126. Proſper Farinac. in tract.de teſtibus, lib.3 titul.8.q.75.* Plane cum ad accelerationem iudicii plurimũ referat, vt quo tempore actor ſuos teſtes producit: reus etiam fungatur eodem officio in ſuis exceptioni-
9 bus, † propterea conſuetudine multorum locorũ aut ſtatutis, de quibus teſtantur Bart. *in hac noſtra l.lect.antiq.n.10. Caſtr.n.6.* eo rem euaſiſſe videmus, vt vtriſque eædem dilationes cedant.

Authentica, At qui ſemel.

SVMMARIA.

1 *Præſentem authenticam ad correctionem legis non pertinere, ſed ad eius declarationem.*
2 *Nedum actori, ſed & reo regulariter conceſſum eſſe, vt adhuc alios teſtes producat, quamuis ſemel aut bis illud fecerit.*
3 *Hanc definitionem locum nõ habere, ſi renuntiatum ſit productioni teſtium, ſecundum communem ſententiam, quamuis multi diſſentiant.*
4 *Noua teſtium productio poſt cauſſæ concluſionem locum non habet.*
5 *Si certũ tempus conſtitutum ſit, intra quod quis probare debeat, elapſo termino amplius non audietur.*
6 *Teſtium effrenatus numerus illud quoq; impetrare ſolet.*
7 *Poſt trinam productionem quarta cõcedi non ſolet, ſine ſolemnitate hac auth. definita.*
8 *Quid appellatione productionis auth. hoc loco deſignare voluerit ſecundum Bernard. Alber. Ang. Fulgoſ. qui exiſtimant dilationem ſignificari.*
9 *Alia, & quæ proprietati ipſius dictionis reſpondeat interpretatio Accurſ. Bart. Baldi, Caſtr. eſſe deſignationem teſtium cum actu productionis coniunctam.*
10 *Ratio, quod vlterior productio conceſſa non videatur.*
11 *An hæc definitio locum habeat, ſi teſtium productio aliquot diebus & illis continuis interceſſiſſet.*
12 *An pluribus nominatis nonnullos in actu productionis omittere poſſim.*
13 *An ſola productio teſtium ſine renuntiatione ſufficiat.*
14 *Expenduntur verba Nouellæ 90. §.ſi vero, quis vtrumque exigere videtur.*
15 *Inter concluſionem & renuntiationem in præſenti controuerſia non eſſe differentiam.*
16 *Concluſionem duobus modis accipi poſſe, pro renuntiatione, & totius cauſſæ, quoad partem, abſolutione.*
17 *Quæ cauſſæ quarto producentem ſuſpectum reddant.*
18 *Conſuetudo tribunalis Spirenſis, quæ hanc ſolemnitatem poſt tres dilationes requirere ſolet, vt dilatio ſit loco productionis.*
19 *Si quis publicatione facta teſtiũ dicta cognorit, amplius teſtes producere nequit.*
20 *An ſola publicatio id impetrare poſſit?*
21 *Auctores, qui hoc defendant.*
22 *Contrariæ ſentẽtiæ defenſores quib auctor ſubſcribit.*
23 *Quid ſi dubium ſit, an teſtium dicta didicerit?*
24 *An ad hoc beneficium denegandum ſatis ſit, quod ſine publicatione teſtium dicta perceperit.*
25 *Sententia negatiua confirmata.*
26 *Quid ſi teſtium dicta non elegerit, ſed teſtes de eo, quod depoſuiſſent, ſciſcitatus eſt.*
27 *Difficultas circa traditionem communem, quæ negatiuam partem defendit, ab auctore propoſita.*
28 *Verbo procurandi, quid apud latine loquentes comprehendatur.*
29 *Non debet melior eſſe conditio delinquentis, quam qui iure aliquid faciat.*
30 *Diſtinctio Socini inter teſtes intelligentes & ſagaces, & ſimpliciter verſatos.*
31 *An qui teſtificata didicerit in cauſſa appellationis, alios teſtes producere poſſit.*
32 *Leges, rationes, & auctoritates, quibus illud ſaltem de iure ciuili defendi videatur.*
33 *Contrariæ ſententiæ auctores, & argumenta.*
34 *Quid conſentaneum ſit ordinationi Spirenſi.*
35 *Confirmata ſententia, quod in cauſſa appellationis liceat.*
36 *Admiſſa diſſentientium opinione, reſtitutionis beneficium non videri ſublatum.*
37 *Imperator contra legem generalem nõ facile reſcripta concedere ſolet.*
38 *Non eſt nouum, vt vna lex aliam declaret.*
39 *Intellectus l.per hanc. de temp. appellat.*
40 *Minor, qui teſtificata didicit in integrum reſtitui deſiderans, auditur.*
41 *In cauſſa matrimonii etiam ſpeciale ius eſt.*
42 *Aſſertiones nouæ per teſtes poſt publicationem dictorum confirmari poſſunt.*
43 *Teſtes in ſummario iudicio producti, in ordinario iterum produci queunt.*
44 *Teſtes coram arbitris interrogati, iterum apud iudicem examinantur.*
45 *Si primo ad vnum finem actum ſit, mox ad alium, teſtes de nouo admittuntur.*
46 *Publicatio inter diuerſas perſonas facta, non impedit nouam productionem.*
47 *Si quis indirecte contrarium probare velit, non repellitur.*
48 *Hanc declarationem tamen locum non habere, ſi diuerſa pars certum diem in ſuis articulis comprehendiſſet.*
49 *Si quis docere poſſit, teſtes corruptos pecunia, falſa depoſuiſſe,*

Digitized by Google

poſsiſſe, etiam cognitis teſtimoniis id facere poteſt.

50 *Nemo prohibeetur contra perſonas teſtium excipere, & illud etiam publicatis teſtibus probare.*

51 *Ad confirmandam probationem a me factam, alios teſtes exhibere poſſum, & quomodo hoc exaudiendum.*

52 *Si teſtium dicta obſcura ſint, admittitur noua illorum productio.*

53 *Idem ſi ambigui eſſent articuli ipſius libelli.*

54 *Teſtes qui culpa iudicis non plene examinati ſunt, repeti poſſunt.*

55 *Si teſtes recepti ſint aduerſa parte nihil opponente.*

56 *Si index teſtes ex officio audire velit.*

57 *Grauitas & dignitas teſtium, qui produci debent vlteriorem productionem aliquando admittit.*

58 *Principem ex abſoluta poteſtate contrarium poſſe ſtatuere, vt teſtes cognitis teſtimoniis audiri poſſint.*

59 *Teſtes ad perpetuam rei memoriam recepti, iterum repeti poſſunt.*

60 *In cauſſa criminali ad detegendam innocentiã noua productio permittitur.*

61 *In quibus cauſſis timor ſubornationis ceſſet, ibidem noua teſtium productio, etiam publicatis teſtimoniis conceditur.*

1
QVam commode & cõuenienter Irnerius hanc authenticam huic legi ſubiiciat, minime operæ pretium duximus in
2 præſentia excuſſiſſe. Illud tamen obiter admonere voluimus, hanc ipſam authenticam non pertinere ad correctionem † legis, ſed eius declarationem, item ad titul. *de probation.* Regula igitur ſit: Nedum actori, quando ſemel aut ſecundo teſtes † produ-
3 xerit, ſed & reo liberum eſſe, vt adhuc alios teſtes producat, per quos intentionem ſuam probare, aut quæ probationi deerant, ſupplere poſſint, *vt hac noſtra authentica.*

Hoc generale pronuntiatum † ſuas exceptiones admittit. Prima eſt, ſi renuntiatum ſit productioni teſtium, *cap. intimauit, 10. extra de teſtib. in verb. nec eſt abrenuntiatum teſtibus, & ibidem Imol. in prin. Anchar. nu. 4. cap. cum veniſſet, 25. in verb. vel teſtibus renuntiatum non fuit, & ibidem Hoſtien. num. 3. Ioan. Andreæ nu. 1. Bald. in ſummario cap. de teſtibus 29. circa fin. cap. conſtitutis, 46. circa fin. extra de teſtib. & ibidem gloſſa in verb. indixit. Imol. n. 7. Abbas n. 4. Felin. circa fin. Specul. lib. 1. part. 4. tit. de teſte. §. ſatis vtiliter, num. 2. Alberic. in præſenti authent. num. 10. poſt Innocent. Iacob. de Aren. Oldrad. & alios, Sicbard. num. 5. Proſper. Farinac. lib. 3. tit. 8. quæſt. 75. in ſuo tractat. de teſtib.* vbi plures refert, idque etiam probari poteſt *arg. l. penult. ſupra de pact. item authent. iubemus, ſupra de iudiciis.* Diſſentiunt tamen gloſſa *in §. quia vero, Nouell. de teſtib. in verb. quartam. Angel. ibidem nu. 24. & gloſſa hic in verb. productio, arg. § illud, & § & quia, Nouell. de teſtib. Odofred. num. 1. Salyc. num. 4. Caſtren. num. 4. Angel. num. 4. & nonnulli alii a Proſpero Farinac. relati in loco ſuperius allegato*, quibus adiicio Rutgerum Ruland. *lib. 7. de commiſſar. cap. 2. num. 19. item Cuiac. in d. nouell. 90. de teſtib.* præterea Donell. *in hac authent. nu. 5.* qui ſi diſpoſitionem iuris ciuilis intueamur, *vt d. §. quia vero, Nouell de teſtib.* renuntiationem, maxime eam, quæ generaliter facta ſit, id non impetrare tradiderunt. Ipſe tamen Farinac. contrariam opinionem magis communem eſſe oſtẽdit, & certis declarationibus quod abſurditatis aut duritiæ ex pleniori pronũtiato naſci poterat, mitigat, quo etiam lectorem breuitatis ſtudio reiicio: nec non quæ diſſerimus *infra nu. 13. & ſequen.*

Secundo noua teſtium † productio poſt 4
cauſſæ concluſionem locum non habet, *§. quia vero, Nouell. de teſtib. 90. & ibidem gloſſa in verbo. concluſerint Ang. numer. 19. Paulus Caſtrenſis hic numer. 2. Andr. Gail. lib. 1. obſeruat. 107. num 4.* vbi illud conſtituit etiam locum habere in inſtrumentis, *cap. cum dilectus, extra de fide inſtrument. Iacob. Menoch. lib. 1. arbitr. quæſt. quæſt. 35. num. 9. Proſper Farin. in ſuo tract. de teſtib. lib. 3. tit. 8. quæſt. 75. cap. 5. nu. 257.* in qua re quid noſtri iudicii ſit, poſtea aperiemus.

Tertia cauſſa, quæ † hanc facultatem 5
præcidere ſolet, eſt, ſi certus dies ſit conſtitutus, intra quem probationis partibus quis fungi deberet, & is elapſus ſit, *l. 1 ſupra de dilat. cap. licet cauſſam, extra de probat. & ibidem Imol. num. 28. Boſſius in oppoſitione contra teſtes, num. 33. Maſcard. de probat. lib. 1. quæſt. 4. num. 96 poſt Abbat. Felin. Roman. & alios ab eodem adductos. Bartol. hic num. 5. Proſper Farin. in tractat. de teſtib lib. 3. titul. 8. quæſt. 80. numero 60. & 61.*

Quarta † exceptio eſt, ſi teſtium ſit effre- 6
natus numerus, *l. 3. §. final. ff. de teſtibus, capit. ſignificauerunt, extra de teſtibus capitul. cum cauſſam, eodem, Bartol. hic numer. 6. Maſcard. concluſ. 177. numero primo Menoch. lib. ſecundo, caſu. 249. lib. 2 arbitr. quæſt. nu. 1. Proſper Farin. dict. libro ſecundo, quæſt. 80. numer. 114.* Quando autem numerus dicatur eſſe effrenatus, ius noſtrum definite non expedit. Iure Canonico quadraginta teſtes intra hunc numerum conſiſtere, & propterea, qui ex-

Digitized by Google

cedunt,minime admittendi videntur,*capit. cum cauſſam.extra.de teſtibus.* Nos vna cum Menochio,*dict.caſu 149.* hanc rem arbitrio Iudicis relinquendam eſſe exiſtimamus.

7 Quarta exceptio eſt,quod † poſt trinam productionem non liceat ſine ſolemnitate hac authentica præſcripta alios teſtes producere. Quid appellatione productionis
8 deſignare lex † voluerit,non bene apud noſtros Interpretes conuenit. Etenim gloſſa *in c.in cauſſis.& cap. vltra tertiam.extra.de teſtibus*, videtur verbum productionis in eadem ſignificatione exaudire qua dilatio accipitur, quod & ipſum quoque probare videntur hoc loci Angel.*in prin.item Alberic.*
9 *num. 2. Fulgoſ. circa fin.* Ceterum † dictioni, productionis,tam alienam ſignificationem attribuendam non eſſe prountiant Accurſius *hic in verbo productionem, Bart.num.4. & ſeq. Odofred.num.1.Bald.num.13.Caſtr.num.15. & ſeq. Salyc.nu.3.Sichard.nu.28. Cyn.in l.1.C. de dilation.num.8.Abbas in c. in cauſſis.extra. de teſtibus.num.1.Felyn.nu. 2.poſt Imol. Ant. de Butrio, Archidiac. Dominic. & alios ab eodem allegatos,*contendentes hic in verb. productionis ſignificari deſignationē teſtium, cum actu productionis coniunctam,veluti, ſi hodie quis ſex aut ſeptem teſtes producat, & poſt ſpatium vnius menſis rurſum alios, ſeptem aut octo,& interpoſito alio interuallo rurſum alios. Hūc enim ad quartam productionem admittendum non eſſe, quam-
10 uis dilatio probationis nondum finita † ſit: ratio eſt,quod deſignando & producendo totiens alios teſtes, videatur illud ex ſubornatione facere,tanquam qui teſtes poſt depoſitionem percontatus ſit, & ita teſtium
11 dicta didicerit. Aliud autem † obtineret,ſi teſtium productio aliquot diebus illiſque continuis interceſſiſſet, *vt docet Bartolus hic num.9.Salyc.nu.3.Caſtrenſ.nu.17.Baldus nu.16. & alii nōnulli.* maxime ſi omnia nomina teſtiū ab initio edidiſſet, quo caſu an illi quarta, quinta & vlterior productio cōcedi poſſit, ſi ex interuallo illæ interponantur, negant Bartolus & Caſtrenſis.Contrarium videtur aſſerere Baldus & Salycetus, imo Caſtrenſis teſtatur hanc traditionem Bartoli vſu receptam nō eſſe, quod tabelliones aut alii auditores diuerſis negotiis implicati, examen continuo tempore ſæpe expedire nequeant. Accedit quod interuallum loci, vbi habitent teſtes, ſæpe cōtrarium ſuadeat, *l.iudices.C.de fid. inſtrum.* & quod hoc caſu timor ſubornationis ceſſare videatur, niſi teſtium, qui nominati ſunt, cōdictio aliud in-
nueret. Tradunt † præterea idem Salyce- 12
tus & Baldus,pluribus nominatis non prohiberi quem nonnullos ſolum ex omni numero producere, *l.non ex omnibus. ff. de recept.arbitr.* Hæc vera noſtræ authenticæ expoſitio eſt,item & iuris canonici,*cap. in cauſſis,& cap. vltra.de teſtibus.* ſi illam cōuenienti interpretatione ſuppleamus. Requirimus
enim vna cū † Cuiacio *d.Nouell.90.§.ſi vero.* 13
& Donello *hic num.5.* quod vna cum productione renuntiatio interceſſerit, vel cōcluſio,quo ad teſtes producendos,vt coarguūt
verba ipſius nouellæ, quæ ſubiicio. † *Quia* 14
vero multi ſæpe teſtes producunt & tertio hoc agentes,poſtea mox vt cōcluſerint, & excepta fuerint teſtimonia tentantes interpellationibus nobis importuni eſſe,& velle etiam quarto deducere teſtes,ſancimus noſtros Iudices hoc maxime conſiderare,& ſi tertio producti iam ſint teſtes: & ab eo qui teſtes deduxit,concludente & editum accipiente,iterum petantur teſtes, hos omnino non adeſſe: vtpote ſuſpicione habita, ne forte relictis quidem prioribus & dudum manifeſtis propter eorum teſtimonia factis, ille non productionem teſtium,ſed de præcedentibus, aut non teſtificatis additamentum aut eorum depoſitionibus emendationem deſideret. Colligimus itaque ex hoc ipſo §.primam productionem ſolam per ſe non ſufficere,vt amputet beneficiū vlterioris productionis, niſi coniuncta ſit cauſſæ
concluſio,† quam eandem cum renuntia- 15
tione eſſe non inconſiderate meo iudicio, Cuiacius conſtituit. Vnde ſciendum eſt,
concluſionem † duobus modis accipi poſ- 16
ſe:primo,pro vltimo totius cauſſæ actu,cum partes allegationibus vltro & citro renuntiantes,rem Iudicis definitioni committunt, *vt l. Iudices,cum authent.iubemus.ſupr. de iud.* quo caſu ne inſtrumenta quidem amplius exhiberi poſſunt,*cap.cum dilectus.extr.de fide inſtrum.*& alio modo pro particulari certi actus conſummatione,ſiue expreſſa, aut tacita renuntiatione,ex qua colligitur, quem nihil vlterius circa actus explicationē mouere velle,*d. §. quia vero.nouell.de teſtibus, vt eundem §.etiam intelligunt gloſſa,Ang.& alii ſupra a nobis relati.* Vnde cum ius canonicum de renuntiatione loquēs obſtare videatur, dicendum eſt, hoc caſu inter vtrumque ius ſuam differentiam eſſe, & non fruſtra iure ciuili tam anxiam & ſcrupuloſam ſolemni-
tatem requiri,cum producentē de † ſubor- 17
natione duæ cauſſæ ſuſpectum reddāt: Vna quod iam ſemel renūtiarit: altera quod iam tertio

tertio

Digitized by Google

18 tertio teſtes produxerit. Qua de cauſſa † nō plane abſurda iudicari debet conſuetudo fori, quæ neglecta interpretatione de productionibus, hanc ſolemnitatem requirit poſt trinam in cauſſa probationis cōceſſam dilationem, vt in Camera Spirēſi inualuiſſe colligimus *ex par. 3. ordin. Cameræ cap. 16.* §. Was aber/ deinde ex nouiſſima cōſtitutione Spirenſi, *l. 133. incip.* Ob wol in vnſer / *fol. 43. Gail. lib. 1. obſeru. 91. num. 6. Mynſing. cent. 1. obſeru. 72.*

Sexta cauſſa, ex qua denegari vlterior ꝓductio ſolet, eſt, ſi quis publicatione facta
19 teſtium dicta † cognorit, vt in præſenti *authentica, &* §. *quia vero, d. Nouell. 90. c. conſtitutis, 46. extr. de teſtib. cap. ex tenore, 35. c. veniēs, 38. Clem. 2. de teſtib.* Neque vlla dubitatio eſt, quin ſi vtrumque concurrat, facultas plures teſtes producendi hoc modo tollatur. Sed
20 an ſola publicatio † hoc impetret quæſtio-
21 nis eſt. Et ſunt qui † putent, *vt Ioan. Andr. d. c. conſtitutis, 46. nu. 6. Bald. ibid. nu. 2. Imol. nu. 2. & nu. 5. Abbas nu. 3.* Idemque etiam videtur ſentire Bartolus *hic nu. 17. Ferretus conſil. 135. Rota deciſ. 30. tit. de probat. in antiq. & multi alii auctores relati a Proſpero Farin. in ſuo tract. de teſtib. libr. 3. cap. ex tenore. extra. de teſtibus.*
22 Ceterum † diſſentiunt Bald. *hic nu. 5. Salyc. num. 9. Sichard. num. 8. Aretin. in cap. fraternitatis nu. 23. Pariſ. num. 64 Specul. lib. 1. part. 4. tit. de teſte. § ſatis vtiliter. n. 15. Proſper Farinac. lib. 3. tit. 8. quæſt. 75. Andr. Gail. libr. 1. obſeru. 103. num. 2. Anton. Gabriel. l br. 1. concluſ. 21. tit. de teſtib. nu 28. Mynſing. cent. 6. obſeru. 69.* vbi ait, hanc opinionem eſſe cōmuniorem, & in Camera Imperii approbatam. Et hæc ſententia ſaltem iure noſtro verior videtur, cum præſens authent. vtrumque requirat, item §. *quia vero, Nouell. 90. de teſtibus.* Et ſane dubitationem non habet, ſi certum ſit, quem teſtificata non percepiſſe, *Marian. Socin. in repetit. capit. fraternitatis, extra. de teſtibus, num. 14.* Idque etiam procedere exiſtimat de iure canonico. In eadem quoque ſententia eſſe videtur, Caſtrenſ. *in hac noſtra authentica. num. 4.* Quod ſi vero dubium ſit,
23 an teſtium dicta † explorata habere cœperit, tunc confugiendum erit ad coniecturas, *Anton. Gabriel. in titul. de teſtibus, concluſ. 21. num. 30. Marian. Socin. d. c. fraternitatis, num. 15.* vbi exiſtimat, hoc caſu reum ex delatione iuriſiurandi ſecundum formam noſtræ authenticæ admittendum eſſe. Hæc de pu-
24 blicatione. † Sed an ad excludendum aliquem ab vlteriori productione ſufficiat, teſtium dicta didiciſſe, quæri poteſt. Mouet enim dubitationem noſtra authentica. Deinde §. *quia vero, Nouell. de teſtibus.* quæ vtrumque videtur requirere. Sed contra-
rium † verius eſſe conſtituimus, quod *dict.* 25
§, *quia vero. Nouell. de teſtibus.* haud obſcure innuat, *verſ. ſi vero deducens*, Iuſtinianum Imperatorem non tam publicationem cōſideraſſe, quam cognitionem eorum, quæ a teſtibus depoſita erant, vt ſi aliquid deeſſe probationi animaduerterent, immiſſis teſtibus vel pretio redemtis, poſſint Iudicis religionem circumuenire. Vnde ſi ante publicationem ſubtraxiſſet volumē, in quod dicta teſtium collata erant (quod Rotulum noſtri vocant) & ita percepiſſet, non dubitamus ipſum ad vlteriorem productionem adſpirare non poſſe, *dict. §. ſi vero. Nouell. de teſtibus. verſ. quod neque ſubtraxerit, Bartol. hic numer. 19. Alberic. numer. 4. & num. 7. Bald. num. 5. Caſtr. nu. 6.* Ex eo enim quod inſtrumenta apud aliquem deprehendantur, illa legiſſe intelligitur, etiamſi non ſubtraxiſſet, *cap. conſtat. & ibid. gloſſ. in verb. depoſitis, extra de teſtibus, & ibidem Abbas num. 3. Aretin. num. 1. Felin. num. 4. Proſper Farin. in tractat. de teſtib. quæſt. 75. cap 3. num. 55. huc pertinet l. non eſt ferendus. ff. de tranſact.* Vnde ſi etiam teſtium dicta apud tabellionem perlegiſſet, idem quoque probandum eſſe ſtatuit, *dict. quæſt. 55. cap. 3. num. 52. Marian. Socin. in cap. fraternitatis num. 17.* Quod ſi autem † ab ip- 26
ſis teſtibus ſciſcitatus eſſet, quid depoſuiſſent, negat hoc caſu *num. 19.* illum ab vlteriori productione, ſubmouendum eſſe, idque argum. noſtri text', qui videatur requirere, quod legerit, tractauerit, & percontatus ſit. Poſſe enim fieri, quod quis interroget teſtem, qui tamen illum de tenore depoſitionis non recte inſtruat, ſiue quod non recordetur, ſiue quod captet ipſius gratiam, & propterea quæ illum onerent, ſignificare nolit. Idque etiam probant hoc loco Bart. *num. 19.* Alberic. *num. 7.* Bald. *numer. 5.* Salyc. *num. 10.* Caſtr. *num. 5.* Sichard *num 10.* Andr. Gail, *d. obſeruat. 103. lib. 1. num. 3.* Bartholom. Socin. *in ſuis fallentiis regula 403. in 16. fallent.* Anton. Gabr. *titul. de teſtib. lib. 1. concluſ. 21. num. 117. argu. noſtra authent. & §. vnde petita eſt, in verb. percōtatis, & in verb. perlegere*, ꝗ hæc coniunctio, *per*, quandam perfectionem deſignet, *l. vrbana familia. §. pernoctare. ff. de verb. ſignif.* Quæ quamuis ita † ſeſe 27
habeant, tamen ſatis periculoſa talis traditio videtur, quod feneſtram ad nequitiam

Digitized by Google

hominum aperire non debeamus, & obliqua via concedere, quod alia non permittitur, *l. ſcire oportet. §. 1. ff. de tutor. dat. ab his. l. non dubium eſt, C. de legib. l. legem. ff. de legib.* quod denique verbum, *percontandi*, eo non bene deflectatur, cum apud latine loquentes ni-
28 hil aliud † ſignificet, quam interrogare, vt apud Terent. in Hecyra, *tua quod nihil intereſt, percontari deſine.* Dictio enim *cunctandi* longe aliam ſignificationem habet. Tertio, quod ſciſcitantes ex teſtibus, quæ depoſuerint, & teſtes eadem reuelantes ante publicationem, delinquere intelligantur, vt apparet ex iuramento, quod teſtibus proponitur, quod vſq; ad publicationem omnia ſecreta habere velint, *arg. eorũ quæ tradita ſunt l. nullum, infra de teſtibus, & cap. fraternitatis,*
29 *extra eod. tit.* Porro non † debet melior eſſe conditio delinquentis, quam conceſſa ratione eo viam munientis, *l. ab hoſtibus §. fin. ff. ſolut. matrim.* & hanc ſententiam videntur tueri gloſſa *in d. §. quia vero, extra de teſtib. & Bart. ibidem.* Vnde quidquid ſit, non ſolum probabilis, ſed & neceſſaria videtur eſſe de-
30 claratio † eiuſdem Mariani Socini *in d. cap. fraternitatis, nu. 19. verſ. ſed aduerte. Proſper Farinac. in tract. de teſtibus tit. 8. q. 75. cap. 3. n. 40.* quod ſi teſtes peritos & ſagaces eſſe ponamus, aut tale negotium, quod in explicando non multas recipiat circumſtantias, tunc etiam huiuſmodi percontationem & reuelationem dictorum nocere, atq; etiam vlteriorem productionem præcidere. Si plures ampliationes & declarationes quis circa hanc materiam requirat, is adire poterit eundem Socin. Farin. & Anton. Gabriel. *locis ſupra allegatis.*

Axioma igitur ſit principale, quod is, qui teſtium dicta didicerit, plures teſtes producere volens non audiatur. Habet hæc conſtitutio tamen multas declarationes. Et pri-
31 mo ſunt non pauci numero, qui † exiſtimãt hanc definitionem nõ procedere in cauſſa appellationis, ſi diſpoſitionem iuris ciuilis
32 intueri † velimus: Primo auctoritate legis, *Per hanc diuinam ſanctionem decernimus, vt licentia quidem pateat, in exercendis conſultationibus, tam appellatori quam aduerſæ parti, nouis etiam aſſertionibus vtendi, vel exceptionibus, quæ non ad nouum capitulũ pertinent, ſed ex illis oriuntur & illis cõiunctæ ſunt, quæ apud anteriorem iudicem noſcuntur propoſitæ. Sed & ſi qua ducta quidem allegatio monſtrabitur, vel inſtrumentum aliquod prolatum, probationes tamen illo quidem defuerint tempore, verũ apud ſacros cognitores ſine procraſtinatione præberi poterũt, id quoq; eos admittere, quo exercitatis iam negotiis pleniore ſubueniatur veritatis lumine.* Quã legem eodẽ loci ita intelligunt glo. *in verb. ſed et ſi qua, Cynus num. 4. Salic. n. 3. Bald. n. 24. Fulgoſ. hic n. 3. Caſtren. hic num. 10.* aſſerens hãc ſententiam receptiorem, *Sichard. n. 27. Curt. iun. l. 2. C. de edend. num. 111.* vbi hanc ſententiam communem renuntiat, & in Ducatu Mediolanenſi ſeruari, & hanc ſententiam quoque communem eſſe fatetur Bart. *d. l. per hanc, nu. 5.* quamuis ipſe eodem loci diſſentiat, immemor ſuæ ſententiæ, quam ſecutus fuit in *tractat. de different. inter ius Canonic. & ius ciuil. n. 153.* Accedũt infiniti Doctores, quos refert Roland. a Valle *conſi. 45. vol. 2. n. 7.* Anton. Gabriel *lib. 5. commun. concluſ. 1. num. 13. verſ. contrariam ſententiam, concluſ. 21. tit. de teſtib. Marian. Socin. d. cap. fraternitatis, extra de teſtib. n. 27. verſ. quarta fuit opinio. Proſper. Farin. in ſuo tract. de teſtib. lib. 3. tit. 8. queſt. 75. Mynſ. centu. 1. obſeruat. 41.* vbi ait in Camera Spirenſi illud aliquot præiudiciis comprobatum eſſe.

Pro confirmatione huius opinionis ſecundo adfertur, *l. eos. C. de appellat. §. ſi quis autem,* cuius verba ſubiicio: *Si quis autem poſt interpoſitam appellationem neceſſarias ſibi putauerit eſſe perſonas, per quas apud iudicem, qui ſuper appellatione cognoſcet, veritatem poſſit oſtendere, quam exiſtimauit occultam, hocque fieri iudex perſpexerit: ſumtus iiſdem ad faciendi itineris expeditionem præbere debebit, cum id ipſa iuſtitia perſuadeat ab eo hoc recognoſci, qui euocandi perſonas ſua intereſſe crediderit.*

Tertia ratio eſt ſecundum Baldum, *d. l. per hanc. Cod. de tempor. appellat.* quod huiuſmodi præſumtio ſubornationis non ſit perpetua, ſed multas admittat declarationes, quodque textus *in d. §. quia vero, Nouell. 90. de teſtibus*, in cauſſa primæ inſtantiæ loquatur, non appellationis, vbi iudices maioris auctoritatis, iudicii, & poteſtatis interuenire ſolent, *l. præcipimus. C. de appellat. lib. 1. §. fin. ff. de appellat.* qui pro ingenii ſui luce, *l. 1. ff. de offic. præfect. prætor.* veritatem facilius inuenire & ſubornationis periculum pœnæ grauitate facilius diſcutere poſſint.

Quarto, quod non omnes teſtes in ea cauſſa ſunt, vt expugnari illorũ fides poſſit, *l. 3. ff. de teſtib.* & propterea hæc res potius arbitrio Iudicis committi debeat.

Quinto quod, *vt inſtat Marian. Socin. in d. cap. fraternitatis, extra de teſtibus, num. 28.* cauſſa appellationis ſit diuerſa a prima, non quidem

Digitized by Google

quidem ratione cauſſæ & quęſtionis, ſed iudicii & materiæ de nouo ſuperuenientis videlicet iniquitatis ſententiæ, quæ interdum ſeparatim examinari poteſt a principali, *l. abſentem. ff. de pœn. l. non diſtinguemus.* §. *cum quidam. ff. de recept. arbitr. l. penultim. ff. iudicat. ſolui.*

Sexto, quod cum §. *quia vero*, contineat antiquationem iuris veteris vlterius porrigi non debeat, quam verba ipſius concedunt, *l. præcipimus in fi. C. de appell. l. ſancimus. infr. de teſtam.* maxime vbi eſt diuerſa ratio, *vt antea dictum eſt.*

Septimo, quod teſtes apud arbitros recepti & publicati etiam examinari poſſunt ſuper iiſdem capitulis apud ordinarium Iudicem, *l. fin. C. de teſtam.*

Octauo, quod reſtitutio & appellatio eiuſdem cẽſeantur eſſe effectus, *l. præfecti, 17. ff. de min. in integ reſtit.* Minorem autem reſtitui ad probandum, vt inſtat Roland. a Valle. *d. conſ. 45. vol. 2. nu. 4.* vt oſtẽdit etiam Sfortia Oddus, *in tract. de reſtit. in integ. part. 2. q. 65. art. 11. nu. 51.* de qua re poſtea.

Nono quod variata inſtantia, vt argumẽtatur Roland. a Valle varietur etiam finis agendi, & per conſequens fiat, vt teſtes ſuper prioribus articulis repeti & audiri poſſint, *c. veniens, 2. de teſtibus.*

Decimo, quod renuntiatio & publicatio teſtium in eadem cauſſa cenſeantur, *c. de teſtibus. extra, de teſt.*

33 Contrariæ autem ſententiæ † ſunt Bart. *in l. per hanc. num. 5. C. de tempor. appell. Salycet. ibidem num. 3. Caſtrenſ. num. 4. Couarru. practi. quæſtion. c. 18. num. 6. Marian. Socin. in d. cap. fraternitatis, extra. de teſtibus. num. 28. verſ in ea tamen ambiguitate, Roland. dict. conſi. 45 volum. 2. num. 11. & 14.* vbi infinitos auctores in hanc ſententiam laudat. *Marant. in ſuo Specul. part. 6. tit. ſi autem teſtes produc. numer. 22. Villalob. in Theſaur. commun. opin. in liter. T nu. 85. Guid. Papa deciſ. 14.* vbi ait in Ducatu Delphinenſi ita ſeruari. *Proſper Farin. d. quæ 75. c. 7. nu. 308. & 312.* Vbi etiam multos auctores in hanc rem allegat. Hanc ſententiam de iure veriorem eſſe, magiſque receptam etiam teſtatur Mynſ. *d. obſeru. 41. Roland. a Valle in loco ſupra allegato.*

Pro cuius confirmatione multa in medium adduci poſſunt. Primo auctoritas Nouellæ 90. *de teſtibus.* §. *illud.* in verba ſequentia *illud tamen indubium eſt, quia etſi ſemel producens teſtes aut bis, aut teſtificationes tractauerit, aut aduerſario hoc faciente ipſe diſputationem acceperit, & ex hoc didicerit teſtificata, non habebit omnino licentiã vllam vlterius vti teſtium productione, neque ſi diuina hoc iuſſio præceperit.*

Secundo, quod eadem ratio prohibitionis, de qua in noſtra authentica, *& dict.* §. *quia vero*, etiam locum habeat in cauſſa appellationis. Conſequenter itaque idem ius probandum eſſe, etiamſi ageretur de abrogatione legum, *l. his ſolis, in fin. infra. de reuocand. donat.* de qua re accuratius diſſeruimus ſupra, *l. fin. de ſacroſanct. eccleſ. cap. 8.* Ratio autem hanc facultatem auferendi eſt periculum ſubornationis.

Tertio, quod quotieſcunque legibus aliquid dubium ſit, iure autem Canonico euidenter deciſum, ius Canonicum præferendum videatur, de qua re tractamus *in l. priuilegia. ſupr. de ſacroſanct. eccleſ.* Hanc quæſtionem iure Canonico definitam nemo dubitat, vt conſtat ex *clem. 2. de teſtibus*, quæ ita concepta eſt: *Teſtibus rite receptis, & eorum atteſtationibus publicatis, ſicut non licet ſuper eiſdem vel directo contrariis articulis alios vel eoſdẽ teſtes in principali cauſſa producere: Sic nõ debet in appellationis cauſſa licere, cum non minus in appellationibus quam in principali cauſſa ſubornatio ſit timenda.*

Quarto, pro huius ſententiæ fulcimento quidam in contrarium retorquent, *l. per hanc. Cod. de tempor. appellat.* quæ ſolum permittere videtur in articulis nouis, quæ a prioribus dependent.

In hac opinionum conflictatione, quid ſequi quis debeat, nõ facile fuerit comprehendiſſe. Vnde etiam Rolandus a Valle *d. conſil. 45. in princip.* hanc quæſtionem adeo dubiam eſſe profitetur, vt indigeat deciſione Imperatoria. Et ſane videtur commune decretum Camerę Spirenſis promulgatum Anno 93. die 13. Decembr. verſ. *apud grauamina appellationis*, hanc vltimam ſententiam comprobaſſe. Ceterum † in nouiſſima con- 34 ſtitutione Spirenſi, quæ a deputatis Spiræ concepta eſt, Anno 1600. §. 115 incip. Es ſeyn in den grauaminibus, *fol. 40.* iubemur amplecti deciſionẽ Ordinationis eiuſdem tribunalis tanquam iuri communi & ſtylo conuenientẽ, ſublato decreto, de quo mẽtionem fecimus. Porro eiuſdẽ Ordinationis *lib. 3. c. 33.* §. *2.* litigatorib. nedum nouos, ſed etiam priores articulos probãdi, aut ſi quid probationi deerat ſupplendi poteſtas conceditur, quare collatione vtriuſq; loci facta, facile intelligimus, q̃ ſententiam iuri comu-

Digitized by Google

ni conſentaneam pronuntiauerint. Moue-
35 runt † proculdubio totius Imperii Ordines
illæ rationes, quas ſupra complexi ſumus,
deinde quod negligentia eius, qui forte cō-
fidens de teſtibus, qui ſæpe multa apud liti-
gantes aſſerere, & rurſum alia ratione apud
Iudices deponere ſolent, plures non pro-
duxerit, aut quod illud opus eſſe non puta-
rit, & deinde ſuccumbens per ſententiam
erroris ſui admonitus ſit, non debeat tam
graui pœna affici, maxime cum interſit rei-
pub. & ad animæ noſtræ ſalutem pertineat,
cap. 1. extra de falſ. vt veritas illuſtretur. Nec
terrere nos debet ſubornationis periculū,
cum & antea illud fieri potuerit, & teſtes nō
facile videantur cum diſcrimine æternæ ſa-
lutis in gratiam alicuius depoſituri, *l. penult.*
infra ad leg. Iul. repetund. Accedit quod Iu-
dex, qui maioris auctoritatis eſt & illuſtrio-
ris ingenii, facile ſecum perpendere poſſit,
in quibus teſtibus ſit periculum ſubornatio-
nis, in quibus minime, ita vt ex cauſſa fidem
illorum dictis accommodare poſſit. Et quā-
uis hæc ſententia propter auctoritatem il-
lorum, qui contrarium defendunt, ſatis du-
bia in illis Prouinciis, quæ Imperii habenis
non continentur, cenſeri debeat: tamē ex-
36 tra controuerſiam eſt huic ex clauſula, † ſi
qua iuſta cauſſa videbitur, de qua *in l. ſed ſi per*
prætorem §. fin. ff. ex quib. cauſ. maior in int. reſt.
per in integrum reſtitutionem ſubueniri
poſſe, ſiue ignorauerit quis alios teſtes ſe ha-
bere poſſe, ſiue propter illorum abſentiam
aut conditionem, vel per aduerſarii dolum
vel machinationem eoſdē producere non
potuerit. *Innocent. in cap. penult. de reſtit in in-*
teg. & in cap. intimauit, extra de teſtibus, & ibi-
dem Hoſtien. num. 3. Felin. num. 3. idem Felin. in
cap. fraternitatis, numer. 6. Abbas ibid. num. 4.
Anton. Gabr. tit. de teſtib. libr. 1. commun. concl.
concluſ. 21. n. 51. & ſeq. Menoch. lib. 1. arbitrar.
quæſt. quæſt. 34. num. 11. Sfortia Oddus in tract.
de reſtitu. in integ. part. 2. quæſt 66. num. 73. vbi
hanc ſententiam communem eſſe profite-
tur. *Proſper Farinac. in tract. de teſtib. lib. 3. tit. 8.*
quæſt. 75. cap. 15. num. 431. Et hæc ſit prima de-
claratio.

Quare ad hunc modum confirmata, ar-
gumenta contraria ita dirimi poterunt, vt
ad primum reſpondeamus, aliam cauſſam
eſſe iuris cōmunis, aliam vero reſcripti prin-
cipalis. Etenim Imperator contra legem ge-
37 neralem † nullum reſcriptum facile conce-
dere ſolet, & ſi quis per importunitatem ta-
le beneficium expreſſiſſet, tamen auctori-
tate Iudicis repudiari deberet, *l. fin. C. ſi cont.*
ius vel vtilit. public. donec ſecunda iuſſio a
Principe emanet. §. *deinde, nouell. de mand.*
prin. Diuerſa cauſſa eſt legis atque iuris com
munis. Nam non † eſt nouum, vt vna lex 38
aliam declaret, *l. non eſt nouum*, & certam in
negotiis formam præſcribat. Vnde cum lex
appellationis remedium latius patere vo-
luerit, *d. l. per hanc. C. de tempor. appell.* nec vr-
geant rationes ſupra a nobis propoſitæ, non
poteſt Imperator videri etiam de appella-
tionis cauſſa ſenſiſſe, cum nullam de ea mē-
tionem fecerit, vnde tale ius intactum reli-
quiſſe intelligitur, *arg. l. vnica. C. de caduc. toll.*
§. vbi autem, verſ. nam ſi contrarium volebat.
Cetera argumenta in ea conditione ſunt,
vt vix ſpeciali confutatione indigeant, cum
ex his, quæ ſupra complexi ſumus, facile ap-
pareat, non eādem rationem vtrobiq; ver-
ſari. Vnde quoq; conſectariū eſt, interpre-
tationi iuris Canonici locum non eſſe. Ne-
que præſidii quidquam † conſtituere poſ- 39
ſunt, *in l. per hanc. C. de temp. appellat.* Quam-
uis enim ibidem fiat mētio nouarum aſſer-
tionum & exceptionum: tamen minime
inferri poteſt, hanc facultatem in prioribus
allegationibus amputatam eſſe, cum dictio,
etiam, quæ implicat, & priora neceſſario
complectitur, talem interpretationem re-
ſpuat, & ſequentia verba, vt exercitatis ne-
gotiis pleniori ſubueniatur veritatis lumi-
ne, haud obſcure oſtendant, quid Impera-
tor inſinuare voluerit.

Secunda exceptio eſt, ſi minor † viginti 40
quinque annis ob ætatis lubricum in inte-
grum reſtitui velit. Cum enim in aliis cauſſis
minor reſtitui deſiderans audiatur, *l. ait præ-*
tor. ff. de minor. in integr. reſtitu. l. præfecti, 7. ff.
eod. tit. l. 1. & tot. tit. C. ſi aduerſ. rem iudic. hoc
beneficii quoque ipſi denegari non debet,
cum propter ætatis immaturitatem ſubor-
nationis ſuſpicio in eo ceſſet, *arg. l. 1. §. fin. ff.*
de edend. l. ſi quis ingraueſcente §. ignoſcitur. ff.
de SC. Syllan. l. 1. §. accuſatorem, ff. ad SC. Tur-
pillian. l. edicto, §. fin. ff. de iur. fiſc. item in eius
tutore & curatore, *arg. l. videamus, §. 1. ff. de in*
lit. iur. vt notat Bald. hic in 5. fallent. Salyc. n. 2.
Menoch. arbitr. quæſt. lib. 1. quæſt. 34. n. 11. An-
ton. Gabriel commun. concluſ. libr. 1. concluſ. 21.
nu. 46. vbi multos alios refert, Sfortia Oddus in
tract. de reſtitut. in integr. part. 2. quæſt. 65. nu-
mer. 51. vbi hanc ſententiam communem
renuntiat, & infinitos auctores in hanc rem
laudat.

Tertia declaratio eſt, quod in † cauſſa 41
matri-

Digitized by Google

matrimoniali teſtes poſt publicationem nihilominus produci & audiri poſſint, *cap. ſeries, extra de teſtibus, & ibidem gloſſa. Hoſtienſ. num. 2. Bald. num. 1. Imol. in ſummario, Abbas num. 5. Felin. num. 5. Couar. practicar. quæſt. cap. 18. num. 6. Anton. Gabriel. in titul. de teſtibus, concluſ. 21, num. 69. libr. 1. Menoch. d. quæſt. 34. num. 7. lib. 1. Andreas Gail, obſeru. 105. n. 5. lib. 1. Proſper Farin. in tract. de teſtib. lib. 3 tit. 8. quæſt. 75. num. 383. & plures alii, quos Couarru. Gabriel & Farin. congerunt.*

42 Quarta declaratio eſt, quod † hæc definitio locum nõ habeat in aſſertionibus nouis, quæ tamen a priorib. pendent & oriuntur, *cap. fraternitatis, 17. extra. de teſtibus, l. per hanc, C. de temp. appell.* Et quamuis hæc iura de ſecunda inſtantia loquantur, tamẽ idem etiam obtinere in prima inſtantia edocemur ex *c. cauſſam, quæ. 19. & c. cum veniſſet, 25. verſ. ſi qua vero fuerint, extra. de teſtibus, & ibidem Antonius de Butrio numer. 3. Pariſ. numer 22. & ſequen. gloſſ. in cap. ex tenore, in verb. admittendos, Marian. Socin. in cap. fraternitatis, extra eod. tit. nu. 23. verſic. circa quintum principalem articulum, & verſ. circa ſeptimum,* vbi hanc materiam bene enucleat, *Odofred. hic nu. 1. Bart. num. 23. Alberic. nu. 3. Ioan. Sichard. num. 21. Proſper Farinac. in tract. de teſtibus, tit. 8. q. 75. nu. 82. cap. 4.*

43 Quinta declaratio eſt, quod teſtes † in ſummario iudicio auditi in plenario rurſum recipi poſſint, *capit. veniens, 38. extra, de teſtibus, & ibidem Imol. num. 1. Abbas num. 2. Felin. num. 19. Ant. Gabriel libr. 1. commun. concluſ. tit. de teſtibus, numer. 60. Proſper Farin. d. q. 75. c. 4. num. 107.*

44 Sexta declaratio eſt, ſi teſtes † coram arbitris producti fuerint, vt cauſſa in iudicium deducatur, *l. fin. infr. de teſtibus, cap. præſentatæ, extr. eod. Marian. Socin. d c. fraternitatis, num. 35.* de qua re nos alibi commodius.

45 Septima declaratio eſt, ſi primo † ad vnum finem actum fuit, & poſtea ad alium, veluti ſi de exceptione quis tranſeat ad cauſſam petitionis vel actionis principalis: vel ſi cauſſa ciuilis mutetur in criminalẽ. Hoc enim caſu poſſe repeti teſtes, colligimus ex *c. cum in tua, 44. verſ. quanquam autem, extra de teſtib. item cap. veniens, 38. circa fin. & ibidem gloſſa in verb. vtraq. pars, Innocent. num. 4. Hoſtienſ. num. 2. Abbas in ſummario, & num. 15. Felin. num. 19. Anton. Gabr. d. concluſion. 21. de teſtibus, num. 58. lib. 1. Baldus hic num. 1. verſ. ſeptimo fallit, Salycet. num. 4. verſic. item fallit, quando inſtantia, Proſper Farin. dict. quæſt. 75. cap. 4. num. 124. Marian. Socin. in capit. fraternitatis, extra de teſtibus, num. 29.* Idem etiam probat in cauſſa nullitatis, quando ſcilicet teſtimonia, quæ in tali inſtantia deſiderantur, ad alium finem tenderent.

Octaua moderatio ſit, ſi facta † publicatio eſſet inter diuerſas perſonas, *capit. conſtitutus, 30. & cap. præſentatæ, 50. Speculat. in tit. de teſt. §. ſatis vtiliter, 8. num. 3. Abbas in ca. fraternitatis, num. 4. Pariſ. n. 35. Anto. Gabr. tit. de teſtib. concluſ. 21. Farin. d. q. 75. in ſuo tractat. de teſtib. c. 4. n. 132.* 46

Nona declaratio ſit, ſi quis † indirecte contrarium probare velit, veluti ſi cum mulier probaſſet, ſe certo tempore matrimonium contraxiſſe: vir ad infringendam eius intentionem per alios teſtes doceat, ſe citeriori die aut tempore in certa prouincia cum alia connubii lege ſe obſtrinxiſſe. Nam publicatis huiuſmodi atteſtationibus & mulieri cognitis, ſi docere velit illo tempore eundẽ in tali prouincia non fuiſſe, audienda erit, *cap. ex tenore, 35. extra de teſtibus, leg. optimum, C. de contrahen. & committ. ſtipulat. Bartol. in hac noſtra authentic. numer. 27. Bald. n. 2. Alberic. num. 1. Fulg. num. 23. Ant. Gabr. commun. concluſion. tit. de teſtibus, concluſi. 21. numer. 42. Proſper Farin. dict. quæſt. 75. titul. 8. libr. 3. Marian. Socin. cap. fraternitatis, extra, de teſtibus, num. 26. verſic. nono principali articulo.* Habet tamen † hoc pronunciatum interpretationem ſuam. Etenim ſi vir in ſuis exceptionibus certum diem & locum contracti matrimonii comprehendiſſet, hoc caſu poſt publicationem talis probatio non admitteretur, quod mulier ſibi antea proſpicere potuiſſet, *Marian. Socin. in dict. §. fraternitatis, nu. 26. verſ. aduerte tamen, Ioan. Andr. in cap. ex tenore, n. 23. Abbas num. 5. Anton. Gabriel. in d. tit. de teſtibus lib. 7. concl. 21. num. 43.* 47 48

Decimo hoc axioma † temperamentum recipit, ſi quis docere vellet, teſtem corruptum pecuniis falſa depoſuiſſe, & religionem iudicis hoc modo circumuentam, *argument. cap. licet cauſſam, extra de probation. verſicul. vnde quia talis, item leg. diuus, ff. de re iudic. l. ſi prætor, 75. verſic. Marcellus notat, leg. venales, C. quando prouoca. non eſt neceſſ. ita Bartolus hic num. 26. Caſtrenſ. num. 9. Angel. numer. 2. Oddus Peruſin. in tractat. de reſtit. in integr. part. 2. quæſtion. 77. art. 2. nu. 8. Speculat. in titul. de ſententiis, §. quoniam, numer. 9. Alexand. in leg. diuus, ff. de re iudic. num. 17. Iaſon. num. 30. Angel. num. 4. Alberic.* 49

Digitized by Google

numero quarto, Proſper. Farin. dict. quæſt. 75. numer. 150. Andreas Gail. libro primo, obſeruat. 105. num. 8.

Vndecima declaratio eſt, quod quamuis regulariter non permittatur, vt quis directe ex cauſſa falſitatis dicta teſtium per alios teſtes oppugnet, niſi omnes illæ conditiones, de quibus ſupra mentionem feci, ſuffragentur, tamen non prohibeamur ad labefactã-
50 dam † fidem teſtium contra eorum perſonas excipere, & per teſtes, quæ negata ſunt probare, *argum l. 3. ff. de teſtibus, l. quæſitum, & l. tractatum ff. eodem l. ſi quis teſtibus. infra. de teſtibus Bartol. hic num. 25. Angel. numer. 2. Sichard. num. 22. Alberic. numer. 1. Andreas Gail. dict. obſeru. 105. numer. 8. Felin. in capit. licet cauſſam. numer. 24 extra. de probat. Proſper Farin. dict. quæſt. 75. titul 8. libr. tertio. num 153. cap. 4.* Eſtque eius ratio expedita, quod hæc quæſtio de teſtibus noua & minime impertinens ſit.

51 Duodecimo axioma noſtrum declaratur, vt locum non vindicet in teſtibus, quos eo cõſilio producere volo, vt probationem a me factam confirment. Exempli cauſſa per teſtes idoneos impleui, me certo die & loco deſignato mille aureos cuidam mutuo dediſſe. Ille ad eludendam hanc meam probationem per alios teſtes oſtendit, ſe tunc temporis ibidem commoratum non fuiſſe: qua de cauſſa cum mea probatio periclitetur, volo ad legis eius cõfirmationem adhuc alios teſtes accerſere: quæritur, *an meæ voluntati obtemperandum ſit?* Eſſe conſtituit Baldus *hic numer. 6. verſ. de ſecundo, Angel. num. 2. verſ. ſimiliter poſt dicit a teſtificata admittitur. Salycet. numer. 11 Gail. libro primo. obſeruat. 105. num. 9. Innocent. in capit. cum clamor. numer. 2. extra. de teſtibus, & ibidem Abbas num. 2. Felin. num. 3. Burſat. conſil. 357. numer. 6. libr ſecundo. Menoch. arbitr quæ. lib. 1. quæſtio. 34. num. 15. Afflict. deciſ. 216. num. 4. Proſper Farin. in ſuo tract. de teſtibus. tit. 8. quæſt. 75.* Sed & hæc enuntiatio limitationẽ recipit ex cauſſa, quam ſupra propoſui, ſi reus excipiendo certum diem & locũ complexus fuiſſet.

52 Decimatertia declaratio † eſt, ſi ex cauſſa obſcuritatis naſcatur controuerſia, puta, quod teſtes quid obſcure depoſuiſſent, tũc enim repeti poterũt, *c. cum clamor. 53. & ibidem gloſſ. in verb. depoſuerunt, Bar. in noſtra authent. num 37. Salyc. nu. 5. Ioan. Sichard. nu. 16. Proſp. Farin d. q. 75. tit. 8. nu. 239. Ant. Gabr. d. concluſ. 21. nu. 80.*

Decima quarta exceptio † eſt, ſi hæc ambiguitas naſceretur ex dubia vel confuſa conceptione articulorum ipſius aduerſarii, 53
c. ſeries, extra. de teſtibus, & ibidem Abbas in prin. verſ. ego ſummo & tertio Felin. vbi ait, illũ textum ex approbata & communi lectura id confirmare, *c. ex tenore, & ibidem Felin. numer. 4.* Sufficere enim, quod quis plene de intentione aduerſarii inſtrui non potuerit, *Proſper Farinacius dict. quæſt. 75 c. 4. nu. 169. limit. 25. & 26. Anton. Gabriel d. tit. de teſtibus. concl. 21. num. 85.*

Decimaquarta declaratio ſit † in teſtibus, qui culpa Iudicis non bene examinati 54
fuerint, *cap. per tuas, 48. extra de teſtibus, & ibidem gloſſ. in verb audiendum, Hoſtienſ. nu. 2. Ioan. Andr. num. 6. Aretin. num. 1. Abbas in tertio notabil. Felin. num. 1. Bar. in hac noſtra authent. num. 36. Alberic. num. 4. Ang. nu. 2. Caſtrenſ. num 13. Andr. Gail. d. obſeru. 105. nu. 12. libr. 1. Menochius arb. quæſt. libr. 1. c. 34. nu. 15. in fin. Ant. Gabriel commun. concluſ. lib. 1. concluſ. 21. tit. de teſtibus. num. 19. Marian. Socin. in cap. fraternitatis, num. 1. verſ. prima igitur ſit hæc, Proſp. Farin. dict. quæſt. 75. tit. 8. libr. 3. nu. 202.* Inde etiã infertur, quod ſi Iudex ſuper interrogatoriis propoſitis teſtem percõtatus non ſit, eſſe repetitioni locum, *Marian. d. c. fraternitatis, num. 37 poſt Dynum, Baldum, Speculat. Bart. & Caſtr. Abbas d. cap. per tuas, num. 1. Felin. ibidem num. 2. Farinac. d. libr. 3. de teſtib. tit. 7. quæſt. 66. num. 285. Ant. Gabriel. d. tit. de teſtib. concluſ. 21. nu. 21.* ibi alios infinitos allegat.

Decima quinta declaratio eſt, ſi teſtes recepti ſint aduerſa parte nihil † opponente, 55
ſed conſentiente. Quod enim fauore partium introductum eſt, id ab illis remitti põt. *l. pen. ſupr. de pact. l. pactum ff. eo. tit. cum ſimilibus, Bart. hic nu. 38. Bald. nu. 1. Alber. nu. 4. Salyc. nu. 4 Andr. Gail. d. obſeruat. 105. num. 14. Ant. Gabr. d. concluſ. 22. nu. 76.* vbi multos allegat, *Proſp. Farin. d. q. 75. num. 179. c. 4.* Quod cum ita ſit, per conſequens etiam infertur, idem quoque obtinere, ſi pars aduerſa nihil oppoſuerit, cum iure noſtro conſenſus partium tacitus tm̃ valeat, quãtum expreſſus, *l. quib. ff. de legib. l. ab eo infr. quomod. & quãd. de iud. ſent. profer. deb. l. ſi. infr. de ſent. quæ ſin. cert. quant. profer. Marian. Socin. d. c. fraternitatis, nu. 90. Felin. nu. 6. Pariſ. nu. 54. Proſp. Farin. lib. 3. tit. 8. q. 75. c. 4 nu. 182.*

Decima ſexta † declaratio ſit, ſi Iudex 56
ex officio ſuo teſtes audire velit. *Hoſtienſ. in cap. cum clamor. num. 1. Felin. ibid. num. 5. Menoch,*

Digitized by Google

noch.arb. quæſt.lib.1.quæſt.34.n.17. Andr.Gail. d.obſer.105.n.11.Proſp.Farin.d.q.75.c. 4.n. 184. Ant.Gabriel.commu.concluſ.lib.1.tit. de teſtibus.concl.21.nu.109. quod ſcilicet Iudex non prohibeatur ex officio quacunque in parte iudicii veritatem inquirere, *l. vbicunque.ff. de interrog.in iur.fac.* eo quod in eius perſona ceſſet timor ſubornationis.

57 Decimaſeptima moderatio † eſt, ſi quis viros ea dignitate, grauitate & auctoritate præditos producere velit, vt ceſſet omnis timor ſubornationis, vt pronuntiat Marian. Socin.*d.c.fraternitatis.nu.88.* quamuis addat id procedere in cauſſa non vſq; adeo ardua, *Ant.Gabr.d.concluſ.21.nu.5. Marſilius.l.5.§.ſi quis vltro,nu.12.ff.de quæſt. Decian.conſ. 51. nu. 105.libr.2. Proſper.Farin.d. q.75.c. 4.num. 195. arg. l.obſeruandum.ff.de iud. l.diui.ff.de liberal. cauſ.l.fin.ff.de oblig.& act.cap.mandata. extra. de præſumt. l.non omnes. §. a barbaris.ff. de re milit.*

58 Decimo octauo declaramus, hoc † noſtrum axioma locum non habere, ſi Princeps de certa ſcientia contrarium ſtatuerit, *Menoch.d.quæſt.34.lib.1.num 5.& 6. Anto. Gabriel.d.cõcluſ.21.nu.111.arg. c. ad petitionem, extr.de accuſ. And.Geil.d. obſeru.105.n.10.*

Decima nona declaratio eſt, ſi † teſtes recepti ſint ad perpetuam rei memoriam, *arg.c. Albericus,43.& cap. ſignificauit, 41. extra.de teſtib.Ioan.ab Imol.in c. fraternitatis, nu. 13, Abbas nu.4. Marian. Socin.ibidem. nu. 71. Pariſ.nu.61. Proſp. Farin.d.lib.3.tit. 8.q.75.c. 4. nu 131.Barthol. Socin. in ſuis fallent.in verb. teſtis,regul.13. Anton.Gabriel.dict.tit. de teſtibus. concluſ.21.nu.87.*

Vigeſima in † cauſſa criminali, cum Iudicis interſit quauis ratione de innocentia rei inquirere, *l. 1. §.fi.ff.de quæſt. l ſi nõ defendantur,19 ff.de pœn.l.inde Neratius,in fi.ff.ad legem Aquil.Bart.in d.§.fin.& ibid.Hippolyt. nu.4. Anton. Gabr. d.concl.21.nu.103.*

Vigeſimo primo regula † noſtra generali declarationẽ recipit a ratione ſui, quæ cet præcipua deprehẽditur, nempe pelum ſubornationis. Vnde in quibus rehæc ratio locũ inuenire non poteſt, ceſ quoq; noſtra deciſio. Hinc inferimus, d poſt publicationẽ teſtium nihil proat inſtrumenta produci, ad inſpectio loci procedi, confeſſionem partis reci *oſp.Farin.d.quæſt.75.tit.8.c.4.nu.163.item præterea nu.172. Anton.Gabr.d.concl. 21. item 91.* qui notant, illud etiam procei cum inſtrumentis teſtes ad aduuandum inſtrumentorũ fidem quis producere vellet, *hic n.71.ille vero.n.165. in locis allegatis*, vbi multos auctores in huius rei cõfirmationem adducunt. Plures declarationes ſi quis requirat, is adire poterit Specul. *in tit. de teſte,§.ſatis vtiliter.nu.3. And. Gail.d.obſer.105. nu.2.& ſeq. Panorm. & Felyn.in d.cap.fraternitatis,extr.de teſtib. Marian. Soc.ibid.n.36.* vbi nonaginta exceptiones perſequitur. *Proſper. Farin.in ſuo tract. de teſtib q. 78. cap. 4* qui de ſexaginta ſeptẽ & tam in præcedẽtib. quam in ſequentibus capitibus eadem quæſtione, de multis declarationibus tractat atque diſſerit, Anton Gabriel. *lib.1.commun.concl. tit. de teſtib.concluſ.21.* vbi ſeptuaginta limitationes, vt ipſe vocat, ordine recenſet.

Lex, ſi de poſſeſſione, 20.

SVMMARIA.

1 *Si cautio obligationis interpoſita ſit reddita, videri tacite conueniſſe, ne quid inde exigatur.*

2 *Nemo ex ſuo delicto actionem aut liberationẽ nanciſci poteſt.*

3 *Perſonæ domeſticæ de furto ſuſpectæ videntur.*

4 *An ſi de tenore inſtrumenti ſubtracti controuerſia ſit, iuramentum ſufficiat.*

5 *Sententia Pacij & Donelli quod iuramentum in caſu præſentis legis neceſſarium non ſit, veritati magis conuenire, communem tamen ſententiam ſecuriorem eſſe.*

6 *Quid iuris ſi extraneus inſtrumentum furto intercepiſſet.*

DVæ ſunt huius cõſtitutionis partes. Decidit enim prima pars, cui onus probationis incumbat, ſi Eutychia, quæ ancilla aſſerebatur ſubtractis emtionis inſtrumentis de poſſeſſione ſeruitutis in libertatem proclamet. Regulam enim generalem, de qua *in l.1.& 2. hoc tit.* dictare, ab actrice intentionis ſuæ probationem exigi. Secunda vero pars definit, q; ſi Eutychia de poſſeſſione libertatis in ſeruitutem vocetur, illam nihilominus onus probandi recuſare non poſſe. Quamuis enim hoc caſu ceſſet ratio a nobis conſiderata: eſſe tamen aliam, quæ id impetret, de qua poſtea diſſeremus. Qua de cauſſa cum liberam ſe docere non poſſit, per huiuſmodi inſtrumentum, quod intentioni ipſius aduerſetur, conſequens quoque videri, vt intentione eius defecta, in cauſſa ſuccumbat. Cauſſam † dubitandi præbebant, 1 *l.2. §.1.ff. de pactis.* vbi ſi cautio obligationis interpoſitæ reddita ſit debitori, videtur inter eos conueniſſe, ne quidquam amplius peteretur, *item l.ſi chirographum 24.ff.de probat.* qua cauetur, quod ſi chirographum

Digitized by Google

deletum inueniatur, intelligi debitorem liberatum eſſe. Sed promta reſponſio, quidquid ex tali conſideratione periculi impendere poſſit, diſcutiet. Hanc enim præſumtionem furtū inſtrumenti ſuſtuliſſe, cū ne-
2 mo ex ſuo delicto actionem † aut liberationem nanciſci debeat, *l. ſi ab hoſtib. § fin ff. ſolut. matr.* itē quod ſubtrahendo inſtrumentū emtionis ſe ſuſpectam reddiderit, *hac l. & l. 2. §. 1. ff. de iur. fiſc.* Quo caſu ſiquidē conſtaret de voluntate ipſius domini, tale inſtrumentū redditum fuiſſe, pro libertate præſumi poſſet, *arg. d. l. 2. §. fi.* Sin autē res eſſet dubia, vtrum voluntate domini rē nacta eſſet, vel inſtrumentū deletum, hic Eutychia rurſus probādi onus ſuſtinere cogeretur, quod
3 tanquam † perſona domeſtica procliuē habuerit occaſionem hæc faciendi, *l. vnica, §. ille autem, ſupra de latina libert. toll.* Sed quæſtionis eſt, an hoc caſu cogatur de ipſius inſtrumēti verbis & tenore per teſtes docere.
4 Iuramentū in propoſita † controuerſia requiri & ſufficere conſtituunt Cynus *hic n. 2.* Bart *n. 4.* Alber. *n. 1.* Caſtr. *n. 3.* Fulg. *n. 1.* Bal. *n. 2.* idq; arg. *l. ſi quando, C. vnde vi.* Diſſentit autem Salyc. *hic n. 4.* Iul. Pacius *n. 10.* Donel. *n. 2.* Exiſtimat enim Salycet. cuius argumenti fuerit inſtrumentum, quod furto interceptum eſſe proponitur, per teſtes probandū eſſe. Sed ſane talis expoſitio, legis noſtræ verbis manifeſtam vim inferre videtur, quæ ita concepta ſunt: Nam ſi in ſeruitutem petatur, ad emtionis probationem aliis iudiciis opus non eſt, ſed inſtrumentorum furtum monſtraſſe ſufficit. Pacius autem exi-
5 ſtimat † iuramenti delatione opus non eſſe, quod verba paulo antea recitata & deinde, *l. 2. §. 1. ff. de iur. fiſc.* id præ ſe ferant. Donellus quoq; huic ſententiæ ſubſcribere videtur, Et ſane hanc vltimā ſententiam veriorem puto. Primam autem propter auctoritatem interpretū ſecuriorem. Nihil enim prohibet vnius legis diſpoſitionem ab alia declarationem ſuam accipere, *l. 2. §. contrarium, ſupr. de vet. iur. enucl. l. non eſt nouum, ff. de legib.* Quod
6 ſi autem extraneus † inſtrumentū furto intercepiſſet, vel fortuito caſu illud intercidiſſet, alia probatione opus eſſet, *l. teſtium. in fi. inſr. de fide inſtr. l. cum citra, ff. de iur. dot. gloſſa hic in verb. furtum.*

Lex, ad probationem, 21.

SVMMARIA.

1 *Controuerſiæ ſtatus.*
2 *Vitioſam eſſe collectionem, res pecunia mea eſt emta, ergo mea.*
3 *Tres caſus ſingulares, vbi quod ex mea pecunia non meo nomine emtum eſt, tamen mihi cedit, ſi miles ſim, ſi pupillus, ſi ex pecunia dotali maritus quid comparauerit.*
4 *Notata antinomia inter l. res, quæ, ff. de iure dot. & l. ex ea pecunia, C. eod. tit.*
5 *Communis interpretum ſolutio.*
6 *Inſtrumentum inter alios conſcriptum, illi, quem tenor ſcripturæ non deſignat, ſuffragari non poteſt.*
7 *An ex literis quæ continent, quod lator præſentium exigere ſummam ibidem deſignatam poſſit, aliquod ius vindicare queat, ſi illud in re deponenda cautum eſſet.*
8 *Tenor ſcripturæ in ſingulari caſu a Baldo propoſitæ quid intelligatur.*

TITIVS cum † fundum vindicaret, & ad 1
probationem dominii cogeretur, duobus ex argumentis ſe illud conſecuturū exiſtimabat. Primo, quod fundus ipſius pecunia emtus eſſet, *leg. ſi vt proponis, ſupr. de rei vendi.* deinde quod inſtrumentum emtionis, quod tamen conceptū erat ſub nomine Mæuii, exhiberet. Imperator itaq; cognitis hui' cōtrouerſię meritis, reſcribit illū fruſtra de tali probatione laborare cum huiuſmodi factum nullum eius intentioni adminiculū
adferre poſſit. Vitioſa enim † collectio eſt: 2
res mea pecunia eſt emta, ergo eſt mea, *l. 6. ſupra de rei vendic. l. 1. infra ſi quis alteri vel ſibi, l. non omnis, ſupra de reb. cred. ſi cert. petat.*

Offerunt ſe † tamen in propoſito ſche- 3
mate tres caſus ſingulares: Primus eſt, in milite armatæ militiæ, *d. l. ſi vt proponis, ſupra de rei vendic.* Alter caſus eſt, ſi tutor vel curator ex pecunia pupilli fundum emerit, *l. 3. infra arbit. tut. l. 2. ff. quand. ex fact. tut. agere vel conuen. poſſ.* Tertius eſt, ſi vir ex pecunia † dota- 4
li reditum comparauit, *l. res quæ ff. de iur. dot. & ibid gl. Bart. atq; alii, gl. hic in verb. non conuenit. hac l.* Eoſd. caſus etiā excipiunt Bart. *in l. ſi vt proponis, ſupr. de rei vend. Alber. ibid. n. 1. Salyc. n. 1. & ſeq. Odofr. n. 1. Cyn. n. 1. Bald. n. 1. & ſeq. Fulgoſ. n. 1. Caſt. n. 1. & 2. Angel. vſq; ad nu. 4. Donel. hic. n. 1.* diſtinctius autem Iulius Pacius *n. 11.* Ceterū cum aduerſetur, *l. ex ea pecunia, 12. infr de iur. dot.* qua comprehenditur fundum a marito ex pecunia dotali comparatū vxori non quæri, cum maritus vxori actionē emti adquirere nequeat, adeo vt ſola dotis actio ei cōpetat, certa concordiæ ratio ineūda eſt. Receptior † ſolutio illa eſſe videtur, q̄ 5
excogitauit gl. *in l. 1. infr. ſi quis alteri vel ſibi in verb. conſtitutam, Cyn. d. l. ſi vt proponis n. 1. Odofr. n. 1. Bar. ibid. n. 4. Bal. ibid. n. 5. Ang. ibi. n. 3. Salic. n 3. Cuiac. lib. 5. obſ. c. 2.* ꝗ dominium rei emtæ, aut actio realis, quæ ratione prædii detur ex pecunia dotali cōparati non aliter adquira-

Digitized by Google

quiratur, niſi in ſubſidium cum maritus ſoluendo non eſt, *arg. l. vxor marito, 55. ff. de donat. inter. vir. & vxor.* Albericus autem *d. l. ſi vt proponis in prin. l. res quæ. ff. de iur. dot.* auctor eſt, propterea prædium ex pecunia mulieris comparatum reddi dotale, quod voluntate mulieris id factum intelligatur. Iulius Pacius autem conſtituit *hic nu. 11.* id propterea admittendum eſſe, quod *in l. res quæ. ff. de iur. dot.* fundus marito a venditore traditus credatur, diuerſum autem eſſe caſum, *in l. ex pecunia*, vbi fundum non fuiſſe traditum verba illa, *cum neque maritus vxori actionem emti acquirere poſſit*, videantur innuere. Nos autẽ in præſentia in nullius doctrinam inquirimus, ſed communem ſententiam vt ſecuriorem amplectimur.

Efficitur itaque ex his, quæ hactenus retulimus, extra hos caſus nemini vindicationẽ ex eo deferri, quod pecunia eius in rem, de qua quæſtio eſt, proceſſit. Multo improbabilior altera ipſius Titii ratio videbatur, quod inſtrumentum emtionis penes ſe haberet, cum, vt recte Imperator argumenta-
6 tur, inſtrumentũ † nemini ſuffragetur, niſi illi, quem tenor ſcripturæ deſignet, ideoque talem, adeoq; impertinentẽ probationem admittendam non eſſe. Hinc cõmunis illa regula noſtrorum Doctorum, de qua Bald. *hic nu. 2.* Caſtrenſ. *nu. 1.* Fulg. *nu. 2.* Iulius Pacius *nu. 13.* Articulos impertinentes, & inde probationes reiiciendas eſſe. Habet tamen hæc res cautelam ſuam, de qua *in l. 2. §. quod obſeruari. ſupr. de recept. arbitr.* Coronidis loco adiicio quæſtionem à Cyno motam, *hic nu. 3.* vtrum ſi deponam rem aliquam † hac conditione propoſita, vt ei reſtitueres, qui [li]teras obligationis vel cautionis a te interpoſitæ tibi reddidiſſet, an is, qui huiuſmodi [lit]teris inſtructus fuerit, aliquam contra depoſitarium actionem habeat? Et illũ nul'am [h]abere actionem pronuntiat idem Cynus, [ite]m Fulg. *hic n. 3.* idq; arg. noſtræ legis, item [ſt]ipulatio iſta. *§. alteri. ff. de verb. oblig.* Sed ta[men] melius meo iudicio ſenſiſſe videtur Ca[ſtr]enſ. *hic n. 3.* cum ſuper re mea ego alteri ex [ist]a conuentione ius quærere poſſim. *l. Pu... ff. depoſit. in prin.* Accedit & alia quæſtio, [qua]m contexuit Bald. *hic. n. 3.* an ſi lege municipali caueatur, quod tenor inſtrumento[rum] paratam exſecutionẽ habeat, & vxor [mar]ito rem in dotem dederit, neque ſtipulata fuerit, vt ſibi eadem reſtitueretur ſoluto [matr]imonio, hoc inſtrumẽtum etiam per[tinea]t ad legis municipalis beneficium? Et

concludit pertinere, q. præſumtio ex † inſtrumento petita eius tenor eſſe cenſeatur, *arg. l. iuriſgentium § quod fere. ff. de pact. & §. ſi ita ſcriptum. Inſtit. de inutil. ſtipul. l. ſciendum, 30 ff. de verb. obl. l. 1. ff. de vſur.* Baldo adſtipulantur Caſtrenſ. *hic nu. 4. Salyc. nu. 2.*

De lege, *ad probationem ſeruitutis, 22.* diſſeruimus *in l. matrem. hoc tit.*

Lex, Actor, 23.

Summaria.

1 *Ratio dubitandi in præſenti lege.*

2 *Per rerum naturam factum negantis nullam eſſe probationem. More iudiciorum ita comparatum eſſe, vt quiſque idoneam intentionis ſuæ probationem adferre debeat, & num. 3.*

4 *Intellectus noſtræ legis ſecundum Cynum, Bartol. Bald. & alios.*

5 *Alia interpretatio ex mente gloſſæ, Odofredi, & Pauli.*

6 *Error interpretum in vtraq; expoſitione.*

7 *Id quod natura non concedit plane impoſſibile eſt.*

8 *Non eſſe a verbis, quæ cum certa definitione prolata ſunt, ad orationẽ indeterminatã procedendum.*

9 *Negatiuam orationem eſſe duplicem, iuris & facti.*

10 *Exemplum negatiuæ orationis in iure conſiſtentis, quod quis non poſſit eſſe procurator.*

11 *Difficultas circa exemplum propoſitum an iuris ſit, an factum quod coniunctum ſit habeat.*

12 *Negatiua oratio quæ facti ſit, ex circumſtantiis definiri poteſt.*

13 *Circumſtantiæ ex quibus negatiua circumſcribatur, ſunt qualitas. quantitas, locus, tempus, implicatio orationis affirmatiuæ.*

14 *Leges & exempla de qualitate.*

15 *Animaduerſio Donelli in cõmunem traditionem, in propoſitis exemplis repudiata.*

16 *In quibus caſibus quantitas negatiam orationem determinet.*

17 *Exempla in quibus locus & tempus negatiuã orationem circumſcribant.*

18 *Exempla in quibus ex probatione affirmatiuæ orationis naſcatur iuſta probatio negatiuæ.*

19 *Excuſſa multorum ſententia an in cauſſis criminalibus negatiua probationem recipiat.*

20 *An præterea alius modus ſit probandæ negatiuæ orationis, & quid in diſcuſſione obtineat.*

21 *Negatiuam infinitam nullam probationem admittere quam confeſſionis.*

22 *Illi incumbere onus negatiuæ orationis probandæ qui fundamentum ſuæ intentionis, in negatiua conſtituat.*

Ex hac lege edocemur, actorẽ profitentem, ſe non poſſe probare, quod adſeuerat, reũ neceſſitate monſtrandi cõtrarium non adſtringere. Circa explicationẽ huius legis primo inueſtigandum eſt, quæ ſit dubitandi † ratio, deinde, quæ decidendi. Iul. 2 Pacius *hic n. 8.* exiſtimat, dubitandi cauſſam petẽdam eſſe ex *l. cum de indebito, ff. de prob.* Sed ſane eius legis ſpecies ad præſentẽ con-

Digitized by Google

ſtitutionem adcomodari non poteſt. Qua-
re meo iudicio conuenientior dubitandi
cauſſa proponi non poteſt, quam q ad au-
ctoritatem iudicii pertinere videatur, vt ve-
ritas rei geſtæ illuſtretur, *c. quoniam. extra. vt
lit. non conteſt.* quodq; prætextus difficultatis
ipſius actoris, quod ſcilic. non ſit in poteſta-
te ſua id aliqua ratione conſequi, *l. 2. §. fi. ff.
ſi quis caut. iud. ſiſt. cauſ. fact. nō obt.* iuſtum co-
lorē petitioni ipſius prębuiſſe videatur. Qua
de cauſſa non intempeſtiue ipſe Imperator
eidē reſpondet, ꝑpterea reo nō poſſe onus
probationis iniungi. Subnectens definien-
2 di † rationem, quod per rerum naturam fa-
ctum negantis probatio nulla ſit. Potuiſſet
Imperator eum per aliam multis in locis in-
3 ſinuatam rationem ſubmouiſſe: ſcilic. quod
more iudiciorum ita comparatū ſit, vt quiſ-
que intentionis ſuæ probationē idoneā ad-
ferre debeat, *l. 1. & 2. l. fruſtra. h. eo. tit. c. 2. ff. eo.
l. qui accuſare. ſupr. de eden. l. fi. ſup. de rei vend. l.
illicitas. §. veritas. ff. de offic. præſid.* ſed maluit
hanc rationē cōplecti, vt rationis incogitā-
tiam tanto melius ob oculos ꝓponeret. Et-
enim quamuis actori aliquādo difficilis eſſe
videatur probatio: hæc tamen res mouere
Iudicem non debet, vt onus probandi in re-
um reiiciat, in cuius perſona nedum diffici-
lior ratio contrarium probādi eſſe videtur;
ſed ea, quæ per rerum naturam præſtari ne-
queat.

4 Colligitur igitur ex hac eadem reſpon-
ſione illa definitio: Aſſertionē eius, qui ali-
quid factum eſſe negat, ſecundum naturæ
vim & ordinem impleri non poſſe, *ita tex-
tum noſtrum accipiunt Cynus. nu. 3. Bar. in prin.
& num. 1. Bald. nu. 7. Fulgoſ. nu. 1. Alber. nu. 2.
Salyc. num 1. Caſtren. nu. 1. Angel. nu. 2. Sichar.
nu. 6. Donell. nu. 9. Franciſ. Herculan. in tract. de
negatiua, nu. 133. Clarus in ſua praxi criminali,
§. fin. quæſt. 52. verſ. Seius autem. Pacian. in trā-
ctat. de probat. lib. 1. c. 37. n. 1. & ſeq. Anton. Ga-
briel. in tractat. commun. concluſ. tit. de teſtibus.
concl. 4. num. 3.* vbi infinitos auctores in hanc
rem allegat, *Abb. in c. licet cauſſam. nu. 25. extr.
de prob. Aret. in c. noſtram. nu. 17. extra. de teſtib.
Spec. in tit. de actore. nu. 4. & ſeq.* quo etiā per-
tinere comemorant. *c. bonæ, 23. extr. de elect.
l. aſſeueratio. infr. de nō numerat. pec. c. ſuper his,
in fin. extra. de renuntiatione, cap. accuſator, 6.
q. 5. c. 1. de confeſ. in 6.*

5 Diſſentiunt autem & hanc † legis noſtræ
interpretationē improbare videntur gloſſ.
*in verb. cum per rerū, Odofred. in princ. verſ. ſed
hæc certe expoſitio,* qui arbitrantur pronuntia-
tione horum verborum ordinariū curſum
cauſſarum ſignificari. Iulius autem Pacius
hic nu. 12. verſ. deinde adducitur hæc noſtra lex,
exiſtimat hæc verba, cum per rerum natu-
ram factum negantis, probatio nulla ſit, lon-
ge aliter accipiēda eſſe, quam hactenus no-
ſtri interpretes eadem intellexerint, vt non
remoueant potētiam probandi, ſed neceſ-
ſitatē, veluti ſi lege caueatur, probationem
alicuius eſſe: non hoc, ait, ſignificatur, eum
probare poſſe, ſed eum probare debere, li-
cet probare non poſſit, *l. cum de lege, 17. ff. eo.
tit.* Ergo, vt infert, cum dicitur probatio ali-
cuius non eſſe, puta negantis, ſignificatur
eum non debere probare, ſeu non compelli
ad probandum. Ceterū † pace horum in- 6
terpretū dixero, vtraq; explicatio in ea con-
ditione deprehenditur, vt manifeſtam vim
verbis noſtræ legis inferre videatur. Aliud
enim rerum natura eſt, aliud conſuetudo
iudiciorū: deinde diuerſa hæc ſunt: per re-
rum naturam nullam factum negantis pro-
bationem eſſe, & ſimpliciter nullam negā-
tis eſſe probationem. Hæc enim vltima ver-
ba duplicem intellectum admittunt: prior
ſenſus eſſe poteſt, negāti nullam incumbe-
re probationem, *vt l. 2. ff. de probat.* alter in-
tellectus eſt, q negatiua oratio nullo modo
probari poſſit. Vtrum igitur in hac vel prio-
ri ſignificatione noſtra debeant accipi, illud
oſtendunt verba, *per rerum naturam,* quæ vt
quiuis facile perpenderit, omnē potentiam
probationis remouere videntur. Id enim,
quod natura non concedit, recte ſtatuimus
fieri † non poſſe, aut impoſſibile eſſe, *l. 186.* 7
*§. fin. ff. de reg. iur. l. final. ff. quæ ſent. ſin. appell.
reſcind. § impoſſibilis. Inſtit. de inutil. ſtipul. l.
13. ff. de verb. oblig.*

Quemadmodum itaque in omni expli-
catione cauēdum eſt, ne aliqua fallacia no-
bis imponat, ſiue illa ſit æquiuocationis, ſiue
amphibologiæ, ſiue accidentis, ſiue figuræ
dictionis, ſiue petatur a cōiunctis ad diuiſa,
ſiue a diuiſis ad coniuncta, ſiue ab oratione
a tali ſecundum quid ad ſimpliciter tale, de
quib. diffuſe diſſerit Nicol. Euerh. *in ſuis locis
legalib. in præambulis. n. 24.* ita ſane & hic cō-
mittendū nobis nō eſt, vt a verbis, quæ cum
certa definitione † ꝓlata ſint, ad orationem 8
indeterminatam, rem deflectamus, quæ ex
ambiguo ſenſu pene idem cōſequatur, atq;
ſi quis argumentū ſumeret a tali ſecundum
quid ad ſimpliciter tale, de qua re diſſerunt
gloſſa, Ang. & alii Doctores. *l. pen. ff. de iuſt. &
iur. Odofred. & Bald. in proœmio ffорum.*

Remanet

Digitized by Google

Remanet itaq; & ſalua eſt enũtiatio a no-
bis conſtituta, factum negantis per rerũ na-
turam probari non poſſe: veluti, ſi quis ne-
get, ſe pecuniam mutuo accepiſſe, aut alium
contractum inſtituiſſe, & in ſumma omnes
theſes generaliter per negationẽ prolatas.
Nam ſi ex circumſtantiis res ſit circumſcri-
pta, & ad hypotheſin progrediamur, aliud
probandum eſſet, cum hic non prohibeat
negatiuam orationem probari. Qua de
cauſſa excutiendum eſt, quæ circumſtantiæ
hoc impetrent. Et quidem gloſſa *in l.2.ff de
probatio. & ibidem Albericus num.5. Angel. in
fin. Specul. lib.2. part.2. tit. de probat. §.1. num.2.
Hoſtienſ. in ſua ſumma tit de probat. num.2. ver-
ſic. vt autem plenius, Roman. l. in illa, 8. ff. de ver-
borum obligation. num.22.25. & 27. Cynus hic
num.2. verſic. alii volunt diſtinguere. Odofred.
num.1. Caſtrenſ. num.3. Sichard. num.8.* triplici
9 diſtinctione rem expedire conãtur, vt † ne-
gatiua, aut ſit iuris, aut qualitatis, aut facti. Sa-
lycetus vero in hac noſtra lege *num.10.* ad-
dit aliam legem, quæ ſit quantitatis. Longe
aliter hanc rem digerunt Menoch. *libr.2.
præſumt. præſum.50. num.10.* & ante illum Bar-
tol. *hic num.4.* quod alia negatiua ſit iuris, a-
lia facti. Negatiuam autem iuris orationem,
10 veluti, quod quis nõ poſſit eſſe Iudex, † pro-
curator, quod emancipatio nõ valeat, con-
ſtituunt probari poſſe, *l. ab ea parte, ff. de pro-
bat. l. nec non, ff. ex quib. cauſſ. mai. in integr. reſt.
l. mutuo, §.1. & l. ſeruum, ff. de procurat.* Et qui-
dem ſi illud, de quo tractetur, generaliter
licitum eſſe proponamus, vt in exemplo de
procuratore, illi, qui hoc non licere allegat,
poſt alios ſupra a nobis relatos, incumbere
etiam Iulius Pacius affirmat *nu.14* Quod ſi
vero regulariter prohibitum ſit, vt in Col-
legiis conſtituendis, *l.1. ff. de colleg.* tunc pro-
bationem ab eo, qui ſibi id conceſſum con-
tendit exigendam eſſe. Sed ſane hanc tra-
ditionem Doctorum noſtrorum, quod ad
ſpeciem propoſitam attinet, non inconſi-
derate meo iudicio hic refellit Donell. *n.12.*
Nam ſiue priorem, ſiue poſteriorẽ caſum
ſpectemus, ſemper aliquod factũ allegatur,
quod vt aliæ aſſertiones, directe impleri poſ-
ſit: veluti, quod iure & certa deciſione pro-
hibitũ ſit, quod talis poſſit eſſe procurator,
teſtis, *l. in omnib. C. de teſtib.* ſtare in iudicio, *l.
& tot. tit. ſup. qui legit. perſo. ſt. in d. l. in iud. hab.*
Inde, vt videre licet, hoc primũ membrũ,
nullam difficultatem habet. Secundum aũt
membrum, ſcilicet, quando negatiua eſt fa-
de quo lex noſtra, item *l. aſſeueratio, infra,
de non num pecun. cap. bona, extr. de elect. cap.1.
de confeſſ. in 6.* ſatis implicatam in expoſitio-
ne rationem habet. Regula enim eſt, *vt an-
tea propoſui*, infinitam facti † negationẽ pro- 12
bationem non recipere, quæ ſane tacite præ
ſe fert, aliud probandum eſſe in ea aſſertio-
ne, quæ ex circumſtantiis circumſcripta ſit.
Circumſtãtiæ † autem, quæ hoc largiantur, 13
ſunt qualitas, quantitas, locus, tempus, item
multiplicatio affirmatiuæ orationis, quam
orationem prægnantem vocat Hoſtienſ. *in
ſua ſumma, tit. de probat. n 2. Specul. eod. tit. §.1.
num.2. Roman. d. l. in illa ſtipulatione, ff. de verb.
oblig. num.24.*

Quod qualitas ita definire negatiuam † 14
orationem poſſit, vt locus ſit probationi, in-
telligimus ex *l. cum pater, 77. § rogo, ff. de legat.
2. & l. cum quidam ita fideicommiſſum, 24. in ſe-
cundo reſponſo, ff. de legat. 2. l. omni modo, Cod. de
inoff. teſtam.* veluti, ſi negetur, aliquis quid
promeruiſſe, aut, ſi quis negetur, eſſe ido-
neus ad certum officium ex ea cauſſa, quod
non ſit conuenienti ſcientia, & aliis orna-
mentis præditus, *cap. ſi forte, de elect. in 6. cap.
cum in cunctis, extr. de elect. l. magiſtratus, & l.
ſequent. de profeſſor. & medic. lib.10. l. qui ſub
prætextu, ſupr. de ſacroſanct. eccleſ.* Has enim
qualitates probari poſſe, etiam ab illo, qui
eas ineſſe neget, conſtituunt Cynus *hic nu-
mer.2. verſic. ſi negatiua qualitatis*, vbi etiam
oſtendit, cui illa probatio incumbat, *Odofre.
num.2. Bart num.4. Salycet. num.10. Caſtrenſ. n.
3. Specul. lib.2 part.2. titul. de probat. nu.2. verſ.
item negatiua qualitatis, gloſſa d. l 2. ff. de probat.
& ibidem Alberic. num.7. Ludouic Roman. d. l.
8. ff. de verborum obligat. Bald. l. ſi fundum, C. de
rei vind. Menoch. præſumt. lib.2. cap.50. num.14.*
Sed & hic Donellus † parum circumſpe- 15
cte noſtros Interpretes talem aſſertionem
negatiuæ orationi accepto ferre putat, cum
is, qui negat adeſſe talem qualitatem, ſilẽtio
affirmatiuam includat, quod quis aliquid
commiſerit, vel fecerit, vnde ſe indignum
reddiderit. Sed hęc conſideratio nõ videtur
eſſe generalis. Quãuis enim cum tractatur,
an filius ſit ingratus, an legatarius ſit indi-
gnus, & ſimilibus in quæſtionibus hæc ob-
ſeruatio procedat: tamen non parum com-
mode applicari ad perſonã ipſius, de cuius
ſcientia, aut morib. quęri poteſt. Nõ eſſe enĩ
illũ tali ſcientia, aut moribus præditũ, doce-
ri poteſt ex eo, ꝙ quis operam ſtudiis cõue-
nienti tempore nõ nauauerit, *l. petitionem, C.
de aduoc. diuerſ. iudic.* aut quod periculo facto
his dotibus illũ carere deprehenderint. Pari

Digitized by Google

ratione, ſi quis negetur eſſe pubes, aut imberbis, aut ſi aliqua negatur eſſe grauida, inſpectione corporis huiuſmodi quæſtiones terminari poſſint, *Inſtit. quib. mod. tutel. fin. §. pubertatem, l. minor 25 annis adito, 32. ff. de min. 25. ann. c. fraternitatis, extr. de frig. & maleſic. l. 1. §. 1. ff. de vent. inſpic.* Quamuis hæc vltima exempla ad circumſtantias loci, quæ cum qualitate coniunctæ ſint, referri poſſint.

16 Quantitas autem † etiam orationem negatiuam determinare poteſt, & per conſequens probationi locum facere, ſi res ſubiecta oculis coarguat, non tantum eſſe in pondere, vel menſura, aut numero, quantum alter aſſerebat, *l. qui vas, 48. ff. de furt. c. quanto, de iureiurand. l. ſi ſeruus, 108. ff. de legat. 1. §. qui quinque, l. 1. & 2. infr. de ponderat. auri, lib. 10. l. qui fundum, 40. ff. de contrah. emt. l. ſi duorum, 42. ff. de action. emt. & vendit. Salyc. in hac noſtra lege n. 14. Bald. n. 23. verſ. ſcias. Menoch. lib. 2. præſumt. 50. n. 16.*

17 Locum autem & tempus † negatiuam orationem ita circũſcribere, vt ea recte probari poſſit, non dubitamus. Idque dupliciter contingit: aut enim quis docet, ſe tota die, vel tota ſeptimana, menſe, aut anno, quo res geſta eſſe dicitur, abfuiſſe, hanc probationem non reſpui, euincit, *l. optimam, C de contrahend. & committ. ſtipul. cap. ex tenore, extr. de teſtib l. filium, ff. de his, qui ſui vel alien. iuris ſunt, Bartol. hic num. 4. Salycet. num. 13. Baldus num. 14. Caſtrenſ. nu. 3. Sichard. num. 11. verſic. alia eſt negatiua facti finiti. Speculat. in tit. de probat. §. 1. num. 3. Hoſtienſ. in ſua ſumma in tit. de probat. num. 2. verſ. item negatiua facti terminata, Iacob. Menoch. d. præſumt. 50. lib. 2. numer. 13. Ripa l. in illa, ff. de verborum oblig. in fine. Ludouic. Roman. ibidem num. 23. Franciſc. Herculan. in ſuo tractat. de negatiua num. 237. Boſſius in ſuo tractat. crimin. tit. de defenſ. reor. num. 24. Grammaticus deciſ. 56. num. 4. Proſper Farinac. in ſuo tractat. de teſtib. lib. 3. tit. 7. quæſt. 65.* Alio autem modo locus & tempus ita rem definire poteſt, vt quaſi directa eius probatio præſtari poſſit. Exemplum ſit in ſententia, qua aliqui deponant, condemnatum quem eſſe, *gloſſa & Cynus in l. 2. ff. de error. aduocator. Baldus hic num. 15. Caſtrenſ. num 3.* Sed hoc exemplum ſatis expeditum non eſt, niſi conſtituamus illos teſtari de abſolutione, aut condemnatione ad aliam rem, quo caſu ad vltimum partitionis noſtræ membrum potius reiiciendum eſt. Bart. proponit exemplum in eo, qui dicit, ſe aliquid habere in manu, ſi alii id negent. Explicata enim manu facile veritatem rei detegi poſſe, item in pulſu campanæ, quæ certa hora audita aut non eſſet: item teſtibus, quorum alii deponant, quid die factum eſſe, aut noctu, *argum. l. hac verba, ille aut ille, ff. de verborum ſignificat. Salycet. num. 13. argum. l. eadem, §. fin. ff. de feriis.* Si quis neget, aliquem cicatricem in facie habere, *item l. ſi irruptione, ff. finium regund. Afflict. deciſ. Neapol. 400. num. 9. Boer. deciſ. 231. num. 93. cum ſequent. Maſcard. concluſ. 70. nu. 6,* vbi repetit exemplum ſupra a nobis propoſitum, ſcilicet, quod aliqui teſtes deponant, quem condemnatum eſſe ad reſtitutionem fundi: alii autem profiteantur, illum condemnatum eſſe ad reſtitutionem quantitatis. Sed hoc exemplum meo iudicio magis pertinet ad vltimum membrũ noſtræ diuiſionis, *Anton. Gabriel lib. 1. commun. concluſ. tit. de teſtib. concluſ. 4. nu. 3.* vbi multis in ſententiam hãc laudatis, exemplum proponit *cap. cum eccleſia Sutrina, extr. de cauſ. poſſeſ. & propr. Proſper Farinac. lib. 3. tit. 7. quæſt. 65.* Quod eñ capellani nõ fuerint admiſſi, ad electionem præſulis, qui certo loco & tempore eligendus fuit, non difficulter probari poteſt, *Proſper Farinacius in tractat. de teſtib. lib. 3 tit. 7. q. 65. part 3. num. 222. Fuluius Pacian. de probatio. lib. 1 c. 36. nu. 33. & c. 37. n. 27.*

His ita excuſſis, ſequitur vltimum membrum noſtræ diuiſionis, quando ſcilicet ex 18
probatione † affirmatiuæ exſiſtit, & naſcitur iuſta probatio negatiuæ, veluti, ſi quis probet, rem ſuam eſſe, per conſequens quoque docuiſſe intelligitur, rem alienam non eſſe, *l. Pomponius, §. ſed ſi is, ff. de procurat.* Item ſi quis, cum Sempronius diceretur in rerum natura non eſſe, oſtendat illum viuere. *l. inde Neratius, §. final, ff. ad legem Aquiliam, ita Cynus hic num. 3. Caſtrenſ. num. 3.* vbi exemplum proponit in perſona ipſius, qui neget, ſe ſponte renuntiaſſe, *Salyc. hic num. 15. Bald. num. 14. Odofred. numer. 1. verſic. ſed denuo. Speculat. tit. de probat. §. 1. num. 3. verſic. item negatiua facti prægnans. Hoſtienſ. in ſua ſumma lib. 2. num. 2. verſic. negatiua vero facti. Abbas in cap. cum eccleſia Sutrina, extr. de cauſſ. poſſ. & propr. Felin. in cap. in noſtra, extr. de teſtib. num. 6. Aretin. ibidem num. 18. Anton. Gabriel in titul. de teſtibus, libro 1, concluſion. 4. num. 5. Maſcard. de probat. lib. 1. concluſ. 70. num. 9. Pacianus in tractat. de probat. cap. 36. num. 19.* Sed hæc declaratio non bene ad regulam accommodari poſſe videtur, cum, vt in quibuſdam aliis euenire oſtendi, ad negationis cauſſam fundamento inſpecto non pertineat.

Sunt,

Digitized by Google

19 Sunt, qui pronuntient, † regulam noſtram etiam exceptionē admittere in cauſſis criminalibus, *vt Lud. Roma. d. l. 8. ff. de verbor. oblig. n. 49. Bald. in l. data opera, ff. de his qui accuſ. poſſ. Ant. Gabr. concluſ. 4. tit. de teſtib. n. 10.* vbi multos auctores in hanc rem accumulat Ioſephus Maſcardus *concluſ. 70. nu. 10. Proſper Farinac. in ſuo tractat. de teſtib. lib. 3. tit. 7. q. 65. part. 3. numer. 154.* vbi more ſuo multos alios recenſet. Sed hanc concluſionem crudiorem eſſe conſtituo, quam vt multorum ſtomachi eam concoquere poſſint. Quis enim, cum homicidium a Titio admiſſum, per duos teſtes probatum ſit, quod ſcilicet hoc viderint, admittat alios teſtes, negantes hoc factum eſſe, niſi concludentem rationem ſuæ adſertionis adferant, & negatiuam loco atque tempore ita definiant, vt æque de ſenſu corporis deponant, vt alii fecerint, veluti ſe præſentes fuiſſe illo in loco, die & hora, qua id factum adſeratur, ſe tamen illud non vidiſſe, cum tamen fieri non potuerit, quin vidiſſent, *argum. eorum, quæ ſcripta reliquit Felinus in cap. in noſtra, num. 17. & num. 22. Cacheran. conſil. 66. num. 29. Boſſ. in tit. de defenſ. reor. numer. 15.* Nam gloſſa *in cap. clerici, diſtinct. 8.* eo caſu loqui videtur, quo factum eſſet circumſcriptum, certo loco & tempore, vt illam eodem loci exaudit Archidiaconus *circa finem*, & Panormitanus *in cap. ex literis, extr. de probation. num. 2.* Iaſon *l. vt vim, ff. de legibus, num. 6.* Porro cauſſa rerum criminalium ex interpretatione eiuſdem Panorm. gloſſæ & Archidiaconi in eo ſingulare ius cōſequitur, quod ad eum modum, quem oſtendimus, eueniſſe negantibus, vel ad defenſionē factum aſſerentibus, maior fides accommodetur, quam teſtibus accuſatoris, ſi in pari numero verſentur, quamuis hi aliqua ratione magis idonei videantur, veluti, ſi hinc clericos, inde laicos ..ſſe ponamus.

Hi igitur ſunt modi, per quos † negatiua ratio ad cauſſam congruentis probationis educi poſſit. Sed an illa oratio, quæ his circumſtantiis circumſcripta non ſit, quam in..itam vocare poſſumus, eo etiam reuoca..oſſit, dubitatur? Et Bartolus quidem *l. 8. ..e verb. oblig. n. 11.* Alex. *ibid. n. 12.* vbi idem ..tientes refert Imolam, Florian. Angel. *ibidem num. 17.* Franc. Aret. *nu. 5. verſ. ſed doctrina.* Alciat. *nu. 19.* Caſtr. *num. 4.* con..iunt talem orationem probari poſſe per ..uſſionem nuntii, & relationem ab eodē ..am, allegant *l. cum quidam, 24. §. fin. cum l. ſeq. ff. de legat. 2. item l. ita ſtipulatus, 115. §. quod ſi ab initio, ff. de verb. obligat. l. magis puto, §. non paſſim, ff. de reb. cor. qui ſub tut. & cur. ſunt. item cap. comparati, extr. de appellat.* Et quamuis Alciatus, & nonnulli alii nonnihil hæſitent: admittunt tamen illud fieri poſſe, in caſibus iure definitis.

Hac in diſceptatione non ibo inficias, negatiuam orationem ex tali diſcuſſione, & ſecuta relatione certis caſibus probari poſſe. Aſſentiri tamen illis nequeo, cōtendentibus hic eſſe negatiuam † infinitam. Talem 21
enim orationem probationem non admittere, excepta confeſſione aduerſarii arguit noſtra lex, & *cap. 1. extr. de confeſſ. & cap. 1. de confeſſ. in 6.* Vnde dicendum eſt, & hic circumſtantias, *de quibus ſupra mentionem fecimus*, id impetrare. Etenim ſi nuntius in domo debitoris, & locis, quo quis fortunas ſuas conferre ſolet, *l. pupillus, §. incola, ff. de verborum ſignificat.* nullas facultates, aut non ſufficientes inueniat, *l. 1. a Diuo Pio, 15. §. 2. ff. de re iudicat.* & illi, qui veriſimiliter eius rei notitiam habeant, an alicui facultates ſint, negent illum vllas habere, *vt dict. l. magis puto, §. ne paſſim, Bartol. d. l. 8. n. 11. Iaſ. n. 17.* Hic non animaduerto, qua de cauſſa talis negatiua infinita dici poſſit, maxime inſpecta coniectura iuris, rem ita ſeſe habere, vt diſcuſſores renuntiant.

Hæc de modo & ratione negatiuam probandi: Reliquum eſſe videtur, vt excutiamus, quis hoc oneris agnoſcere debeat? Regula itaque ſit generalis, illi hanc † ne- 22
ceſſitatem indici, qui fundamentum ſuæ intentionis in negatiua conſtituit, *arg. l. cum te, 9. hoc titul. l. item ait Prætor, 21. §. hæc autem, cum leg. ſequent. ff. quibus ex cauſſ. mai. in integrum reſtit. l. 5. §. docere, ff. ne quis eum qui in ius voc. eſt vi exim. l. ſi quis conſortium, 4. C. de fabricenſib. lib. 11. Bartol. d. l. 8. ff. de verborum obligat. num. 5. Caſtrenſ. num. 3. Alex. num. 9. Ludouic. Roman. num. 15. Alciat, nu. 2. Iaſ. nu. 14. Innocent. in c. ſuper his, extr. de accuſatio. & ibidem Felinus, Crauetta conſil. 112. num. 6. Alexand. nu. 39 lib. 1. num. 1. & ibidem Carol. Molin. in apoſtill. Cephal. conſ. 162. nu. 9. lib. 2. Oſaſcus deciſ. Pedemont. 108. nu. 8. Antonius Gabriel lib. 1. tit. de probat. concluſ. 6. num. 1.* vbi multos auctores more ſuo recenſet, Ioſeph. Maſcardus *concl. 1901. in princ.*

Lex, Iubemus, 24.

Svmmaria.

1 *Dura noſtrorum Doctorum interpretatio.*

Digitized by Google

2 *Sententia capitalis ex ſuſpicionibus ferenda non eſt.*
3 *Verus legis noſtræ ſenſus ſecundum Pacium.*
4 *In crimine falſi ab vtraque parte probatio exigitur.*
5 *Vera interpretatio legis ſecundum auctorem.*
6 *Quare in præſenti lege neceſſaria facti præſumtio cum vſu inſtrumenti ſuſpecti cumuletur.*
7 *Ex quibus coniecturis inſtrumentum ſuſpectum reddatur.*
8 *Suſpectam ſcripturam nullam fidem impetrare.*

1 HVius legis definitio, † ſi interpretationē circa eam ſcribentiū ſequamur, *vt gloſſ. in verb. comminiſcuntur, in lectur. 2. Bartoli lectur. noua & antiq. Salyc. num. 1. Caſtrenſ. nu. 1. Fulgoſ. in princ. Bald. in princip. Odofred. in prin. & num. 1. Cyn. in prin. Ang. num. 2. Sichard. n. 2. Donell. nu. 5.* ſatis dura iudicari debet, eos ſcilicet, qui ſcripturā ſuſpectam produxerint, niſi ipſi adſtruxerint veritatem, vt nefariæ ſcripturæ reos condemnandos. Cum enim ſententia capitalis, vt eſt legis Corneliæ de falſ. *l. 1. ff. ad legem Cornel. de falſ. §. fin.* ex ſuſpi-
2 cionibus † in aliquem proferenda non ſit, *l. fin. hoc tit. l. qui ſententiam, inf. de pœn.* alienum a ratione videri debet, quod diuerſum in præſenti caſu ſtatuatur.

Hæc conſideratio Bartolo *hic nu. 3.* occaſionem dedit, vt præter hanc ſuſpicionem exigeret, vt plene de falſitate debeat cōuinci. Iulius vero Pacius, animaduertens hanc ſententiam nonnullam diuinationem con-
3 tinere, rem ad verba † legis, & fortaſſe non inconſiderate deflectit, eſſe hunc vt nefariæ ſcripturæ reum, & quaſi falſarium detinendum: nō tamen propterea conſequens eſſe vt ſtatim pœna legis Corneliæ affici queat, ſed eo in cuſtodiam recepto, de veritate in-
4 quiri poſſit: maxime ſi obſeruemus † in perſecutione huius criminis ab vtraque parte probationem exigi, *l. vbi, infr. ad legem Corn. de falſ.* Et ita quoque ſentire videntur Decius, Alexan. Mantua, Gratus, & alii ab Antonio Gabriele relati *commun. concluſ. lib. 7. tit. de maleſic. concl. 6. nu. 8.* dum ſtatuunt propter huiuſmodi ſuſpicionem quem in carceres coniici poſſe, *vt etiam docent Pariſius libro 4. conſ. 162. n. 32. Salyc. in l. in exercendis, inf. de fide inſtrum.*

In hac igitur opinionum conflictatione vltimam ſententiam magis probabilē exiſtimarem. Scrupulus tamen ex eo iniicitur, quod textus noſter requirat, vt inſtrumento rei veritatem adſtruat, cum tamen ex *l. maiorem, 4. infr. ad legem Cornel. de falſ.* edoceamur, ſufficere ad excuſationem ſui, ſi exhibeat alium, a quo acceperit, vel, vt gloſſ. ibidem interpretatur, eundē nominet, quodque *l. ſi falſos, 8. eodem tit.* caueatur, quod illis proſit, vſu inſtrumentorum abſtinere, qui falſi machinatores nō fuerint. Qua de cauſſa paulo aliter hanc legem exponendā † exi- 5
ſtimo, vt diſtinguamus inter inſtrumēta ſuſpecta & falſa. Quod autem plane hic de falſis inſtrumentis non loquatur, de quorum ſcilicet falſitate appareat, inde colligere licet, quod veritatem inſtrumento adſtruere iubeatur. Præterea textus noſter non debet accipi de illo, qui huiuſmodi inſtrumenta profert, ſed qui eadem comminiſcitur, ſiue concinnat, & in iudicio exhibet. Requirit itaque duplex factum. Et quamuis primum videatur per ſe ſufficere, *l. falſos, 8. l. maiorem, infr. ad legem Cornel. de falſ. Cynus l. 2. infr. de fide inſtrum. Caſtrenſ. ibidem num. 3. & 7. Menoch. arbitrar. quæſt. lib. 2. caſu 315. nu. 2.* tamen in præſenti caſu vtrumque requiritur, † ſcili- 6
cet factum huiuſmodi inſtrumenta contexentis, & vſus ipſius, cum aperte non conſtet de falſitate: tamen eius rei nomine ſuſpecta ſint. Concinnaſſe enim illum intelligo, qui vel per ſe fecerit, vel cuius mandato illud factum eſt, *argum. l. non ſolum, ff. de iniur. in princ. & §. ſi mandatu, l. 9. §. pœna legis Corneliæ, ff. ad leg. Cornel. de falſ. item l. 2. cod. tit.*

Suſpectum † autem inſtrumentum con- 7
ſtituo, nō ex perſona illud exhibentis, vt intelligit gloſſa in verbo, *ſuſpectus*, ſed ratione ſcripturæ, vel ipſius documēti, ſi in loco ſubſtantiali raſuræ appareant, *cap. cum venerabilis, extr. de relig. domib. cap. ex literis, extr. de fide inſtrum. l. ſi vnus, 12. infr. de teſtament.* vel ſi inductio certorum verborum ſuſpicionē moueat, *l. fin. infr. de edict. Diui Adrian. toll. Ceph. conſ. 287. num. 38. Alberic. hic num. 1. Maſcard. concl. 740. nu. 43.* vel ſi in margine inſtrumēti aliquid additum ſit magni præiudicii, *vt notat Bald. d. l. ſi vnus, C. de teſtament. nu. 5. & ibidem Andr. Barbat. in addit. Ioſeph. Maſcard. d. concluſ. 740. nu. 40.* vel ſi alia ſigna falſitatis appareant, de quibus Maſcardus *d. concluſ. 740.* illa nimirum, quæ ad præſentem caſum recte deflecti poſſunt. Vnde ſi per notarium & teſtes docere poſſunt, raſuras voluntate vtriuſque partis factas, conſtaret ipſis ſua defenſio, *vt hac noſtra lege.* Quod ſi illud facere non poſſit, ſane hoc caſu exiſtimarem, illum quidem ſuſpectum eſſe de falſo, & propterea etiam detineri poſſe, *vt infert Iulius Pacius*, ſed non puto, ſtatim illum propterea torquendum eſſe, ſed arbitrio Iudicis illud committendum, qui conſiderata perſonæ quali-

Digitized by Google

qualitate, *l. ſi quid, infr. de ſuſcep. & arcar. libr. 10. l. ſi quis ex argentariis, §. 1. ff. de edend. l. quoniam venerabilis, ſupr. de epiſcop. & cleric. Alber. hic n. 1. gl. in l. iubemus, C. de probat. Bart. l. eadē, §. hac lege, ff. ad legem Iul. repetund. Maſcard. d. concluſ. 740. nu. 26. gloſſ. hic in verbo, ſuſpectas, Innocent. c. 1. extr. de fide inſtrument.* an ſcilicet vilis & abiecta ſit, vel talis, qui huiuſmodi committere ſoleat, *l. ſi cui, §. iiſdem, ff. de accuſat. l. non omnes, §. a barbaris, ff. de re militari.* Item raſuræ vel ſuperſcriptionis præiudicio, & aliis circumſtantiis conſtituat, vtrum hoc conſilii ipſi ſuſcipiendum ſit. Quod cum ita ſeſe habeat, facile intelligimus, multo minus condemnationem locum habere, *vt recte obſeruauit hic Bart. num. 3.* Illud coronidis
8 loco † adiecero, quod quamuis pœna criminalis tam facile exerceri nequeat: tamen ſcripturam ex cauſſis, *quas ſupra propoſui*, ſuſpectam, nullam fidem impetrare, *d. cap. cum venerabilis, extr. de relig. domib. Anton. Gabriel lib. 7. commun. concl. concl. 7. nu. 12.* vbi infinitos auctores in hanc ſententiam allegat.

Lex finalis.

Svmmaria.

1 *In criminalibus exactior probatio quare neceſſaria ſit?*
2 *In criminalibus non ſufficere indicia, vel præſumtiones communes.*
3 *An per inſtrumenta accuſatio alicuius maleficii impleri poſſit.*
4 *Non teſtimoniis, ſed teſtibus in cauſſis criminalibus fidem accommodari.*
5 *Crimina, quæ ſcripto contrahuntur, per inſtrumenta probari poſſunt.*
6 *Adminicula principalis delicti per ſcripturam impleri poſſunt.*
Confeſſio actis comprehenſa idoneam probationem criminis continet.
An aliqua indicia ſint indubitata, & luce clariora.
Horribile exemplum cædis in parocho quodam, & familia ab alio, quam qui poſtea eius nomine pœnas dedit, perpetrati.
Aliud exemplum in procuratore Louanienſi.
Exemplum ex Cicerone de duobus Arcadibus.
Quid iuris ſit, ſi quis ex conclaui alicuius ſui capitalis inimici, cum diſtricto gladio, quiq; cruore reſperſus ſit, pallens profugerit, & inimicus ex vulnere mortuus inuentus ſit.
Auctores, qui defendant hæc indicia ad condemnationem ſufficere.
Argumenta quibus id confirmari videatur.
Contrariæ ſententiæ auctores.
Argumenta & leges pro hac vltima opinione.
...nfirmata prior ſententia.
...omnes indicia ſint indubitata, tamen quæſtio non ſemper exerceri poterit, & aliquando non expedit.
19 *Deciſio circa exempla indiciorum, quæ ſupra propoſita ſunt.*
20 *Intereſſe inter ſuſpiciones & indicia certa & indubitata.*
21 *Examinatum exemplum Aiacis, quem Vlyſſes occidiſſe credebatur.*
22 *Rarius tot indicia occurrere, quæ ad condemnationem ſufficiant.*
23 *Si pœna ſupplicii ex indiciis inferri nequeat, an pecuniaria pœna, aut alia locum habeat?*

Hactenus de ciuilibus, & criminalibus probationibus promiſcue tractaſſe, & reſcripſiſſe videntur Imperatores: & quamuis regulariter idonea probatio requiratur; tamen id iuſtiori ex cauſſa † in criminalibus 1
exigitur, ne ſcilicet innocentes facile opprimantur, *l. fin. infr. de accuſat. l. abſentem, eod tit. l. abſentem, ff. de pœn. l. qui ſententiam, C. eod. tit. l. noſtris, & l. fallaciter & l. fin. inf. de calumniat.* Cuncti itaque accuſatores admonentur, nō aliter rem in publicam notionem deferre, quam quę ſit munita idoneis teſtibus, aut inſtructa apertiſſimis documentis, aut indiciis indubitatis, & luce clarioribus expedita. Eſt igitur † hoc, vt videmus, in cauſſis criminali- 2
bus peculiare, quod non ſufficiant indicia, vel præſumtiones communes.

Circa explicationem huius legis, duo potiſſimum in diſceptationem reuocabimus. Primo, *an per documenta accuſatio alicuius maleficii † impleri poſſit?* deinde, *an ſint indicia in-* 3
dubitata, vt ex illis quis condemnari queat? Primam quæſtionē diſtinctione expediemus, regulariter definientes, per inſtrumēta criminis cōmiſſi, fidem non impleri, *l. 3. §. idem D. Adrianus. ff. de teſtib.* vbi D. Adrianus profitetur † teſtimoniis, in criminis obiectione 4
apud ſe locum non eſſe, ſed teſtibus: ſe enim illos interrogare ſolere. Huc ptinet *l. diuus, 6. ff. de cuſtod. & exhib. reor.* qua cauetur, non eſſe epiſtolis Irenarcharum credendum, quod non omnes ex bona fide elogia conſcribant. Et hāc regulam confirmant in authent. *apud eloquentiſſimum, infr. de fide inſtrumentorum, Cynus num. 2. verſ. & contra videtur, Bart. verſ. quandoque delictum, Baldus n. 12. Fulg. n. 2. Salyc. n. 4. Ang. in l. contra negantem, n. 1. ſup. de leg. Aquil. & ibidem quoque Fulgoſ. & alii Doctores.*

Ceterum hæc regula locum non habet in illis criminibus, quæ ſcripto † contrahun- 5
tur, de quibus *in l. aut facta, ff. de bonis.* Hinc crimen læſæ Maieſtatis etiam literis, *leg. proximum, verſicul. quiue hoſtibus populi Romani nuntium, aut literas miſerit*, committi, & probari poteſt: qua ratione cōiuratio Ca-

Digitized by Google

tilinæ, & eorum, qui eiuſdem ſceleris ſocietate ſe contaminauerant, detecta fuit per literas Lentuli, Cethegi, Gabinii, & aliorũ, ſagacitate cõſulis Ciceronis interceptas. In eadem cauſſa ſunt etiam falſi delationes, *l.6. ff. de falſ. l.1. & toto titul. infr. de his qui ſibi adſcripſerunt.* In eadem conditione illum verſari animaduertimus, qui contrariis reſponſionibus ſcripto comprehenſis, periurii labe ſe inquinauerit, *cap. fin. de iureiur. in 6.* & in ſumma, omnes illos, qui in adulterandis inſtrumentis operam accõmodauerint, ſi hoc ſcripto factum ſit, *cap. licet. extr. de crimin. falſ.* Idem obtinet, ſi quis per chirographum pactionem inſtituerit, vt aliquis alium per calumniam accuſaret, *l. in Senatuſconſultum, 15. ff. ad SC. Turpillian.* Huc pertinet *l.1. & 2. ſupr. vt nemo priuat. titul. præd. ſuis vel al. imp. item l. iubemus, §. œconomus, ſupr. de ſacroſanct. eccleſ. authent. de non alienand. rebus eccleſ. §. quia vero.*

Altera declaratio noſtræ regulæ eſt, quod
6 eadem non procedat in † his, quæ pertinent ad principalis criminis, eiuſque probationis adminiculum, ſiue circumſtantias. Etenim ſi tractetur de probatione adulterii commiſſi, inſtrumentum dotale, de quo *in l. ſi quis, infr. de natural. liberis,* ad matrimonii comprobationem, & hinc adulterii, multum ſuffragabitur. Quo pertinent illa, quæ ſcripſerunt noſtri Doctores *in l.2. infr. quor. appell. non recip.*

Tertia declaratio eſt, quod regula noſtra definiri debeat ſcripturis extraiudicialibus. Nam ſi ſentẽtia capitalis ſcripto com-
7 prehenſa, aut confeſſio ipſius rei actis inſerta proferatur, nõ animaduertimus, quo colore his fidem abrogare velimus, contra generalem definitionem legis *geſta, infr. de re iudic. l. ingenuum, ff. de ſtatu hominum, l. qui ſententiam, 16. infr. de pœnis, & d. l. 2. infr. quorum appell. non recip.*

8 Hæc de prima quæſtione: Quæ † autem ſint indicia indubitata, & luce clariora, quæ ad condemnationem ſufficiant, ſi Interpretum noſtrorum altercationem intueri velimus, non parui fuerit negotii expediuiſſe. Pro cuius rei euidentiori expoſitione propono horribile quoddam exemplum cædis
9 in parocho † ciuitatis Dinantii, & ipſius familię perpetratæ, cuius nomine gener ipſius parochi, ſiue naturalis filiæ maritus rotæ ſupplicio affectus fuit. Etenim aliquot annis poſt, tabellio quidam ductus pœnitentia a ſe commiſſi facinoris, rem ad Magiſtratum ciuitatis Leodienſis defert, & ſe reum profitetur, atque totam facti ſeriem exponit, ſe nimirum ab eodem parocho accerſitum, vt teſtamentum ipſius cõſcriberet, ex eodem parocho intellexiſſe, quantum pecuniæ in promtu, & quo in loco haberet, confecto teſtamento, & notario, & teſtibus ad ſua reuerſis, inceſſiſſe ſe quandam deteſtabilem cupiditatem, per ſummum ſcelus & nefas huius pecuniæ interuertendæ. Intendentibus itaque ſe noctis tenebris, claua, quam plerumque in itinere ſecum circumferre ſolebat, inſtructum, rediiſſe ad domum parochi, pulſaſſe oſtium, admiſſum, & agnitum, ſignificaſſe parocho, ſe accinctum itineri, vt Leodium repeteret, animaduertiſſe adhuc quædam, ad cõfirmationem deſiderari, quibus tamen ex cõſilio ſuo facile mederi poſſit. Non potuiſſe itaq; ſibi temperare, quin ante diſceſſum ſuum hęc eadẽ communicaret. Egiſſe gratias parochum, & illum amicis verbis ad cœnam inuitaſſe, puerum ad pandocheum, vt vnam aut alteram vini menſuram adferret, ablegaſſe, miſiſſe deinde ancillam ſuam, ad poſtulationem ſuam in cellam penuariam, vt cereuiſiam promeret, vt ſolus cum ſolo de teſtamenti defectu colloqueretur: ſe nihil tale cogitantem, infelicem parochum clauæ ſuæ ictu proſtrauiſſe, confeciſſe deinde ancillam ex penuario redeuntem: vltimo & puerum a caupona reuertentem, & admiſſum ædibus, obtruncaſſe: ſublatis deinde clauibus, aperuiſſe ſcrinia, & conuaſatis pecuniis, mox ſe in diuerſorium, & ſequenti die Leodium recepiſſe.

Hæc de facto ſuo: quæ inſecuta ſunt, ſubiiciemus. Vix commode egreſſus erat, cum gener parochi, quem antea deſignauimus, potus ſuperuenit: is cum oſtium pulſando nõ admitteretur, incaleſcere incipit, & multa infauſta in parochum coniicere, & ita tumultuari, vt a vicinis modeſtiæ admoneretur: tantum abeſt, vt illis acquieuerit, vt etiam arreptis ſcalis quibuſdam, ſiue aliis adminiculis, per feneſtram domus cõſcenderit, vbi cum oberrando nullum lumen inueniret, tandem, vt erat ebrius, certo loco obdormiuit. In ipſo diluculo expergiſcitur, ꝓgreſſus ad cõclaue ipſi⁹ parochi, & paulo vlterius, terribile ſpectaculũ oculis vſurpat, & quantum voce poteſt, exclamat: accurrunt vicini, viatores, item & Magiſtratus, & miſerum atq; inſontem in carcereres abripiunt. Vrgebant hic multa indicia: ſolus in ædibus depre-

Digitized by Google

deprehenſus fuit, minæ capitales nedum eo die, ſed & antea ſæpe præceſſerant: ſpreta vicinorum reprehenſione domum conſcenderat, feneſtram per vim effregerat, neque vllus mortalium reperiebatur, ad quem huius facinoris ſuſpicio pertinebat. Tractari itaq; poſſet, an hæ & ſimiles præſumtiones ad condemnationē ſatis momenti haberēt? quod antequā exſequar, aliud eiuſdē pene argumenti exemplū in medium proferam:
10 Quidam procurator Louauienſis, † cum animaduerteret, ſocerū ſuum & ſocrū attentiores ad rem eſſe, neq; pecuniā vllis blanditiis exprimi poſſe, tandē animū ſuum ad ſcelus nefandiſſimū adiecit. Etenim nocte intempeſta per notas ſibi latebras domū ingreſſus, vtrumq; iam prouectioris ætatis trucidat. Cæde poſtea manifeſtata, cum de auctore flagitii quæreretur, & is aliis adſtantib. in triclinium, vbi cadauera expoſita erāt, ingreſſus eſſet, appetentia vindictæ, vt quidam rem digerunt, ſanguinē emittere cœperūt: quod cum videretur eſſe certiſſimū indiciū ab illo cōcepti facinoris: is tamen impudentia ſua, meo iudicio, non diluit, ſed auxit ſuſpicionē, cum ad cruoris conſpectum exclamaret, adeſſe auctorem ſceleris, ſed in tanto numero circumſtantiū nemini facinus imputari poſſe, diem tamen ipſum, qui ſcelera omnia aperire ſoleret, hunc ad vindictā improbitati debitam vocaturum. Scelerati hominis vox atque deſtinatio habuit euentum ſuum. Quamuis enim remiſſior diligentia Magiſtratuum nedum pœnam, ſed & diſquiſitionem conuenientem diſtuliſſet: tamen cum diſſipatis facultatibus occiſorum, d alia ſcelera properaret, tandē Vltraiecti ... miſſum ſuum rotæ ſupplicio expiare coactus eſt. A quo non abhorrent eiuſdē generis indicia, quæ referuntur a Paponio *lib.24. ... retor. tit. de quæſt c.1.* ad cōſpectum matris, ... filium occiderat, ex cadauere poſt octo ... s cædis ꝑpetratæ ſanguinē ērupiſſe, ideq; ... idiſſe in alio corpore hominis interfecti, ... d exhumatū, & ad ædes accuſati delatū, ... guinē fundere cœperit. Adiicio tandem ... um exemplum, petitum ex Cicerone *de diuinat.* Arcades † duo, cum Megarā ... enderent, alter eorum ad diuerſorium ... icum diuertit, alter ad familiarem ſibi ... m: cum hic cubitum ſe cōtuliſſet, & al... ſomno teneretur, obuerſata ei eſt imago ſodalis, vel comitis, qui ad hoſpitium ... cerat, implorans opem ipſius, q, caupo ... ſanguinarius illi mortē pararet. Tertius huiuſmodi ſomnio proſiluit e lecto, & vt periclitāti ſubuenire poſſet, ſeſe ornauit. Cum aūt ſe nonnihil collegiſſet, & propoſitū atq; conſilium humaniſſimū tanquā vanum & ſuperuacuū repudiaſſet, nec nō ſtratum atq; ſomnū repetiiſſet, ei dormienti eadē imago occurrit, obteſtans, quod cum ſalutis ſuæ cauſſam neglexiſſet, tamen mortē ſuā inultam eſſe, & cadauer ſuum inhumatū proiici nō pateretur: etenim ſe interfectū in plauſtrum a caupone coniectum, idque ſtercore coopertū ad portam ciuitatis ferri. Is igitur hoc ſomnio admonitus, adhibitis quibuſdam amicis, cauponem & plauſtrum, quod in quiete demonſtratum erat, obſeruat, & cum eundem feſtinantem, quid veheret, rogaſſet, iſque ad huiuſmodi percontationem expalluiſſet, manus plauſtro admoueri, & cadauer erui curauit.

In propoſita facti ſpecie pari ratione tractari poſſet, an hæc indicia ad capitalē ſententiam ſufficiant, ſcilicet cadaueris adhuc madentis inuentio: factum cauponis illud in plauſtrum condentis, fimo contegentis, & extra ciuitatem efferentis, pallor & trepidatio ipſius, ſodalis ſomnia.

Pro vlteriori inueſtigatione materiæ & controuerſiæ propoſitæ mouebo alias con-
iecturas a noſtris † Interpretibus in vtramq; 12
partem agitatas, quid iuris ſit, ſi homines receptæ auctoritatis & fidei, videant ex cōclaui alterius ſui capitalis inimici cum diſtricto gladio, quique recenti cruore imbutus erat, pallentem profugere, & tali ſpectaculo cōmotos idem illud conclaue, quod nullū aliū exitū haberet, ingredi, & hominem gladio confoſſum inuenire, an ex huiuſmodi indiciis, qui fugerat, condemnari poſſit? Sunt
eñ, † qui defendant illud fieri poſſe, *vt Bart.* 13
in l.3. ff. de furt. n.1. vbi tot indicia nō requirit: verba eñ ipſius hæc ſunt: *Item ſi aliquis fuerit viſus effugere cū gladio euaginato, & reperitur aliquis mortuus, certe ex hoc eſt homicidiū manifeſtū, quod talis fecit, Bald. in l. neque natales, hoc tit. n.4.* vbi in eandē ſententiā loquitur Abb. *in c. aperte, nu.6. Imol. nu.4. verſ. aduerte tamen, Fel. n.10.* vbi appellat hanc ſententiā cōmunem, *poſt Ant. de Butr. Io. And. & alios ab eodem allegatos, idē Panor. in c.3. de probat. n.8. & ibid. Franc. Aret. verſ. quarto, col. quadā, Phil. Decius n.13. verſ. ſimiliter in præſumt. indubitatis. Ioan. Andr. in add. ad Spec. tit. de probat. §. fin. nu.19. in verb. ſciant. Franc. Brun. in tract. de indic. & tortur. p.1. q.4. n.15. in fi. Iac Menoch. lib.1. præſumt. 97. nu.36.* vbi in hanc ſententiā etiam laudat

Digitized by Google

Anton Roſell. item Auguſtin. Ariminenſ. Franc. Sarmient. *lib.1. ſelect. interpret. c.1. n.5. in fin.* Salyc. *in hac noſtra lege, n.2.* Bald. *n.5.* Iul. Pac. *hic nu.15.* Bald. *in l. excipiuntur, ff. a SC. Syllan.* Blancus *in ſuo tract. crim. tit. de indic. n.92.* item Nouell. *in ſua praxi crim. fol.61. n 8.* vt illos refert Iul. Clarus *lib.5. ſent. §. fin. q.21. num. 41.*

14 Pro confirmatione † huius ſententię primo adduci poteſt *l. præſens*, dum indicia indubitata in eadem cauſſa cõſtituit, qua idoneos teſtes & apertiſſima documẽta. Secundo, fulcire hoc pronuntiatum poteſt *l. excipiuntur, 14. ff. ad SC. Syllan.* vt eandẽ legem intelligit Baldus. Tertio cõmendat hanc ſententiam *c. pro human. de homicid. in 6. in verb. poſtquam probabilibus conſtiterit argumentis, aliquem ſcelus tam exſecrabile commiſiſſe.* Quarto, defendi hæc ſententia poteſt ex *lege 2. C. quor. appell. non recip. in verb. argumentis conuictus. item l.1. §. idem Cornelio, ff. de quæſtionib.* Ex quibus intelligimus, eandẽ vim eſſe argumentorũ, vt aliarũ probationũ. Quinto, his reſpondet *l. ſi quis adulterii, 34. item auth. ſi quis ei, C. de adult. itẽ §. is quoq;, Nouell.117. vt liceat matri & auiæ.* Ex quib. colligimus, præſumtiones iuris vim condẽnationis habere. Sexto, huc ptinet *c. literis, extr. de præſum. & ibid. Abb. n.3. circ. fin. Fel. in pr.* dũ conſtituunt, ꝙ ſi nudus cũ nuda, ſolus cũ ſola in lecto deprehendantur, nedum ſi ciuiliter, ſed etiam ſi criminaliter agatur, videri probatũ adulterium, ſi erant perſonæ coniugio adſtrictæ, *arg. d. tex. & c. præterea, 27. extr. de teſtib.*

15 Contrariam † ſententiam, quod ſcilicet ex indiciis indubitatis pœna mortis auferri nequeat, defendunt Gandin. *in ſuo tractat. crim. tit. de præſum. & indic.* Angel. Peruſin. *l. quamuis, 6. ff. de furt. num.4.* Paul. Caſtr. *in hac noſtra lege n.5.* & ante eum Iac. de Butr. Alberic. *in l. indicia, C. de rei vindic. num.4.* Ludou. Roman. *d. l. excipiuntur, 14. ff. a SC. Syllan. nu.3.* Alex. *in addit. ad Bart. d. l.3. cap.14 tit. de probat. delictor. nu.25.* vbi tamen multos auctores allegat, qui id minime aſſerant, & facta collatione priorum apparere poteſt, *Marſil. in rubr. de probat. nu.241. & ſeq. & in 1. repet. num.18. ff. de quæſtionib. Cagnol. in l.1. nu.22. ff. de rebus cred. ſi certum pet. Grammatic. dec.8. nu.8. idem deciſ.42. num.14. Alex. lib.3. conſil.115. in cauſſa inquiſitionis formatæ, num.8.* allegat dicta Gandini & Innocentii *in c. quia v. roſimile, extr. de præſumtio.* pronuntiantis, quod vbi proceditur ex præſumtionibus, Iudex debeat multum temperare ſententiam, & maxime, ne condemnet, niſi raro, & modice ad pœnam, nec pecuniariam nec corporalem, quæ verba aliter ab eodem Alex. & multis aliis auctoribus referuntur, dum ait, *quod ſi quis damnetur ex præſumtionibus violẽtis, idem probandum ſit, & ibidem Carolus Molin. in addit. Boer. deciſ.166. num.4. Andr. Tiraq. in tract. de pœn. temperand. conſil.27. nu.1. & ſeq.* vbi infinitos auctores in hanc ſententiam allegat Ioſeph. Maſcard. *concluſ.1221. num.55. & ſeq.* vbi pariter multos auctores adducit. *Proſper Farinac. in ſuo tract. criminal. lib.1. tit.5. q.40. n.15. Aegidius Boſſius in ſuo tractat. crimin. tit. de conuict. num.38. Iulius Clarus lib. ſent.5. §. fin. q.20. nu.5.* vbi multos auctores in hanc ſententiam accerſit.

In propugnationem huius † ſententiæ etiam varia iuris & rationum ſubſidia in medium adducunt. 16 Primo definitionem *l. abſentem, ff. de pœn.* neminem, nedum vltimo ſupplicio, ſed ne pœna quidem corporali afficiendum. Secundo adducitur *c. afferte, ext. de præſumt.* vbi Salomon rex motus violenta cõiectura maternæ pietatis, iuſſit matri quidẽ reſtitui infantẽ, ſed aduerſariæ ipſius ratione impudentiæ & temeritatis nullã pœnam inflixit. Tertio, ꝙ id ſuadeat *l. qui ſentẽtiam, infr. de pœnis,* quæ dictat, capitalem ſententiam promerendam non eſſe, quam in adulterii, vel homicidii crimine, vel maleficii, aut ſua confeſſione, aut certe omnium, qui tormentis, vel interrogationibus fuerint dediti, in vnum conſpirante & concordante rei finem, conuictus ſit, & ſic in obiecto flagitio deprehenſus, vt vix etiã ipſe ea, quæ cõmiſerit, negare ſufficiat. Quarto, finitimum his eſt, quod *l. præſes, & l. ſi de interpretatione, ff. de pœn.* caueatur, pœnas potius interpretatione molliendas, quam exaſperandas. Quinto his reſpondet *l. indicia, C. de rei vind.* quæ innuere videtur, illa demũ indicia admitti, quæ iure non reſpuuntur, hoc eſt, vt eandẽ legem ibidẽ interpretatur Alberic. *n.4.* quæ nedũ præſumtionẽ perpetrati facinoris ex cõiectura hominis obtinent, ſed etiã quæ ex diſpoſitione legis ad condemnationẽ ſufficere ſtatuãtur, cuiuſmodi eſt *l. ſi qui adulterii, infr. ad l. Iul. de adulter.* & alia capita a nobis allegata, quibus cõtermina eſt *l. conſiliarios, ſupr. de aſſeſſoribus, item cap. de hoc, extra, de ſimonia, c. porrecta, extr. de confirmat. vtil. vel inutil.* Sexto, hæc opinio inde confirmari poteſt, quod, vt teſtatur Cicero, vel auctor ad Herennium *libro primo:* Vlyſſes apud Aiacem ſolum deprehenſus fuit cum diſtricto gladio, qui adhuc recenti cruore ipſius

ipſius Aiacis eodem loci proſtrati, madebat, cum tamen conſtet, illum Græcorum ſententiis abſolutum eſſe, quod Aiax ſibi ipſi manus intuliſſet, & Vlyſſes, quamuis illi inimicus, miſericordia motus, cum forte prior ſuperueniſſet, gladium ex corpore iacentis exemiſſet.

17 † Sed tamen his & ſimilibus argumentis nihil obſtantibus, ſtatuo, priorem ſententiã non omnino a iuris definitione alienã eſſe, modo cum certa interpretatione exaudiatur: Referre eñi exiſtimo, an is, qui tale facinus deſignare arguitur, cõfiteatur, ſe hoc feciſſe: ſed addat, ſe defenſionis ſuæ cauſſa eo conſilii compulſum. Hic eñi quamuis præſumtio *l. 1. infr. ad leg. Cornel. de ſicar.* eundem oneret: tamen eadem illa præſumtio ex aliis cauſſis elidi vel extenuari poteſt, vt conſtat ex ordinatione criminali Imper. Caroli, *cap. 143.* vt ſcilicet habita cõparatione perſonarum, armorũ, cauſſarum, aliarumq; circumſtantiarum, æſtimemus, vter vtrũ aggreſſus ſit. Quod ſane in caſu a nobis propoſito, vbi fugiens ſolus arma habuit, clam, vel per vim conclaue ingreſſus fuerit, locum habere nõ poteſt. Quod ſi vero is neget, huiuſmodi facinus a ſe perpetratũ eſſe, rurſum requirendum ſtatuo, an aliqua poſſit eſſe præſumtio, quod quis ſibi mortẽ conſciuerit, vel ab alio tale facinus conceptũ ſit, quod ſane vrgentibus his circũſtantiis, quas propoſuimus, non animaduerto, quomodo locũ habere poſſit, vt conſtituunt etiã Bald. *hic n. 5.* Salyc. *nu. 2.* Conſequens itaq; eſſe ſtatuo, vt Iudex ſubtili interrogatione facti veritatẽ eliciat: ꝙ ſi talem confeſſionem exprimere non poſſit, ſaltẽ perpendat, num interueniant aliæ cõiecturæ, quæ hãc præſumtionẽ adeo violentam adhuc augeant, vt eſt pallor, trepidatio, inconſtantia in reſponſione, de quibus *in l. de minore, §. fin. ff. de quæſt.* His omnib. põderatis æſtimabit Iudex, an de eo quæſtio habenda ſit, vt rei geſtæ fides per tormẽta eru-

18 atur. Emergunt † nonnunquã cauſſæ, quæ id facere prohibent, veluti priuilegiũ perſonæ *l. milites, l. nihil ibi deflectẽs, infr. de quæſt.* vel ꝙ non expediat, ꝙ talis ſit perſona, quę contemnere tormenta poſſit, *vt in caſu propoſito a Thoma Grammatico deciſ. 42. in princ.* aut ꝙ is abſit, & ſe a Iudicis poteſtate ſubtraxerit, eo videlicet caſu, quo l. municipali etiã abſentes condemnari poſſint, nõ exiſtimauerim, Iudicẽ ipſi incumbentis officii fines egredi, ſi huiuſmodi coniecturas ſecutus, capitalem ſententiã proferat, ſecundũ ea argumenta, *quæ ſuperius propoſuimus*, ſi eadẽ omnia concurrant, quod ſane rarius accidere ſolet. In eadẽ igitur cauſſa eſſe conſtituo negationẽ illius, qui aliũ in platea, nihil tale cogitantẽ diſtricto gladio aggreſſus eſt: quamuis teſtes duntaxat deponant, ſe vidiſſe, quemadmodũ illum nudato enſe inuaſerit, & ꝙ ille proſtratus ſit, oculis tamẽ ſuis percipere nõ potuiſſe, ꝙ gladio eundẽ confixerit. Euidentiã eñi naturæ hic ſatis oſtendere arbitror, quis auctor cædis, cũ occiſus gladiũ nullũ habuerit, ſed ad illationẽ ictus, ab inimico, vel inſidiatore facti, occubuerit. Requirerẽ tamen & hoc caſu, diligentẽ Iudicis inquiſitionẽ, an gladius ſanguine, & quouſq; reſperſus ſit, item an cum vulnere reſpondeat?

Diuerſa cauſſa eſt in † aliis exẽplis a no- 19
bis propoſitis. Nam quod ad primum attinet, quam triſtẽ eadẽ res euentũ habuerit, *ſupra oſtendimus*, cum nedum hæ coniecturæ fallaces fuerint: ſed etiam confeſſio in tormẽtis expreſſa, vbi tamen peccatum a Magiſtratu eius loci exiſtimo, quod quantũ ego intelligere potui, eundem reducendũ non curauerint, cum publice condemnatus ad ſupplicium duceretur, & in itinere profeſſus eſſet, ſe quidẽ non negare factum, ſed mirari tantam ebrietatis vim fuiſſe, ꝙ illud memoria non repeteret. Vnde non immerito ſuperiorẽ Magiſtratum cõuenientem huic rei formam dediſſe, dum inſontis vxori & liberis ſubueniũt, ſtatuo. In eadẽ cauſſa eſt alterũ exemplum. Quamuis enim, vt edocemur Geneſ. c. 4. *Sanguis occiſi vindictam expoſcat*, & in Apocal. in verba ſequẽtia: *Ecce poſthæc vidi animas interfectorũ, clamantes ad Deum, & dicentes: Vſquequo Domine, non das iudiciũ, & vindicas ſanguinem noſtrũ de interfectoribus noſtris, qui ſunt in terris. Boer. deciſ. 166. n. 1. Pariſ. de Puteo in tract. ſyndic. in verb. tortura, cap. an ſtetur dicto torti*, & ſufficiant ad inferenda tormẽta, *vt idem Boer. eodẽ loci dicit:* tamen ad condemnationẽ ſatis momẽti nõ habent, ſed ad torturã, ſi alia quædam argumenta cõcurrant. *Boer. dec. ſupra relata, Paponius lib. 24. decretor. tit. de quæſt. c. 5.* Idem igitur in tertio exemplo de duobus Arcadibus obtinere puto, quod vector plauſtri eius ignarus eſſe potuerit, aut ſaltem circumſtantias facti ignorare. Fateor tamen hoc ipſum exemplum magis vrgere, quã præcedentia.

Quibus fundamentis iactis non obſtant argumenta in contrarium adducta, quod
† non loquamur de ſuſpicionibus, ſed de in- 20
diciis certis & indubitatis, quæ violentiſſi-

Digitized by Google

ma appellat Menoch. Brun. Felin. & nonnulli alii a nobis allegati: neque animaduertimus, quare conſtitutio iuris ex præſumtione delictum conſtituentis, certior eſſe poſſit, quam ea, quæ a natura petita eſt, quã infallibilem eſſe negare non poſſumus, quo in genere ſunt illa: Eam virginẽ non eſſe: quæ lac in mammis habeat, eum viuere, qui ſpiret, vno momento duas proles non naſci, *l. Areſcuſa, ff. de ſtat. hom.* In eadem igitur conditione ſunt illa indicia, quæ ſupra propoſuimus, ſi alias circumſtantias veras eſſe ponamus. Nõ eñ animaduerto, quare illa incertiora vocemus, quam dicta teſtiũ, aut ſimiles probationes, vbi periculũ corruptionis propoſitum videmus, *l. teſtium, inf. de teſtib.* Nec
21 mouet exemplũ de Vlyſſe propoſitũ: id eñ ab hominib. ingenioſis excogitatum, ex ea cauſſa labefactatur, quod iidẽ memoriæ ꝓdiderũt, Aiacem cognitis, quæ in furore deſignauerat, pudore cõmotum in ferrum incubuiſſe. Qua allegatione ſubmota, cõferri tamen idẽ exemplum cum noſtra hypotheſi non poteſt. Aiax eñ arma propria habuit: eo deniq; robore & viribus erat præditus, vt nihil ſibi ab Vlyſſe metuendũ fuerit: Deinde nuſquã ſcripto cõprehenditur, Vlyſſem facie pallentem, & tanquam facinoris conſcium profugiſſe, ſed tanti viri, quamuis inimici caſum miſerantẽ, gladium extraxiſſe, & vitæ ſubuenire voluiſſe. Hæc ſententia, ſi perpendere velimus, quid ſinguli auctores a diuerſa parte allegati ſenſerint, magis ad rẽ accedere videtur, quorũ eſt Innoc. *d. c. quia veriſimile, extr. de præſum. Bal. l. eius qui, § ſi cui, n. 6. verſ. ſexto probatur, Franc. Aretin. ibid. n. 4. verſ. tertio dicit ipſe Bannitus, præterea Panorm. Io. ab Imol. Felin. c. afferte*, quos nec non alios in fulcimentum ſuæ opinionis adducũt Gomeſ. Grammat. Maſcard. Boſſius *in locis ſupr. allegatis* qui de indubitatis indiciis, quæ alii violẽtiſſima appellant, minime loquuntur. Quod ſi quis tamen vltimã ſententiam receptiorem & humaniorem eſſe arbitre-
22 tur, non luctabor magnopere, cum rarius † tot indicia concurrere animaduertam, & alia ad eandem cauſſam non pertinere, iam antea conſtituerim. Adhuc tamen delibe-
23 rationis † erit, an remiſſo vltimo ſupplicio pœna pecuniaria, an vero corporali coercendus ſit? Qua in re omiſſa aliorũ diſputatione aſſentior Iul. Claro, *libr. 5. ſent. § fin. q. 20. num. 50. verſ. & hæc opinio apud nos ſeruatur*, Thomæ Grammatico *d. deciſ. 42. n. 15. Proſp. Farin. in ſo tract. crim. li. 1. tit. 5. q. 40. n. 15.* quod illud relinquendum ſit Iudicis arbitrio, qui pro modo & qualitate indiciorũ, perſonarum, flagitii, &c. corporalem, aut pecuniariam pœnam infligat.

Tit. De Teſtibus. 20. Lex I.

SVMMARIA.

1. *An ingenuitas per teſtes ſolos probari nequeat?*
2. *Lectio Donelli cum tranſpoſitione dictionis, Non.*
3. *Alia lectura Iulii Pacii.*
4. *Ab Imp. Marco Aurelio inſtitutũ, vt quis intra certũ tẽpus a natiuitate liberos profiteri debuerit.*
5. *Communis expoſitio cõfirmata, quod dictio, ſoli, pro ſolummodo in textu exaudienda ſit.*

VErba præſentis legis Interpretes noſtros non mediocriter torſerunt, dum præ ſe ferre videntur, ꝙ teſtium depoſitiones ſolæ ad probandã † ingenuitatem nõ ſufficiant. 1
Et gloſſ. quidẽ in dictione, *ſoli*, Odofred. *n. 1. verſ. ſimilis expoſitio*, Cyn. *in prin.* Bart. *verſ. oppono dicitur hic ſoli.* Paul. Caſtr. *n. 3.* Alber. *in prin.* Bald. *n. 3.* Ang *in ſuo ſummar.* Fulgoſ. *circa fin.* Salyc *n. 2.* Sichard. *nu. 1.* auctores ſunt, vocabulum, *ſoli*, aduerbialiter hoc loco exaudiendum pro *ſolummodo*. Adiicit Odofredus ſimiles textus deprehẽdi, *l. 2. ff. de vſu & habit. § 1. l. qui liberis, 8. § hæc verba, ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* Donellus † vero *hic n. 12.* putat 2
in noſtra lege certam metatheſin particulæ *non*, intercedere, perinde quaſi ita accipienda ſint verba noſtræ legis: Non ſoli enim teſtes ad ingenuitatis probationẽ ſufficiunt, cuiuſmodi tranſpoſitionem etiam exhibeat *l. ſi ſeruus, § 1 ff. ſi quis caut. iud. ſiſt. cauſ. fa.* Iulius aũt Pac. *n. 11.* † exiſtimat, legem noſtram, vt 3
concepta eſt, intelligendam. Teſtes eñ ſolos de ingenuitate deponentes fidẽ nõ impetrare, veluti ſi aſſerant, eum auream bullam vel togã prætextam geſtaſſe, quæ ſolent eſſe ingenuitatis inſignia. Hæc eñ idoneam probationẽ non cõtinere, niſi doceatur ex libero ventre eum editũ, *l. pactũ, 7 ſupr. de rei vind. & Inſt. de ingenuis, in prin.* Sed non animaduertit, hanc ſuam expoſitionẽ, nedũ in diuinationẽ incidere, ſed difficultatẽ, ꝙ per ſolos teſtes cauſſa ingenuitatis impleri non poſſit, non expedire. Nam neq; ipſe inficiatur, ſolam manumiſſionẽ, de qua *in l. matrẽ, ſupr. de latin. libert. toll.* id non conſequi, quo referri etiã poſſunt *l. nec omiſſa, infr. de liberal. cauſſ. l. 6. infr. de fid. inſtrum.* Ex quibus intelligimus ſolam natalium profeſſionem id non inducere, ſed etiam alias iure proditas probationes hoc ipſum præſtare. Huc referri poteſt *l. in exercendis, infr. de fide inſtrum.* adhibita & illa conſideratione, quod controuerſia

Digitized by Google

uerſia ſtatus & ingenuitatis iiſdem regulis nitatur, quibus ceterarum rerum quæſtiones, *arg.l.non ſolum,39.§.ſi ſtatus.ff.de procur.l.eum qui,30.§.penult.ff. de iureiur.l.cum proponas,6.ſupr.de rebus credit.* Qua de cauſſa neceſſario confugiendum erit ad receptam expoſitionem, vel dici poterit, quod cum, *vt antea admonuimus in l.neque natales*, inſtitu-
4 tum fuerit †ab Imperatore, vt intra certum tẽpus quis liberos a natiuitate profiteri debuerit, vt hoc modo promta ingenuitatis eſſet probatio, *vt oſtendit Iul.Capitolinus in vita Marci Aurelii*, ꝙ facultas diuerſæ probationis ità reſtricta fuerit. Sed hæc expoſitio ex eo ſecura eſſe non videtur, quod nedum inſtrumentorum, ſed etiam argumentorum mentionẽ faciat: quod deniq; admittat teſtes, quamuis non ſolos. Quæ tamen allegatio facile declinari poſſit, ſi perpendamus, natales per ſe non ſemper munus probationis ſuſtinere poſſe: ſed nonnunquam alias probationes requiri, ſcilicet, matrem fuiſſe liberam, item illa, de quibus diſſeruimus *in l.non epiſtolis, l.non nudis.ſupr.de probat.* Tutior
5 †tamen & humanior videtur eſſe ſententia cõmunis, ꝙ cum edictum Marci Aurelii potius pertinuiſſe videatur ad cauſſam cenſus, muniendam, *l.3.ff.de cenſib.l.cenſus,ff.de prob.* & iure noſtro, de tali edicto tam ſtrictã probationem requirente nulla ſpecialis mentio fiat, non poſſit intelligi, quod eius cõſideratione alia iuris reſponſa ſublata videantur contra *l.præcipimus,§.fin. infr..de appell. l.ſancimus, C.de teſtam.* maxime cum probationũ facultas anguſtanda non ſit, *l.quoniam, C.de hæret.l.curent,ff de teſtibus.*

Lex, Etiam, 2.

SVMMARIA.

1 *Domeſticos ad ferendum teſtimonium idoneos non eſſe ex conſtitutione iuris ciuilis & naturalis.*
2 *Domeſtici qui ſint.*
3 *Domeſticos tribus modis accipi poſſe.*
4 *Abſurdum eſt, tales ad teſtimonium admitti, quibus imperari poſſit.*
5 *Perpetua conſuetudo & familiaritas ſuſpectos teſtes facit.*
6 *An ad repellendum teſtem, vt domeſticum opus ſit, vt certa ratione inferior cenſeatur.*
7 *Teſtes domeſtici ſi admittantur, nullum indicium faciunt.*
8 *Qui tempore contractus domeſticus erat, ſed poſtea talis eſſe deſierit, repelli non ſolet.*
9 *Teſtimonium ipſius, qui recens domeſticus fuit, non carere omni gratiæ ſuſpicione.*
10 *Teſtes domeſtici admitti ſolent in caſibus, qui altis verſimiliter innoteſcere non conſueuerint.*
11 *Idem ſi vtrique parti ex æquo deuinctus ſit.*
12 *An domeſtici teſtes, propterea idonei cenſendi ſint, quod quis illos contractui adhibuerit?*
13 *Sententia auctoris.*
14 *Quid obtineat in domeſticis magnæ auctoritatis ex ſententia Baldi & Salyceti?*
15 *Approbata contraria ſententia Cyni, & Franciſci Aretini.*
16 *Innocentius circa hanc quæſtionem declaratus.*

Domeſticos ad ferendum teſtimonium idoneos non eſſe, non ſolum naturali † 1
atque generali iure, quo cõtinetur, vt Iudex diligenter exploret, quæ conditio ſit illorũ, quos quis in teſtes producit, *l 2.& l.3 ff.de teſtib.Gloſſa hic in verbo, etiam, Baldus n.1. Salyc.n.2.* ſed etiam ſpeciali ſanctione iuris ciuilis, quæ hac lege repetatur, cauetur: Domeſticus dicitur †a domo, quaſi qui eſt ex eadem, 2
vel in eadẽ domo, *l.pater,17.& l.pen ff. de teſt.* Domũ autem accipimus pro domicilio & habitatione, *l.lex Cornelia,5.§.domũ,ff. de iniur.l.plerique,ff.de in ius voc.* Vnde colligimus eos, qui eiuſdem domus ſepto coerceantur, atque cohabitent, appellatione domeſticorum cõtineri, *Bart.hic n.1.* vbi ait, eos domeſticos eſſe, qui habitent in eadem domo, & familia, & nominatim gloſſ. *in verb. etiam, quam ſequuntur Bartol.n.1. Alberic.n.1. Baldus nu.2.* vbi tamen & aliam diſtinctionem attexit, *Angel.nu.2.* vbi cum oſtendiſſet domeſticos tribus modis accipi: Primo, †vt cõplectãtur omnes illos, qui eiuſdem ſunt cognationis, quiq; ius habẽt propinqui iuuenis erratum corrigẽdi, *vt l.1.ff.de emendat.propinq.* Secundo, vt contineant illos, qui ſunt ex eadẽ familia, *l.pronuntiatio,§.familiæ,ff. de verb.ſign.l.ædiles,§.familiæ,ff.de ædil.edict.* Tertio, vt referãtur ad omnes illos, in quibus ius habemus, vt ſunt adſcriptitii & cenſiti, hoc vltimos procul dubio cõtineri, *vt l.præſenti,§.ſane, ſupr.de his qui ad eccleſ.confug.Caſtr.n.1.Salyc.nu.2.Fulg.in prin.Spec.lib.1.p.3.tit.de teſte,§.1.n.12.* vbi ſecutus gloſſam declarat pronuntiatione domeſticorum cõtineri primo ſeruos, colonos, libertos & adſcriptitios producentis, *arg.d.l.fin.§.ſane,& l.ſi libertus, infr.de quæſtio.* Subnectit tamen, eſſe cõtrouerſiam de colono, maxime ſi conſuetudinem ſpectemus, minorem tamen fidem eidem accommodari, *argu.l.3.ff.de teſtib.de qua re nos poſtea.* Eſſe præterea domeſticos, vt Gloſſ.& alii Doct.etiã obſeruarunt, mercenarios & clientes, *l.reſpiciendum,§.furta,ff.de pœn.Vigl.Inſt.de teſtam.§.pater,n.7.* Præterea, vt infert gloſſ.omnes illos, qui enumerentur *in l.priorem,inf.de quæſt.& l.pen.infr.qui accuſ.non poſſ.*

Digitized by Google

Eadem iuſtiori ex cauſſa probamus in perſona viri & vxoris, *l.1. §. ſi vir, ff. ad Syllan. SC. l. quicunque, 10. infr. de rè milit. item arg. l. ſed etſi, §. præterea, ff. ſi quis caut. iud ſiſt. cauſſ. fact. §. itē his, Inſtit. de vſu & habitar. Gloſſ. in verb. etiam. Bart..n.3.* vbi dicit, omnes ita tenere, *Paul. de Caſtr.* vbi tamen videtur concludere, quod non repellantur, tanquā domeſtici, ſed propter cōmunem vitam & ſummam adfectionem, *Alberic. nu.3. arg. l. pen. §. Iulianus, ff. quod falſo auctore geſtum eſſe dicetur, Bald. num.6.* vbi idem probat in concubina Fulgoſ. *nu.1.* Sichard. *n.4.* vbi tamen reddit eandem rationē, quam Caſt. Odofr. *n.2.* ꝙ ſcilicet vir & vxor ſint duo in carne vna: videtur tñ loqui in ſola perſona vxoris, *Salyc. n.5.* vbi idē probat in ſponſa & cōcubina, ſi cohabitent, Cynus *n.3.* Donell. *n.11.* qui pariter in ſolam vxoris perſonam ſermonem contuliſſe videtur, *Iul. Pacius n.4.* vbi in hāc cauſſam accerſit auctoritatē Ariſtot. *libr.1. Polit. c.1.* qui primam ſocietatem domeſticam ex viro & vxore metiatur, de qua re nos diffuſe *in noſtris cōmentar. ad libros Politicor. Specul. in tit. de teſte, §.1. n.15.* vbi tamen nonnihil hæſitare videtur Proſper Farin. *lib.2. tit.6. quæſt.54. c.1. n.6. Maſcard. concl.533.*

4 Ratio huius regulæ eſt, † quod abſurdum ſit, tales admitti, quibus imperari poſſit, vt teſtimonium ferant, *l. idonei, 6. l. pen. ff. de teſtib.* Sed hæc ratio quamuis admodū vrgeat: tamen ſtrictior eſt, quam vt inter eiuſdem fines cohiberi diſpoſitio noſtræ legis poſſit. Nam generaliter omnes cohabitātes in ea-
5 dē domo & familia repelluntur. Perpetua † enim illa cōſuetudo & familiaritas eoſdem ſuſpectos reddit, *Bart. hic num.1. Salyc. num.2. verſ. ideo domeſtici a conuerſatione dicti ſunt, Iul. Pacius n.4. Hieron. Magonius deciſ. Lucenſ.89. nu.4. Maſcard. d. concl. num.3.* vbi de communi opinione teſtatur, Anton. Gabr. *tit. de teſtib. concl.10. num.2. Emanuel Soarez in theſaur. commun. opin. in verb. domeſtici, n.204.* vbi poſt Melchiorem de Facinis *conſ.82. num.12.* hoc pronuntiatum commune renuntiat, *Proſper Farin. lib.2. tit.6. q.55. c.1. nu.8.* vbi tamen *n.11.* requirit, vt ea perſona, quæ ad teſtimonium
6 vocatur, † aliqua ratione inferior ſit, allegās in hanc ſententiam nōnullos auctores. Donellus *hic nu.8. arg. l. pen. ff. de teſtib.* illos teſtes idoneos non eſſe, quos accuſator de domo ſua producit. Non poſſe aūt eum, qui par ſit, in parem tale ius vſurpare: Vnde concludit, fratrem emācipatum fratri cohabitantem, vt domeſticum non repelli Idque argum. *l. tutela, 7. ff. de capit. minut.* quod fratres emancipati poſt emancipationem in domo eſſe deſināt: quodque requiratur, vt in eiuſdem patris poteſtate ſint, ſi quis eorum teſtimonium repudiare velit, vt domeſticum, *§. in teſtibus, Inſt. de teſtament. ordinand.* Quæ quāuis non incolerate moueri videantur: mihi tamen non diſplicet ſententia Iulii Pacii, qui *num.4.* ſine diſtinctione parentes & liberos, item fratres, & omnes in eadem domo cohabitantes, domeſticorum numero habet, vt *l.5. & 6. ff. quod cuiuſque vniuerſ. nom. geſt. eſſe āic.* Baldus *in l. parentes, num.1. in prin. hoc tit. Salycet. ibidem num.5. Menoch. arbitr. quæſt. lib.2. caſ.104 num.2. Gabr. tit. de teſt. concluſ.10. num.3. Proſper Farinac. in ſuo tract. de teſtib. lib.2. tit.6. quæſt.54. reg.2. num.139. Maſcard. num.1. concluſ.408. nu.8.* & multi alii Doctores, quos vtrobique recenſent. *Duare. anniuerſ. diſput. lib.1. c.28.* vbi tamen id in omnibus fratribus etiam non cohabitantibus accipere videtur. In quam ſententiam etiam Zaſius *lib.2. conſil.19. num.6.* ſcriptum reliquit, teſtes domeſticos cēſeri ratione poteſtatis ſiue patriæ, ſiue dominicæ, ſine diſtinctione, an cohabitent, de qua quæſtione in præſentia non diſcep.o.

Axioma, quod ad hunc modum † orna- 7
uimus, vſque adeo procedit, vt etiāſi admittātur, nullum indicium faciant, aut præſumptionem *l. idem, infr. de quæſt. c. ſi teſtes, §. teſtes eos, 4. q.3. d. l. pen. ff. de teſt. Abb. in cap. ex literis, num.3. extr. de teſtib. & Felin. ibidem num.12. Blancus tit. de indiciis, ad l. fin. ff. de quæſt. n.361. Ant. Gomeſ. variar. reſol. tom.3. c.12. tit. de prob. delict. n.21. Proſp. Farin. in ſuo tract. de teſtib. lib.2. tit.6. quæſt.55. num.88.* vbi multos auctores more ſuo allegat.

Hactenus de his, quæ ad propagationem principalis pronuntiati pertinerēt: reliquū eſſe videtur, vt certos caſus perſequamur, quos huius definitionis lege ſolui animaduertimus. Primus traditur in perſona † ipſiꝰ, 8
qui tempore cōtractus domeſticus erat, ſed poſtea teſtis eſſe deſierat. Odofred. *hic n.4. Cynus num.4. Bart. num.5. Alberic. num.6. Fulgoſ. num.1. Sichardus num.9. Iul. Pacius num.9. Donell. num.16. Felinus in cap. in literis, extr. de teſtib. num.10. Viglius d. §. palea, Inſtitut. de teſtam. Tiraq. in tractat. ceſſante cauſſa ceſſat effectus, part.1. n.111. Proſp. Farin. in ſuo tract. de teſtib. lib.2. titul.6. q.55 Ant. Gabr. in tract. comm. concluſ. concl.10. n.7. Maſcard. tit. de prob. lib.1. concl.533. nu.11.* idq; confirmat arg. *l.1. §. idem Mommio, ff. de quæſt.* item ꝙ teſtium cōditio tem-

Digitized by Google

tẽpore teſtimonii ferendi inſpiciatur, *l.3.§. l. Iulia.ff. de teſtib.* quodque ceſſent rationes, quæ illum a teſtimonio repellebant. Hoc tamen ita procedere definiunt, ſi domeſticus vltro diſceſſerit, vel bona fide, nõ autem in fraudem dimiſſus ſit. In fraudem autem videri hoc factum, ſi perhibito teſtimonio rurſum recipiatur, *argum. l. ſi ventri. §. fin. l. ſequen. ff. de repud. l. 32. §. quid ergo, & §. ſeq. ff. de don inter vir. & vxor.* iidem auctores pro inſigni parte affirmant, quibus adiicio Speculat. *tit. de teſte, §. 1. num. 13. Abbatem in c. in literis, nu. 6. Felin. nu. 8. Anton. Gomeſ. variar. reſol. tom. 3. c. 12. tit. de prob. delict. nu. 15. Tiraq. in tract. cèſſante cauſſa, num. 105. part. 1. arg. l. ſi quis adulterium, §. 1. ff. de adulter. l. ſicut, §. ſuperuacuum, ff. quib. mod. pign. vel hypothec. ſolu. l. ſi is qui ff. de acquir. her. l. ſi quis, §. & quod de ſubeunda, C. de natural. liber. Proſper Farinac. in ſuo tract. de teſt. lib. 2. titul. 6. quæſt. 55. num. 153.*
Sed hic perpendendum eſſe ſtatuo, hoc ca-
9 ſu teſtimonium ipſius, qui recens † domeſticus fuerit, non tantum auctoritatis habere, atque ſi talis non fuiſſet, quod affectionis cauſſa non videatur plane ceſſare, *argumen. l. ſi libertus, 89. ff. de furt. item l. vnius, 18. §. ſeruus, ff. de quæſt. cap. accuſatores, 3. quæſt. 5.* vbi id in contrario inimicitiæ caſu comprehenditur, eodemque pertinet, *capit. affinitatis, Inſtit. de nupt.*

Secunda declaratio eſt, quod illud non
10 procedat in caſibus, qui veriſimiliter † nullis aliis quam domeſticis comperti eſſe poſſunt, *l. conſenſu, C. de repud. cap. veniens, in fin. extra de teſtibus, l. quotiens, infra. de naufrag. lib. 11. cap. ſuper prudentia, 14. quæſt. 2. Crauet. in tract. de antiq. temp. part. 1. §. viſo. de fama. Anton. Gabriel. in tit. de teſtibus. concluſ. 10 nu. 40. Maſcard. concluſ. 124. nu. 48. item concluſ. 533. num 15. Proſper Farin. libr. 2 tit. 6. quæſt. 55. nu. 36. Alberic. d. l. conſenſu, num. 10. Ioan. Andreas in addit. ad Specul. in tit. de teſt. 51. verſ. item excipitur qui eſt domeſticus. num. 13.*

11 Tertia declaratio eſt, vt illud † locum nõ habeat in domeſtico, qui vtrique vt domeſticis pari affectione deuinctus ſit, *argumen. l. ſi non ſolum. 5. 1. ff. de ritu nuptiarum. Bartol. hic num. 4. Nellus in tract. de teſtibus, num 11. Maſcard. de probat. libr. primo concluſ 533. numero 36. Proſper Farinacius d. quæſtio. 55. nu. 92.*

Quarto quidam cõſtituunt hoc noſtrum axioma temperamentum recipere, a tacita voluntate † partium, qui teſtes domeſti-
12 cos in contractu adhibendo illos approbare videntur, *vt Baldus hic nu. 3. Salyc. nu. 6. Sichard. nu. 7. Maſcard. d. concluſ. 533. num. 29. Anton. Gabr. dict. titul. de teſtibus, concluſ. 10. Farinac. dict. quæſt. 55. num. 83. Iul. Pacius hic nu. 15.* Non † caret tamen hæc ipſa traditio 13
ſua difficultate, maxime ſi quis ignorauerit tales teſtes domeſticos eſſe, *Diacius reg 746. in 9. limit. Dilect. de arte teſtandi, tit. 2. rubr. de teſta. ordinandis. cautel. 9. n. 8.* Et ſane hæc ipſa declaratio ſatis periculoſa videtur, niſi proponamus teſtes rogatos fuiſſe de conſenſu partium. Simplex enim conniuentia præ pudore domeſticos non ſubmouẽtis, hanc auctoritatẽ meo iudicio tribuere nõ poteſt.

Accedit quinta declaratio propoſita ab Innocentio *c. in literis. extr. de teſtib.* vt ſcilicet locum † non habeat in domeſticis ma- 14
gnæ auctoritatis & vitæ honeſtioris, *Bart. hic nu. 2. Bald. nu. 5.* vbi exemplum proponit in familiaribus Epiſcopi Abbatis, vel alicuius nobilis viri honeſtæ & bonæ famæ, *Salyc. nu. 2. circa fin. Felyn. in c. in literis, nu 5. Viglius d. § pater, nu. 7. Ant. Gabriel. tit. de teſtib. concluſ. 10. nu. 10. Maſcar. de prob. lib. 1. conclu. 26. n 5. Farin. d. q. 55. n. 82.* Sed hãc declarationem, vt a Baldo, Salyceto & Felino concepta eſt, non immerito meo iudicio repudiant Angel. *hic num. 2. Cynus nu. 2. Iul. Pacius num. 10. item Franc. Aret. cap. in literis, extra. de teſtibus* conſtituentes omnes illos, qui in domo alicuius ſub eius ſeruitio ſunt, ſine deſtinatione, liberi ſint an ſerui, a teſtimonio ſubmouẽdos eſſe. Etenim cum illi teſtes non ſint idonei, quibus imperari poſſit, vt teſtimonium ferant, *l. 6. ff. de teſtibus*, & hæc ratio in perſona Principum & magnatum, atque eorum, qui imperio præditi ſunt, magis vrgeat, *lex vnica, C. ſi quacunque præditus poteſtate, l. 5. §. ſi prætori. ff. de oper. nou nuntiat. l. ſi per impreſſio-* 15
nem, ſupra. de his quæ vi met cauſ. fact ſunt. abſurdum videtur, quod hos prætextu honeſtatis ad teſtimonium admittamus, & ſaluberrimam diſpoſitionem legum ſubuertamus, liberando illos legis vinculis, qui ex verbis & mente legis propius cõtineantur. Hac enim interpretatione admiſſa, vix vllos ex miniſtris Magnatis alicuius futurus eſt, qui hanc ſplendoris & maieſtatis imaginem non induat. Accedit quod pro conſtituẽda hac exceptione nullis certis legum aut canonum auctoritatibus nitantur, ſed nudo Innocentii dicto, contra certiſſima iuris noſtri principia, *l. nemo. infr. de ſenten. & interlocut. omn. iudic. item cap. ego, diſtinct. 8.* maxime ꝙ ipſe † Innocentius non videatur 16
loqui de his, q̃ ſeruitio alicui⁹ teneãtur, quos

Digitized by Google

ipſe nominatim excipit, ſed de familiaribus, neq; vllam de Principibus, Cardinalibus, & aliis magnatibus mentionem facit, vt facile aſſequamur, illum potius accipiendum eſſe de æqualibus, qui tamen eiuſdē domus conſuetudine vtantur, & nullum eius, de quo teſtimonium ferūt, imperiū agnoſcant. Quo caſu non alienus ab hac moderatione ſum, quod honeſtas & integritas alicuius perſonæ ſuſpicionem, quæ ex domeſtica conuerſatione naſci poſſit, ſi nō in ſolidum, ſaltem pro inſigni parte detergere poſſit, *arg l. 3. §. Iulianus, ff. de liber. exhibend. l ſi res pupillares, ff. de adminiſtr. & peric. tutor. l. in bonæ fidei, ff. de rei vend. c. de capitulis diſt. 10. cap. niſi eſſent, extra de præbend.*

Lex, Sola. 3.

Svmmaria.

1 *Diuerſæ lectiones præſentis conſtitutionis.*
2 *Quid pronuntiatione adminiculorum hic contineatur.*
3 *Si teſtis pronuntiata ſua, nulla congruenti ratione muniat, parum auctoritatis habere poſſunt.*

HAEc lex, vt animaduertere licet ex Gl.
1 *in verb. ſolam*, diuerſas lectiones † admittit. Et ſane non video, quid abſurditatis illam ſententiam conſequi poſſit, ſi pronun-
2 tiatione adminiculorum † ea intelligamus, quæ hic comprehenduntur a gloſſa: quæ tamen omiſiſſe videtur aliud, idque præcipuum adminiculum, quod circa cauſſam probationis requiritur, vt ſcilicet ſatis non ſit teſtationem, quæ teſtimonia Iuriſconſultus appellat, *l. 3. ff. de teſtib. §. idem diuus Adrianus*, magiſtratui aut Iudici obtuliſſe, ſed etiam, quod teſtes in præſentia Iudicis deponant, vt ille inquirere de rei veritate poſſit, *d. §. idem diuus Adrianus.* Teſtatio enim non vno in loco noſtri iuris, hanc ſignificationem recipit, *l. teſtatio. 5. ſupra de probat. item l 4. ff. de pignor. item l. 4. ff. de fide inſtrum. item l. 13. C. eodem tit. l. 12. infra de contrahend. emt.* Porro animaduertendum eſt ſecundū Gloſſam, Bart. Alberic. Salyc. Bald. & alios,
3 hanc noſtram legem † etiam accipi poſſe de eo teſte, qui pronuntiata ſua nulla cōgruenti ratione muniat. Quæ expoſitio, cum huic loco non vſq; adeo cohæreat, faciendum mihi eſſe exiſtimaui, vt totam illam inſpectionem in conuenientiorem locum, legis ſcilicet, *teſtium, hoc noſtro titul.* differrem.

Lex, Eos. 4.

Svmmaria.

1 *Teſtium productio quorſum pertineat.*
2 *Suſpectum eſſe teſtimonium ipſius, qui alterius gratiam ſpectare videatur.*
3 *An amici a teſtimonio ferendo repellendi ſint.*
4 *Definitio amicitiæ.*
5 *Intellectus l. 3. ff. de teſtibus.*
6 *Arbitrio iudicis committi, an amicorum teſtimonia admittenda, an non ſint.*
7 *Amicitia ex minus honeſta conſuetudine contracta ſuſpecta eſſe ſolet.*
8 *Leuis amicitia non repellit quem a teſtimonio, cum lege diuina proximum diligere videamur.*
9 *Qui metu aliena potentiæ a vero deflectere ſolent, teſtes eſſe non poſſunt.*
10 *Qui teſtes in eo genere recenſendi ſint.*
11 *An ſubditi alicuius his adſcribi poſſint.*
12 *Argumenta &, auctores quibus hæc ſententia videatur defendi.*
13 *Rationes & auctores qui cōtrariam ſententiam capeſſunt.*
14 *An Princeps per ſuos ſubditos etiam illa probare poſſit, quæ in diuerſis regionibus aguntur.*
15 *Teſtes ſubditos, & ſordidioris fortunæ admittendos non eſſe, & quomodo illud accipiendum.*
16 *Diſcernendum eſſe inter dominum clementem & ſeueriores natura.*
17 *Subditis minorēm fidem in cauſſa teſtimonii accommodari.*
18 *Vaſallum a teſtimonio in cauſſa domini repellendum non eſſe.*
19 *Quid iuris, ſi teſtes in cauſſa vniuerſitatis deponant.*

CVm teſtium productio eo † pertineat, 1
vt rei controuerſæ ſtatus atque veritas illuſtrari poſſit, conſequens quoque fuit, vt legiſlatores Iudicibus rationem eorum, qui audiendi vel non eſſent, præſcriberent, ne ex promiſcua teſtium receptione veritatis lumen obſcuretur potius quam adiuuetur, & deſtinata ad vnum finē in diuerſam cauſſam retorqueantur contra *l. innuerint, infra. vnde vi, l. fi. infr. loc. l. pen. inf. de his qui latron. occultau. l. quod fauore ſupr. de legibus.* Statuūt, itaq; Imperatores, eos teſtes ad detegendā rei geſtæ fidē adhibendos, qui religionē rei iudiciariæ debitam, gratiæ atque potentiæ præponere poſſint, quod & ipſum inſinuatur, *l. ob carmē. §. fin. ff. de teſtibus*, dum ibidem conſtituitur, eos teſtes admittendos, qui gratię & inimicitiæ ſuſpicione careāt, idemque inculcatur quoque, *l. 3. ff. eod. titul.* Animaduertimus itaque ſuſpectum † eſſe teſti-
moniuṁ ipſius, qui gratiam alterius ſpecta- 2
re videatur: quo in genere multæ perſonæ recenſeri poſſunt, ſed nobis in præſentia ſatis fuerit † de amicorū perſonis diſpexiſſe,
an ſcilicet a teſtimonio ferendo repellendæ 3
ſint:

ſint:qua in re videmus quædā reſponſa, quæ parū inter ſe conueniant diuerſis in iuris locis occurrere. Etenim definitio præſentis legis, item *l.3.in prin.* amico in ferendo teſtimonio omnem viam interſepſiſſe videntur. Accedit conſideratio Ciceronis *lib. de offic.* quod amicus tanquam alter idem intelligatur. Pugnant e diuerſo, *l. ſciendum, 21. ff. de vſur.* vt eandem allegat Baldus *hic n. 1. Salycet. num. 1. Sichard. num. 3. Iul. Pacius num. 9.* illa tamen lex meo iudicio nō vſque vrget: quamuis enim prima facie præ ſe ferre videatur amicos teſtimonii cauſſa requiri: tamen ratio in textu expreſſa longe aliam cauſſam dedemonſtrat, ſcilicet, vt ipſi in pecuniæ inopia creditori ſubueniant, vel vt fidem ſuam pro eodem interponant: Verba legis ita ſe habent: *Sciendum eſt non omne, quod differendi cauſſa optima ratione fiat, moræ adnumerandum. Quid enim, ſi amicos adhibēdos debitor requirat, vel expediendi debiti, vel fideiuſſoribus rogandis, vel exceptio aliqua allegetur? mora facta non videtur.* Secundo idem Iulius Pacius putat ad rem deflecti poſſe, *l. Pamphilo, 39. ff. de legat. 3. §. 1.* ſed & huius §. diſpoſitio parum momēti in hac opinione habere videtur, quod non loquatur de amicis heredis inſtituti, ſed ipſius teſtatoris: quamuis reſpōderi poſſit, quod cum heres inſtitutus fuerit cōtubernalis teſtatoris, quod amici per cōſequens videātur communes fuiſſe. Tertio fulciri hæc opinio poteſt ex definitione ami-
4 citiæ, amicos enim † Iuriſconſultus Paulus *l. late 223. §. 1. ff. de verb. ſignif.* eos eſſe pronuntiat, qui non leui aliqua notitia coniuncti ſunt, ſed quibus fuerint iura cum patrefamilias honeſtis quæſita familiaritatis rationibus: A qua non abhorret definitio Ciceronis *in libr. de amicit.* quod amicitia ſit omnium diuinarum & humanarum rerum cum beneuolentia & caritate conſenſio. Porro perſuaſum legibus non eſt, laudatæ vitæ & propoſiti homines facile in fraudem impelli poſſe, *l. obſeruandum. ff. de iudiciis, l. 3. §. Iulian. ff. de lib. exhib. l. ſi pupillaris. ff. de adminiſtr. & peric. tut. cap. niſi eſſent ibi prouidi, extr. de præbend.* Accedit idque quarto,
5 quod † *l. 3. ff. de teſtibus.* pro contraria parte allegata hanc ſententiā confirmare videatur, ex qua edocemur, nihil officiente amicitia, admittēdum teſtimonium eſſe, ſi perſona a qua fertur, honeſta ſit.

Subductis itaque his rationibus non diſplicet mihi ſententia illorum, qui huius rei
6 arbitrium † iudici delegant, vt is ſcil. pōderatis omnibus circumſtantiis ſtatuat, an plane reiicienda ſit huiuſmodi teſtis perſona, an vero admittenda, item, quantum fidei ipſius dictis adſcribendum ſit: *ita Bart. hic n. 1. Salyc. n. 1. Caſtr. n. 1. Sich. nu. 3. Iul. Pacius nu 9. verſ. primum igitur poſſumus. Maſcard. d. concl. 86. n. 16. Felin. c. 1. extr. de teſtib. n. 3. Ant. Gabr. libr. 1. concluſ. 11. tit. de teſtibus num. 9. Proſper Farinac. in tract. de teſtib. lib. 2. tit. 6. quæſt. 55. inſpect. 5. nu. 247.* vbi hanc ſententiam com- 7
munem renuntiant. Etenim ſi † amicitiam ex minus honeſta cauſſa contractam ponamus, veluti ratione libidinis & affectionis, qua ſuā amaſiam quis proſequatur, hic non dubitaremus huiuſmodi teſtē repellendum eſſe, ꝙ amor ad quoduis facinus occæcatos animos impellere ſoleat, *l. 2. ff. de orig. iur. §. cum placuiſſet,* dum de inſano Appii Claudii conatu & triſti huius rei euētu multa cōmemorātur: Huc pertinet *l. 1. infra. de mulier. quæ propr. ſeru. nupſ. §. illud, Nouell. quibus mod. nat. effic. ſui,* ex quib. intelligimus, amore captum non videri ſanæ mentis, *Bald. c. 1. extra. de teſtibus, nu. 3. Felin. ibid. n. 3. Maſcard. concluſ. 88. nu. 17.* quo pertinent multa, quæ ſcripto comprehendit Tiraq. *in tract. de pœnis leg. cauſ. 4 nu. 3. Iac. Menoch. caſu 328. arb. quæſt.* In eadem cauſſa eſſe conſtituimus illos, qui ex mutua beneuolentia ad quoduis facinus pro defenſione amici parati eſſe cōſueuerint, cuius generis exempla refert Valer. Maximus *c. 7. de amicitia.* in perſona Bloſii & Gracchi & Letorii atq; Gaii Gracchi, L. Rhegini, & Cæpionis. Quod † ſi leuis atq; 8
communis ſit amicitia, hoc caſu is qui honeſtioris eſt vitæ, non ſolum repelli non poterit, ſed pene idem, quod alii integri teſtes in ferendo teſtimonio pōdus habebit, cum lege diuina proximos diligere iubeamur, *c. 2. §. idem proximos, extr. de pœnitent. Alexan. conſ. 78. nu. 3. Abbas in c. quotiens. extra. de teſtib. num. 5. Poſper Farinac. d. q. 55. nu. 249.* Vnde colligimus hanc exceptionem nulla ratione ꝓcedere, ſi pari neceſſitudine vtrinq; deuinctus ſit, *l. non ſolum. §. 1. ff. de rit. nupt. Alex. conſ. 4. n. 8. lib. 6.*

Hæc de amicitia: ꝙ aũt † in textu mentio 9
potentiæ habetur, id eo pertinet, ne Iudex facile illũ admittat, qui metu alienæ potētiæ deflectere a vero poſſit, veluti ſi timeat ne ob teſtimonii veritatē is ex vi imperii & poteſtatis q̄ habeat, durius in ſe conſulat: † quo 10
in genere ſunt liberi & ſerui quos quis in poteſtate habet, ſiue in eadē domo, ſiue ſeorſim habitēt, ꝙ ſcil. is teſtis, idoneus nō ſit, cui

Digitized by Google

impera[illegible]i poſſit,vt teſtis ſit,*l.6.ff.de teſtibus.*&
cui verbera atque cruciatus,ſui ſuperioris, ſi
teſtimonio eundem læſiſſet, perpetuo ob-
uerſentur.Inde nata & illa quæſtio eſt, an i-
dem etiam locum habeat inſubditis,qui ali-
11 cuius †iuriſdi[illegible]ione teneãtur?Et idem pro-
bandum eſſe videtur,quod ratio , quam ſu-
pra complexus ſum,& hic interueniat,cum
is eum in vincula coniicere,& quid ſeuerius
12 in illum ſtatuere † poſſit,*l.vnica.C.ſi quacun-
que prædit.poteſt. l. 2.ff. de in ius vocand l. 5.*§.
*ſi quis ipſi prætori.ff.de oper.noui nuntiat. l. ſi per
impreſſionem,C.de his.quæ vi metuſue cauſ.fiũt*,
eoque referri poteſt,*c.accidens.extra , vt lit.
non conteſt.* vbi declaratur eum , qui alicuius
iuriſdictioni pareat, vt ſuſpectum Iudicem
recuſari poſſe. Præterea quæ dicta ſunt con-
firmant ea,quæ ſupra de domeſticis, in *l. et-
iam,* magnatum & principum commemo-
rauimus:quibus reſpondet, *c. 1. qualiter va-
ſall. iurar. deb.* vbi ſubditus & domeſticus ad
eandem iuriſiurandi formam reuocantur.
Non aliena vltimo eſt obſeruatio , *l. ſi liber-
tus,89.ff.de furtis,* vbi libertus,cliens, & mer-
cenarius in eadem cauſſa conſtituuntur.Li-
bertum autẽ a teſtimonio ſubmoueri con-
ſtat ex his,quæ traduntur *in l. libertorum.* Et
hanc opinionẽ, ſi dominus mero & mixto
imperio ſubnixus ſit,videntur nonnulli cõ-
probaſſe , quorum mentionem facit Andr.
Iſern[illegible], *ca. 1 ſi de inueſtitura inter dominum &
vaſallum lis oriatur,Gl.[illegible]ſa in l.idonei.ff.de teſti-
bus,Donell.hic num.6.Specul lib. 1.part.3. tit.de
teſte,§.1.num. 18.* vbi tamen contrarium ob-
ſeruari admonet,*item numer. 20.verſ. alii di-
cunt. Felin in cap.in literis,extra de teſtibus,nu-
mer.3.Campegius de teſtibus,reg. 18.in princ. Al-
bert.de Malet.in tract.de teſtibus.par.2.nu.43.*
Ceterum hæ rationes prima f[illegible]õte alicui o-
13 culos & mentis † aciẽ præſtringere poſſent,
propius autem conſideratæ non idem con-
ſequuntur.Cognita enim illa iuris definitio
eſt,teſtes , qui alias minus idonei videban-
tur , ad teſtimonium admitti , ſi nullus alius
de re controuerſa quid veriſimiliter depo-
nere poſſit,*l. conſenſu,infr.de repudiis , cap.ve-
niens,38.in fin.extr.de teſtib.* Cum igitur Prin-
ceps per alios rei geſtæ fidem aut nullo mo-
do , aut ſane admodum difficulter probare
poſſit , quã eos qui ipſius ditione coercen-
tur,ſub quorum oculis res interuenire ſolet,
facile intelligimus hos a perhibendo teſti-
monio ſubmouendos nõ eſſe,cum ex cauſ-
ſa neceſſitatis ad multa conniuere debea-
mus,*l. præſidis,24.ff.de reb.credit.item l.2.ff.ad
leg.Rhod.de iact.*§.*cum in eadem naue,l. ſerui. 7.
ff de teſtibus.l.ob carmen,22,*§.*1.ff. de teſtibus,
cap.tam literis,33.extra.de teſtib.Cynus hic nu.1.
Alberic.nu.1.circa fin.Bart.nu.2.Baldus nu. 2.
Salycet.nu.2 Fulgoſ.nu. 3.poſt Petrum & Iacob.
de Rauen.Caſtrenſ.num.2.Sichard.nu. 4. Iulius
Pacius nu. 11. Specul tit.de teſte,*§.*1.Ioan. An-
dreæ in addit.ad Speculat.tit.de teſte.*§. 1. *nu. 18.
in verb.obſeruetur , Anton. Gabriel commun.
concluſ.lib.1.tit.de teſtibus,concluſ.10.numer.21.
Boſſius in ſuo tractatu criminal. titul. de oppoſit.
contra teſtes,nu.69.* vbi *nu. 99.* hanc commu-
nem opinionem eſſe teſtatur. *Afflict. deciſ.
304.num.14.Maſcard.concluſ.1398.* Et quam-
uis hi duo vltimi videantur loqui in perſona
vaſalli:pertinet tamen illorum definitio , ꝙ
idem pronuntiant, ſi dominus in vaſallum
merum & mixtum imperium habeat. *Pro-
ſper Farinac.in ſuo tract.de teſtib. libr.2.titul.6.
quæſt.55.inſpect.3.nu.205.item 204.* vbi hanc
ſententiam,magis communem dicit. Cir-
cumſcribunt tamen hi Doctores hanc ean-
dem † aſſertionem his factis, quæ intra ter- 14
minos iuriſdictionis ipſius Principis aut do-
mini intercedunt,non autem ſi alibi,*Afflict.
d.deciſ.304.nu.9.& Vrſil.ibidem.num.7. Ioan.
Andr.c.1.Si de inueſtitu.inter domin.& vaſal.
lis oriatur.numer. 11.verſ. alii moderni dicunt.
Maſcard.concluſ.1398.nu. 9.poſt Aret.Parid.
de Puteo,Alexan. Firm.Marſilium & alios in
hanc cauſſam adductos.* Ceſſat enim ratio ne-
ceſſitatis, quæ talem exceptionem expreſ-
ſerat, cũ in ipſius arbitrio ſit alios teſtes ad-
hibere,*c. ceſſante,extra de appell.l.in omni.ff.de
adopt.l. ſi fideiuſſor.*§.*1.ff.qui ſatiſdar. cog.* qua
de cauſſa non debet etiam alienum a ratio-
ne videri , quod iidem auctores hanc poſi-
tionem adhuc ad arctiores limites reuocẽt,
excluſis teſtib. fortunæ † ſordidioris,*Matt.* 15
*de Afflict.d.deciſ.304.nu.14.in fi.poſt Andr.
de Iſern.& ibidem Thomas Grammatic.in addi.
Vrſil.in addit.num.6. Maſcard.d.concluſ.1398.
num.20. Capitius deciſ.168. num. 7. Anton.Ga-
briel lib. 1 tit.de teſtibus concluſ. 10. nu. 25.Pro-
ſper Farinac.d. q.55.inſpect.3.n.209.* Sed hanc
traditionem meo iudicio nõ inſcite mode-
ratur Vrſill.in loco , quem ſupra deſignaui,
num.7. vt in his caſibus perſonas digniores
requiramus , quæ ſub oculis eorum geri ſo-
lent. Nam ſi quædam apud ruſticos vel te-
nuioris fortunæ homines agantur , quæ ad
domini ius pertineãt , hic nulla culpa ipſius
eſſe poſſet, quod magis idoneos non exhi-
beat,*argument. c.conſenſu* §.*final. infra. de re-
pud.& dict. capit. veniens, 28.extra.de teſtibus,*
& eorum

Digitized by Google

& eorum, quæ ſupra comprehendi, in l. 2. hoc noſtro tit.

Porro Doctores, qui in hanc legem ſua commentaria ediderunt, adhuc aliud temperamentnm huic inſpectioni adſcribunt,
16 vt diſcernamus dominum † clementem a tyranno vel homine truculentioris ingenii, qui minis, damnis, vinculiſque in ſuos ſubditos quid temere detrectantes, ſæuire ſoleat, *argum. l. metum, & l. ſi per impreſſionem, ſupra de his, quæ vi metuſue cauſ. fact. ſunt, l. in bonæ fidei. ff. de rei vind. item l. vnica, ſi quacunque prædit. poteſt item l. 1. ſupr. ſi rector prouinciæ, cap. fin. extra de appellat. cap. 1. extra. de his, quæ vi metuſue cauſ. fiunt. Bartol. hic nu. 2. Bald. num. 2. Salyc. nu. 2. Sichard nu. 4. Felin. in cap. literis, nu. 3. Abbas in cap. inſuper, extr. de teſtib. in fin. Maſcard. d. concluſ. 1398. Anton. Gabriel. d. tit. de teſtibus, concluſ. 10. nu. 22. Proſper Farinac. d. q. 55. inſpect. 3. num. 210.* vbi poſt Boſſium, Roman. & alios contendit, id arbitrio iudicum relinquendum eſſe.

Eſt deinde & alia declaratio, quod quã-
17 uis † huiuſmodi teſtes ex cauſſa neceſſitatis in rem domini admitti debeant, tamen minor fides illis accommodetur propter rationes, de quibus mentionem fecimus. Accedit affectio cuiuſq; ſubditi in dominum, adeo vt duæ rationes in noſtra lege conſideratæ in perſona ipſius interueniant, *Alberic. d. l. 6. ff. de teſtibus, Ioan. Andr in addit. ad Specul. tit. de teſte, §. 1. nu. 21. in verb. municeps. Bertrand. conſ. 125. vol. 2. Anton. Gabr. d. concl. 10. nu. 23.* vbi alios recenſet, Boſſius *in titul. de oppoſit. contra teſtes, nu. 100. Proſper Farinac. d. q. 55. inſpect. 3. num. 212. Matth. de Afflict. dict. deciſ. 304. num. 5.* quibus rationibus reſpondet conſideratio legis *ob carmen. §. final. ff. de teſtib. & l. 3. in prin. ff. eodem, cap. in noſtra. extr. de teſtib.* eodemque pertinẽt ea, quæ ſcripto comprehenderunt Iaſon *l. interpoſitæ, C. de tranſact. nu. 4. Boer. q. 100. nu. 19. Crauetta conſ. 132. num. 19. Iacobus Menoch. lib. 3. præſumt. 126. num. 12.* cum, qui cum Principe cõtrahit, videri metu contraxiſſe. Addit Menochius, ſi talis Princeps metum incutere ſolitus fuerit.

His ita ponderatis ſuſceptæ aſſertionis loco non pellent nos diuerſę partis ſubſidia, quæ ſupra in cauſſam deducta ſunt. Etenim diſtinctio a nobis approbata, quidquid inde periculi eſſe poterit, facile depulerit, intereſſe ſcil. inter cauſſam neceſſitatis & voluntatis, item moderationẽ boni Principis & vehementioris, Neq; mutat, q aliud in domeſticis Principum & Magnatum, *ſupr. l. 2.* probauerimus, quãuis honeſtioris vitæ ſint. Ibidem enim duplex vinculum illos ſuſpectos reddit: imperii & quotidianæ cõuerſationis. H c autem illam familiaritatem ceſſare conſtituimus.

Ex his, quæ de ſubdito dicta ſunt, facile fuerit coniicere, iuſtiori ex cauſſa vaſallum 18
domini † admittendum eſſe, qui tantum iuris domino non debeat, neq; ita obſtrictus ſit, vt is, quẽ ſubditum vocamus, vt apparet ex forma iuramenti, *c. 1. qualiter vaſallus iurare cogatur*, quod & ipſum confirmari poteſt, *c. 1. ſi de feud. int. dom. & vaſall. lis oriatur, §. teſtes, c. 1 quid ſit inueſtitura. §. ſi enim. & c. 1. quot teſtes ſint neceſſarii ad probandam nouam inueſtituram. Afflict. deciſ. Neap. 304. num. 3. idem nu. 14. Vrſill. ibid. n. 1. Ant. Gabr. tit. de teſtib. concl. 10. num. 26. Proſp Farin. dict. quæſt. 55. num. 182.*

Quid autem iuris ſit, ſi teſtes † in cauſſa 19
vniuerſitatis deponant, ſcripſimus *in §. vniuerſitatis, Inſtit. de rer. diuiſ. & adquir. ear dom.* de eadem illa quæſtione adiri poterit Menoch. *lib. 2. arbit. quæſt. caſ. 106. Tiraq. in tract. res inter alios actas. Albert. de Malet. in tract. de teſtib. c 4 n. 71. Crotus in eod. tract. num. 129. Proſper Farin. in ſuo tract. de teſtib. q. 60. illat. 17. num. 450 Franciſc. Viu. in theſaur. commun. concluſ. in verb, teſtib. vniuerſitatis. Laurentius Kirchoſius in eod. theſaur. in verb. teſtes in cauſſa vniuerſitatis.*

Lex, Parentes, 5.

SVMMARIA.

1 *Cauſſæ quod parentes & filii a teſtimonio arceantur, ſi contra illos depoſitio requiratur.*
2 *Parentes & filii ne volentes quidem inter ſe ad teſtimonium admittuntur.*
3 *Non referre an in poteſtate ſint, an vero emancipati.*
4 *An pater pro filio vel filius pro patre teſtimonium ferre poſſit, & concluditur negatiue.*
5 *Idem in patre naturali.*
6 *An idem quoque in patre adoptiuo probandum ſit.*
7 *Diſtinctio an a parente adoptiuo alatur, an minus, vt hic teſtimonium eius admittendum ſit, illic autem aliud obtineat.*
8 *Difficultates & argumenta ex quibus hæc diſtinctio vacillet.*
9 *Sententia Iacobi Menochii, id arbitrio iudicis relinquendum.*
10 *Quid probandum ſit in fideiuſſore baptiſmatis.*
11 *An præceptoris vel diſcipuli perſona admittenda ſint.*

Digitized by Google

12 *Deficientibus aliis probationibus huiuſmodi perſonas regulariter admitti, ſecundum communem doctorum opinionem.*
13 *Contrariæ ſententiæ auctores & argumenta, quibus communis ſententia plane conuelli videatur.*
14 *Intellectus c.2.& c.peruenit,de teſtibus cogendis.*
15 *Interpretatio l.quotiens inf.de naufrag.lib.11.*
16 *Seruos & hæreticos nullum priuilegium, quare audiendi non ſint,habere.*
17 *Quando tractatur de perſonis quibus æqua affectio debetur,perſonæ exceptæ plerumq; admitti ſolent.*
18 *Pater in teſtamento filii militis de peculio caſtrenſi teſtantis,teſtis eſſe poteſt, & ratio.*
19 *Si tractetur de ætate filiorum,parentis teſtimonium non reſpuitur,*
20 *Idem ſi tractetur de matrimonio ex cauſſa ſanguinis impediendo.*
21 *An teſtimonium patris aut filii admittendum ſit, quando illis nullum commodum acquiritur.*
22 *Quomodo pater aut filius nullum compendium ſentire videantur.*
23 *Domeſticum teſtimonium non ex conſanguinitate,ſed ex vnitate ſubiectionis definiendum.*
24 *In cauſſa religionis domeſticum teſtimonium non repellitur.*
25 *An filii vel parentes in cauſſa teſtimonii ex eo approbati videantur,quod contractus ex communi conſenſu adhibiti ſint.*
26 *Periculoſa quorundam cautela.*
27 *Quid ſi, cum teſtes producerentur, pars aduerſa tacuerit.*
28 *An in cauſſa ſtatus admittendi ſint.*
29 *Si quæſtio ſit inter duos filios, paternũ teſtimonium non repudiatur.*
30 *An idem quoque in cauſſa criminali admittendum ſit.*
31 *An frater pro fratre teſtimonium ferre poſſit, diuerſæ ſententiæ.*
32 *Argumenta illorum qui id negent.*
33 *Auctores & fundamenta contrariæ ſententiæ.*
34 *In cauſſis criminalibus tale teſtimonium non admitti, & rationes.*
35 *An volentes,in cauſſa criminali admittendi ſint.*
36 *In quæſtione ciuili & ardua fratres ne volentes quidem admittuntur.*
37 *Durum videri ſi frater fratrem teſtimonio ſuo affligere poſſit, & tamen pro eo non audiatur.*
38 *Fratrem ſororem ſuam in cauſſa capitali accuſantem.exſilii pœna afficiendum.*
39 *Argumentum a contrario ſenſu non eſſe admittendum quando aliqua abſurditas inde naſci poſſet.*
40 *Si fratres cohabitent teſtimonium illorum repudiatur.*
41 *Frater ad defenſionem fratris innocentiæ admittitur.*
42 *Arbitrium huius rei an cauſſa ardua vel non ſit, iudici relinquendum.*

CVm parentes & filii inter ſe † pietate
1 certare debeãt, *l maximum vitium, infra.de liber.præter.l. ſi pupillorum.§.ſi pater.* adeo vt in filio corpus parentis periclitari videatur,§.*fin.Inſtit.de noxal.action.* & pater & filius quodammodo vna perſona cenſeantur, *l.ſi.infra.de impub.& al.ſubſt.l.cum ſcimus, infr.de agric. & cenſit.lib.11.* atq; vox filii propterea vox patris eſſe dicatur,& e diuerſo,§.*ei,& §.poſt mortẽ.Inſtit.de inutil ſtip.* in quam ſententiam multa erudite ſcribit Tiraq.*in l. ſi vnquam,in præfat.nu.3. & ſeq.C.de reuocand. don.l.fin.infra.de curator.furioſ.l.1. & toto tit. ff.de obſeq.parent.præſt.l.vnica. §.taceat,infra. de rei vxoriæ action. l. cum oportet, & l. non ſolum,infra.de bon. quæ liber.* recte atque iudicio feciſſe noſtri legislatores iudicãdi ſunt, qui omnẽ occaſionẽ, quæ cauſſam pietatis contaminare poſſet,aut exacerbationis anſam ſuppeditare,præcidendam curauerint, §.*igitur, Inſti.per quas perſon nob.acquir.* Cum itaque animaduerterent,teſtimonii neceſſitatem eo plerumque rem deducere, hac lege illos nedum tali neceſſitate ſoluendos duxerunt: verum etiam vt vinculum illud pietatis tanto melius conſtabilire poſſint,
ne † volentibus quidem hanc facultatem 2
patere voluerunt, vt videre licet in hac noſtra lege,vbi etiam illud obſeruarunt Gloſſa *in verbo parentes*, dum illud admittit in omnib. parentibus & liberis in infinitum, ſiue
in poteſtate † ſint,ſiue non ſint, *l. liberorum.*
ff.de verb.ſignif.l.7.§. generaliter.ff. de legat. 3
præſtand. idem quoque tradit Odofred. *in princ.Cynus num.1.Bart.num.1.* vbi ſoluit difficultatem,quæ naſci poterat ex *l.de eo, & l. impuberem.ff.ad l.Cornel.de falſ* quod ſcilicet tanquam perſona publica ibidem legatum filio emancipato adſcribens non incidat in legem Corneliam, & quod ſcriptura per ſe non probet ſine teſtibus, *Nouell. de inſtrument.cautel.& fid.§.oportet.* Ego tamen ſtatuo huiuſmodi conciliationem longe petitam,neq; ſcrupulum, qui inde exſiſtere poterat,eximere, cum æque deflecti poſſit ad cauſſam filii,qui in poteſtate ſit, quã emancipati. Quare confugiendum cenſeo ad rationem,*in d.l.de eo.* diſerte comprehenſam, quod in filio emancipato nullum emolumentum patri quæratur, quæ conſideratio in præſenti quæſtione locum nõ habet, ſed in alia,quæ huic cõtermina eſt, an filius pro patre teſtimonium dicere poſſit, de qua re poſtea: idem quoque defendunt Alberic. *hic n.1.verſ.Cynus hic recitat,Bald.n.1. Angel. num.1. Salyc. num. 1. Caſtrenſ.numer.1. Donell. numer.2.Sichard.numer.1.Iul. Pacius numer. 8. Gloſſa in cap.ſuper eo,extra.de teſtibus. Hoſtienſ. ibidem in princip.Innocent, in princip. Speculat. in tit.*

Digitized by Google

in titul. de teſte, §. primo, numero ſecundo, Grammat. deciſ. 48. numer. 13. Roland. conſil. 9. numero 32. volum. 3. Viuius in theſaur. commun. opinion. in verb. teſtis eſſe non poteſt pater pro filio, Anton. Gabriel tit. de teſtibus, numer. 6. Aretin. l. qui teſtamento, §. quacunque, numer. 6. ff. de teſtam. vbi teſtatur de communi opinione. *Proſper Farinac. in tract. de oppoſit. contra teſtes, quæſt. 54. regul. 3. numer. 148. & ſequen. Nellus in tract. de teſt. num. 7. Maſcard. de probat. lib. 3. concluſ. 1148. num. 3.*

4 Principale noſtræ legis † pronuntiatum noſtri Interpretes ſuis virtutibus ornando etiam deflectunt ad teſtimonium, quod filius pro patre, vel contra pater pro filio præſtare poſſet, cum ex *l. 9. ff. de teſtibus*, intelligamus patrem filio, vel filiũ patri idoneum teſtem non eſſe, *Nepos de Monte Albano, in tractat. de teſtibus, numer. 12. Nellus de teſtibus, numer. 7 Gloſſa hic in verb. aduerſus, Bartol. numer. 2. Iulius Pacius num. 4.* Suadent enim illud rationes ſupra a nobis commemoratæ, & ea quæ tradidimus de domeſticis, *l. 2. de amico ſingulari, l. 4. hoc noſtro tit.* Secun-
5 do etiam producunt ad perſonam † patris naturalis, *argument. l. Lucius. 88. §. dama, ff. de legat. 2. item l. 6. ff. de in ius vocand. Alberic. hic in princip. poſt Bernard. & Innocent. Sichard. numer. 1. Iulius Pacius numer. 7. Ioann. Andr. in addit. ad Speculatorem titul. de teſte §. 1. verſ. nec ſufficit. Felyn. in capit. cum oporteat. extra. de accuſat. numer. 3. Anton. Gabriel tit. de teſtibus, concluſ. 17. num. 8.* Quod cum ita ſeſe habeat, neceſſario conſequitur idem eſſe in patre, & in filio emancipato, *vt oſtendit hic Gloſſa, in verb. parẽtes*, admittens id in omnib. liberis, & in perſona patris & matris, *Bartol. in l. qui teſtamento, §. quicunque, numer. 2 ff. de teſtamen. Speculat. in titul. de teſte, §. primo, numer. 2. Lanfran. in repetit. cap. quoniam, extra, de probat. in verb. teſtium depoſitione, num. 52. Ioſephus Maſcardus dict. concluſ 1148. numer. 5. Grammatic. deciſ. 408. Anton. Gabriel concluſ. 17. num. 6. Proſper Farinac. d. quæſt. 54. nu. 154.* Nec obſtat, quod idẽ mox, *num. 155* Albericum, Baldum, Aretinum, *dict. leg. qui teſtamento, § quacunque. ff. de teſtament.* item Ioannem Butr. Monticell. contrariæ ſententiæ eſſe conſtituat, quia illud eo caſu intelligitur, quo nullum patri emolumentum quæreretur, de qua re nos infra copioſius, *Maſcard. dict. concluſ. 1148. numer. 8.* qui plures vtrobique recenſent. Tertio, eandem regu-
6 lam proferunt etiam ad patrem † adoptiuum, *arg. l. adoptiuum, 8. ff. de in ius vocan. item l. nec in ea re. ff. ad l. Iul. de adult. Salic. hic num. 1. Iulius Pacius n. 10. Maſcar. d. concluſ. 1148. n. 18. Proſper. Farin. d. q. 54. n. 160.* vbi plures refert, & propagando huius axiomatis fines idem admittit in perſona educatoris, *arg. l. qui parentis. ff. ſolut. matrim.* quod etiam facit Maſcard. *lib. 1. concluſ. 77. nu. 12. Salyc. hic nu. 1. Sichard. nu. 2. Iul. Pacius, num. 13. Bald. nu. 9.* Sed ſane hæc extenſio ex eo vitioſa cenſeri debet, quod Imperatores noſtri videãtur cauſſam pietatis & ius ſanguinis conſideraſſe, vt antea aperui, quodque educator, item qui ab eo nutritus eſt, non videantur quid facile in læſionem mutuam depoſituri, quodque ceſſent cauſſæ exaſperationis, de quibus antea mentionem feci. Plane alia cauſſa id impetrare poſſet, ſcil. conſuetudo quotidiana & profuſior affectio, qua ſe inuicẽ complecti ſolent, de qua re Alciatus *l. fi. nu. 5. C. de in ius voc. & lib. 4. parerg. c. 3. Tiraq. in l. ſi vnquã, in verb ſuſceperit liberos. nu. 49. & 53.* Vnde recepta videtur illa diſtinctio, † vt ſiquidem 7
officiũ alendi adhuc exerceatur, teſtes idonei non ſint, aut ad hoc vocari nõ debeant, ne & hic cauſſa pietatis lædatur, *Salyc. hic nu. 1. Bald. n. 9. Maſcard. d. concl. 1116. nu. 1. Farin. d. q. 54. nu. 263.* Quod ſi vero id facere ſuperſedeat, eo caſu illos admitti ad teſtimoniũ, idem Farinacius contendit. Sed aduerſatur Salycetus ſecum pugnans, *d. l. teſtis idoneus, nu. 2. ff. de teſtib.* item Iulius Pacius. *hic nu. 19.* qui finita educatione idem iuris eſſe putãt, idque † ex argumentis ſequentibus. Primo, 8
quod non ceſſet affectio ex huiuſmodi educatione contracta. Secũdo, quod finita adoptione, non propterea ceſſet prohibitio nuptiarum, *§. affinitatis. Inſti. de nupt.* Tertio, quod ſeruus in caput domini torqueri nequeat, etiamſi dominus eius eſſe deſierit, *l. vnius, 18. § ſeruus. ff. de quæſt.* Quarto, quod hæc cauſſa ſufficiat, & pro iuſta reputetur, vt minor 25. annis quem manumittere poſſit, *Inſtit. quib. manumit. non lic. § iſte autẽ.* Quinto, quod Ariſtot. *9. Ethic. c. 3.* velit etiam haberi rationem amicitiæ diſſolutæ. Qua de cauſſa † mihi præferenda videtur ſententia 9
Iac. Menoch. *arbitrar. quæſt. lib 2. caſ. 101.* vbi poſt alios id arbitrio Iudicis relinquendum putat, vt is pro modo affectionis ſtatuat, an repudiari huiuſmodi teſtimonium debeat, an vero admitti. Eadem dici † poſſunt de fi- 10
deiuſſore baptiſmatis, quẽ *patrem Spiritualem*, vocant, cuius teſtimoniũ ex eo quidam attentare conantur, quod huiuſmodi pater ſpiritualis arctius vinculũ contrahere videa-

PP

Digitized by Google

tur, *cap. ſi dormierit, 17. quaſt. 2. cap. ita diligentem, 30. quaſt. 3.* item quod nõ minus affectionis huiuſmodi prolib. ex ſacro fonte ſuſceptis, impendere ſolemus, *l. ſi quis alumnam, 26. §. fi. infr. de nupt.* Etenim cum hoc vinculum ratione mãtrimonii, vt hoc prohibitũ cenſeatur dũtaxat interueniat, animaduertimus regulariter huiuſmodi perſonis teſtimonium denegandum non eſſe, *vt oſtendit hic Salyc. nu. 1. Bald. n. 9. Alex. l. generaliter. ff. de in ius vocand. Tiraq. l. ſi vnquam. in verb. ſuſceperit liberos, n. 38. C. de reuoc. don. & plures, quos refert Menoch. d. caſu 100. nu. 1.* quamuis ipſe, *ibid. n. 4. poſt Decium in c. cum ſpeciali. n. 6. de appell.* id arbitrio Iudicis committendum

11 exiſtimet. Eademq; intelligimus † quoque de perſona præceptoris & diſcipuli, vt ſcilic. Iudex habeat rationem affectionis. Quamuis enim Sichar *hic n. 3.* exiſtimet, huiuſmodi præceptorem admittendũ nõ eſſe quoad in eodem officio perſeuerat. Iul. Pacius aũt *hic n. 14* id etiã ex poſt facto procedere contendat, quod præceptores parentum loco habeantur, *iuxta notata Accurſii in l. liberto. ff. de obſeq. & l. 1. C. de excuſ. artific.* eodemque pertineat auctoritas Ariſt. *lib. 8. Ethic. c. fin.* Diis, parentibus & præceptoribus nũquam æquum reddi. Idcirco exiſtimo & hic ad Iudicem tanquam ad bonum virũ confugiendum, vt is auxilii ſui partes expediat, ponderatis meritis ipſius Præceptoris, ornamẽtis, quæ ab ipſo profecta, & affectione, quæ vtrinque conſiſtat, vt pro illius magnitudine vel nullam cognitionem ſuſcipiat, vel minorem fidem adhibeat.

Hactenus quã late reſponſum legis noſtræ pateret: reliquum eſt, vt eos caſus conſectemur, qui imperium noſtri axiomatis vel aperta definitione legiſlatorum, vel interpretum iudicio recuſent: quorũ ille præcipuus eſſe videtur, quod deficientibus aliis

12 probationibus † parentes & liberi ad detegendam rei geſtæ veritatem teſtimonium detrectare nequeant. Etenim infiniti pene ſunt auctores, qui teſtes illos, qui ex priuilegio teſtimonium ferre non tenentur, eo tñ caſu compelli poſſe ſtatuant, *Hoſtienſ. in c. 1. extr. de teſtib. cogend. nu. 2. & n. 4. Abbas n. 4. Ioan. Andr. n. 3. Felin. n. 8. Bald. in l. Iul. & Alberic. ibid. n. 4. Maſcard. lib. 1. q. 5. n. 66. Andr. Gail. obſeru. 100. lib. 1. n. 15. & infiniti alii quos refert Poſper Farinac. in tract. de teſtib. lib. 3. tit. 8. q. 78. n. 108.* & in ſpecie de parentib. & liberis, idem Proſper Farin. *lib. 2. tit. 6. q. 54. poſt Albert. de Malet. de teſtib. c. 6. nu. 31. item Anton. Gomeſ. variar reſolut. tom. 3. c. 12. tit. de probat. delict. num. 24.* idque argum. *cap. 2. & cap. peruenit, extr. de teſtibus cog.* quo referri poſſunt, *l. ſerui. 7. l. ob carmen, 21. §. illud. ff. de teſtibus, item l. quotiens, C. de naufrag. lib. 11.* vbi expreſſim id in parentibus videtur decerni, *l. vt gradatim, §. quotiens. ff. de muner. & honorib. l. quoniam ſupra. de hæreticis, item l. fin. ad l. Cornel. de ſicar. l. conſenſu. infr. de repud. §. ſeruis. l. lex qua tutores, 22. §. ante omnia, infra. de adminiſtr. tutor.* Quo pertinet decretum Senatus Burdegalenſis relatum a Paponio *lib. 24. tit. de quaſt. c. 7.* indicio duorum filiorum infantium parentem torqueri poſſe. Diſſentiunt tamen † Gloſſa *in l. inuiti 8. in verb. non licet. ff. de teſtibus.* & ibidem Salycetus *nu. 2.* Fridericus Schenck. *in tract. de teſtib. n. 24.* ſtatuẽtes nos exceptis pſonis etiã hoc caſu negotium faceſſi non debere, quæ opinio mihi & humanior, & legibus cõuenientior ſemper viſa fuit, ſaltẽ in propoſita facti ſpecie. Moueor primo argumẽto noſtræ legis, quæ huiuſmodi perſonas, ne volentes quidem admittit. 13

Vrgent rationes ſupra a nobis commemoratæ, quæ cũ ex fonte ipſius naturæ hauſtæ ſint, infringi non poſſunt, *§. naturalia, Inſtit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Certiſſimũ denique argumentum præbet, *l. nimis graue*, quæ proxime ſequitur, qua comprehenditur, nimis graue eſſe, quod quis petat vrgeri partem diuerſam ad exhibitionem eorum, per quos ſibi negotium fiat. Si igitur inhumanum ſit id deſiderare, quanto acerbius exiſtimari debet, ſi ab aliquo poſtuleletur, vt liberos ſuos ſiſtat, aut contra, ſi parens cogatur filium ſuum proprio teſtimonio affligere, vel pro affectionis ſuæ feruore, de qua *in leg. ſed iſta §. final. ff. quod metus cauſ. fact. eſt.* ſalutis propriæ diſcrimen ex cauſſa periurii adire, contra *legem, nam alias. ff. de iureiurando*, & quod ibidem noſtri Doctores memoriæ prodiderunt. Si enim, vt ſignificatur *cap. accuſatores, 3. quaſtio. quinta*, propinquitatis & familiaritatis affectio veritatem impedire ſolent, quod amor carnalis & timor plerunque ſenſus humanos hebetent, & eorum iudicia peruertant: quanto iuſtiori ex cauſſa illud admittendum erit, in illis, qui primo & præcipuo vtriuſque neceſſitudinis vinculo coniuncti ſunt.

Quarto, adducor generali definitione *l. ſi. ſupr. de eden.* Vnde edocemur, neminem ne inſtrumẽta quidẽ propria, nedũ liberos contra

contra ſe exhibere cogendum. Et ſane abſurdum eſſet definitionem, *d.l.fin.* item, *l. nimis graue*, quam ſupra oppoſuimus, ex eo infringere velle, quod actor prætexat aliter veritatem inueſtigari non poſſe. Hanc enim allegationem ipſi nequaquam ſuffragari demonſtrat *l. actor, ſupra.de probat.* Quinto, conſidero ſeueram illã deciſionem Imperator. Arcadii & Honorii, *in l. ſi quis*, item Honorii & Theodoſii, *in l.fin.infra.de his qui accuſ. poſſ.* quibus vltimum ſupplicium nedum ſeruis, ſed etiam familiaribus & libertis proponunt, qui auſi fuerint eius exiſtimationem, caput, atque fortunas ex delatione petere, cuius familiaritati & dominio inhæſiſſent. Vnde alieniſſimum a mente legis cenſeri debet, quod illud, quod vna via non licet, alia ratione introducere velimus, *l. ſcire oportet, 21. §. 1. ff. de tut. dat. ab his, & l. poſt legatum, 5. §. his vero, ff. de his, quæ vt indign. auſer.* vt ſcilic. parentes teſtimonio ſobolis ſuæ concidere cogantur. Sexto, cõmendat hãc noſtram ſententiam, *l.2.§. item diui.ff.de iur. fiſc.* Vnde intelligimus, ne fiſcum quidẽ hoc priuilegium habere, vt quem ad edenda inſtrumenta propria vrgere poſſit, ſi de cauſſa capitali tractetur, cum tamen Doctores ſupra commemorati indiſtincte, ſiue ciuilis, ſiue capitalis cauſſa tractetur, a parentibus & liberis teſtimonium extorqueant. Neq; audiendos illos exiſtimo, qui putent, id locum non habere, ſi aliæ probationes deficiant. Id enim falſum eſſe inde colligere licet, quod etiam in cauſſis ciuilibus fiſcus editionem deſiderare nequeat, ſi aliunde ſe inſtruere poſſit, *vt teſtantur Abbas in c. 1. extra.de prob. Decius nu.14. verſ. tertio declaratur.* Septimo, his finitima eſt diſpoſitio, *l. humanitatis, infr.de excuſ. tut.* vbi tutor excuſatur, ſi contra ſororem aut ſimili neceſſitudine deuinctos iudicio contendere nolit. Quod cum admittatur in perſonis tranſuerſi gradus, quanto magis illud amplectendum erit inter parẽtes & liberos. His octauo reſpondet, quod *l. ſi magnum.infr.de accuſ.* caueatur, fratrem contra fratrem magnum & capitale crimen inſtituentem, non ſolum audiendum non eſſe, ſed etiã exſilii pœna plectendum. Porro antea admonui, quod vna via non permittitur, alia concedendum nõ eſſe, quod parum interſit, vtrum quis ex accuſatione alicuius vel teſtimonio opprimatur, *l.1.§.1.ff. ad leg. Cornel. de ſicar.* Nono, huc referri poteſt, ꝙ vaſallus ob teſtimonium contra dominum feudo priuetur, vt conſtat ex *§. ſimiliter, de conſuet. rect. feud. & ibidem Gloſſa in verb. priuabitur. Aluarot num. 2. Schenck. in princip. Balzaran. num. 5. Zaſius part. 10. nu. 40. Sonsbet par. 12. nu. 68.* vbi communem renuntiat. Cum itaque factum vaſalli contra dominum teſtantis, vt inciuile puniatur, quanto inhumanius cẽſeri debet, ſi filius contra patrem, vel pater cõtra filium teſtimonium ferat? Decimo, confirmatur hæc ſentẽtia ex indubitatis iuris noſtri pronuntiatis, *vt l.1.ff.de quæſt. §. diuus Ant. §. diui fratres. §. ſi ſeruus. §. nec fratrẽ, §. item Seuerus, 7. & l. vnius, 18. ff. eod. tit.* non poſſe ſeruum in caput domini torqueri aut interrogari, nõ ꝙ veritas hoc modo inueſtigari nõ poſſit, ſed quod, *vt ait Cicero in Oratione pro Milone*, illud exemplo triſte, & acerbum exiſtimari debeat. Quod cũ ita ſeſe habeat, nõ video, quare diuerſum ius in perſonis liberorum conſtituere velimus, qui parentibus vitam, nomẽ, familiam, educationem, facultates, & pene omnia debeant, de qua re copioſe ſcripſi, *in meis cõmentariis, de præſcript. part. 3. c. 3.* Hæc itaque de rationibus dicta ſunto: Quod ad auctores attinet: deprehendo quidem, vnum Farinacium id aperte affirmantem: idemque pronuntiare videri poſſit Gomezius: ceteri tamẽ de parentum & liberorum perſonis nullam mẽtionem faciunt. Nam & Albertus de Malet. pro diuerſa parte allegatus, *c. 6. num. 27.* generaliter definit, perſonas priuilegio inſtructas in cauſſa criminali cogi non poſſe.

His fundamentis iactis, non puto nobis quidquam periculi eſſe ab auctoritatibus, quibus diuerſa ſententia niti videatur, *capit. enim 2. & cap. † prouenit, extra. de teſtib. cogen.* 14
nullam de parentibus, aut liberis, aut ſimilibus perſonis, quibus teſtimonium denuntiari nõ poteſt, mentionem faciunt: L. *quotiens*, † non interrogatur filius de facto pa- 15
rentis, ſed de euentu ipſius, an ſcilicet naufragio, & cum mercibus perierit. Accedit, quod filius potius de facto proprio videatur interrogari, an ſcil. ex naufragio merces aliquas nactus ſit, ad *l. vt † gradatim, §. quotiens.* 16
item l. 7. ff. de teſtibus, l. 1. C. de quæſt. reſpondet gloſſa, *dict. l. inuiti*, quod d. leges nihil habeant commune cum præſenti quæſtione, cum ſeruus nullum priuilegium noſtro iure habeat, cum non de facto domini, ſed alieno quæritur. In eadem conditione etiam hæreticus eſt, de qua *in l. quoniam, ſupr. de hæreticis*, vt ex ſuo delicto ſibi prærogatiuam adſcribere non poſſit. Lex *fin. infra. ad leg.*

Digitized by Google

Cornel. de ſicar. & l. conſenſu. §. ſeruis, infra. de repud. paulo propius vrgere videtur: ſed diſſolutio huius nodi aperiet quoque veram cauſſam decreti Burdegalenſis, de quo ſupra mentionẽ fecimus. Regula eſt iudicẽ, ſeruum de facto domini ſui percontari, aut
17 quæſtionem † de illo habere non debere. Hęc regula exceptionem patitur, ſi de delicto in coniugẽ cui ſeruus eandem fidẽ debeat, agatur, *l. 1. §. ſi vir. ff. de SC. Syllan.* Quo pertinet definitio petita ex *l. nõ ſolum. §. 1. ff. de rit. nupt* perſonas prohibitas, teſtari vt domeſticas, non eſſe repellendas, ſi parẽ vtrinque affectionem debeant. Vnde cum ageretur de interitu coniugis, matris infantum, quam vir in puteum, dum aquam hauriret præcipitaſſe arguebatur, non debet inconueniens cẽſeri, ſi cum huiuſmodi facto nulli alii interfuiſſent, magiſtratus infantes curauerit interrogari, qui tñ, cum ex huiuſmodi denuntiatione & quibuſdam aliis indiciis tortus eſſet, nihil ab eo exprimi potuit, itaque dimiſſus eſt, iure ne an iniuria, id Deus, qui nihil ignorat, diiudicare põt. Præſumtio autem eſt ſiue illum ſontem, ſiue innocentem fuiſſe imaginemur, non ex paterna affectione in ſuas proles poſtea conſuluiſſe, quæ incommoda, vt antea dixi, quantũ fieri poteſt vitanda ſunt.

18 Secunda eaque ſecurior † declaratio eſt, quod pater in teſtamento filii militis teſtis eſſe poſſit de caſtrenſi peculio teſtãtis, *Gloſſa hic in verb. nec volentes, Alberic. n. 4. Salyc. nu. 2. Fulgoſ. nu. 3. Bartol. in prin. & nu. 1. Sichar. nu. 4. Pacius nu. 5. Speculat. in tit. de teſte. §. 1. nu. 7. Maſcard. concluſ. 1148. Farinac. in tract. de teſtib. q 54. nu 195.* Ratio huius diſtinctionis eſt, quod ſecũdum Gloſſam, quam ſequitur Bart. *nu. 1.* quod pater nõ filio teſtimonium perhibere videatur, ſed heredibus ab eo inſtitutis, ſecundum quam expoſitionem hæc declaratio exceptionis nomen proprie vindicare non poterit. Alia autem ſolutio eſt Fulgoſii *nu. 3.* Salyc. *nu 2.* Sichard. *nu. 4.* Pacii *nu. 5.* Alberic. *num. 4.* Socini *in ſuis fallent. in verb. teſtes regul. 37. verſ. quinto fallit, Maſcar. concluſ. 1148. nu. 21. Proſper Farinac. d quæſt. 54. nu. 196.* quod ſcil. teſtamentum filiifamilias ab omni obſeruatione & ſolemnitate iuris ciuilis exemtum ſit. Sed hanc rationem puto conuenire, quod hic non tam ius ciuile, quam naturale cõſideretur, quamuis enim poſt miſſionem pater vt domeſticus, teſtis non poſſit ad ſolemnia teſtamenti adhiberi *§. in teſtibus, Inſtit. de teſtam.* tamen inde non colligitur, id generaliter ꝓcedere, maxime ponderata ratione noſtræ legis, quæ nihil commune cum ſolẽnibus habet, probandum eſſe.

Tertia declaratio eſt, ſi tractetur de † ætate filiorum, *l. etiam, 16. ff. de teſtib. Bart. hic in prin. item Gloſſ. in verb. parentes, in prima reſpõſione. Sichard. nu. 4. Pacius nu. 5. Alberic. d. l. etiam n. 1. Crauetta de antiq. temp. par. 1. ſectio. vidimus, nu. 34. Ant. Gabr. concl. 17. nu. 1. Farin. d. q. 54. num. 177. Barth. Socin. in ſuis fallent. in verb. teſtes, reg. 37. verſ. octauo fallit*, ſed hoc caſu illorum teſtimonium, *vt oſtẽdit hoc loco Bartolus*, plenam fidem nõ impetrat, de qua re late Oddo Peruſinus *de reſtit. in integr. par. 1. q. 37. art. 5. nu. 57. Maſcard. concluſ. 668.* 19

Quarta moderatio ſumitur ex cap *præterea, 25. q. 3. & cap. præſens, c. videtur † nobis, qui matrim. accuſ. poſſ.* Si enim quæſtio ſit de matrimonio an illud ex cauſſa ſanguinis cõtrahi poſſit, an non, hic illorum teſtimonium non reſpuitur: quod ſi autem dubitetur, an matrimonium ſit cõtractum, an minus: hic comparatione perſonarũ facta, ita demum tale teſtimonium admittimus, ſi pares ſint nobilitate diuitiis aliiſque ex cauſſis, alias enim diuerſum dicendum eſſet, *argumen. cap. ſuper eo, 22. item Bartholom. Socin. in ſuis fallent. in verb teſtes, reg. 37. verſ. ſexto fallit, poſt Ioan. Andream, Hoſtienſ. Butri. Ioann. ab Imol. Abbas dict. cap. videtur, qui matrimon. contrahere non poſſ. Bartol. hic in princip. Sichard. num. 4. Alberic. num. 4. Pacius num. 5. Alexand. conſil. 151. num. 11. Gabriel. d. concluſ. 17. num. 16. Maſcard. concluſ. 109. in princip. item concluſ. 1148. num. 23. Zaſ. conſ. 9. nu. 3. vol. 1. item conſ. 3. num. 43. Farinac. d. q. 54.* 20

Quinto quidam hoc noſtrum † pronuntiatum eo caſu temperandum eſſe ſtatuunt, quo parenti & filio nullum commodum acquireretur, vt in perſona filii videtur ſentire gloſſa, *l. qui teſtamento, 20. §. quicunque. ff. de teſtam. & ibidem Bartol. numer. 1. Baldus numer. 1. verſ. in eadem Gloſſ. ibi, nec patri nec filio quæratur. Alberic. num 4. Angel. num. 2. Caſtrenſ. nu. 2. Aretin nu 4. Gabriel. in tract. commun. concluſ. tit. de teſtibus. concluſ. 17. nu. 11. & numer. 17. Campegius de teſtibus reg. 3. in 1. fallent. Bartholom. Socin. in ſuis fallent. in verb. teſtes regul. 37. verſ. tertio fallit. Farinac. d. quæſtion 54. num. 183 argum. capit. ſuper eo, extra. de teſtibus.* vbi illud expreſſim decidi videatur, deinde quod ceſſet cauſſa prohibitionis. *l. 1. ff. de his qui ſib. adſcrib. cap. prohibitio. cap. conſanguinei 3. quæſt quinta.* Huc pertinet quod 21

pater

pater hoc caſu filio legatum adſcribere non prohibeatur, *l. ſi pater filio. & l. impuberem.* §. *1. ff. ad l. Cornel. de falſ.* Sed quæſtionis eſt,
22 quomodo pater & filius nullum † commodum ſentire videantur? Qua in re placet obſeruatio Aretini, *dict.* §. *quacunque, num. 4.* quod quotieſcunque pater aut filius nomine proprio experiantur, commodum hoc modo exſpectent, cum actio ſine eo, quod intereſt, deferri non ſoleat, *l. qui autem, 12.* §. *1.* Vnde hæc declaratio videtur pertinere ad patrem vel filiũ procuratorio nomine experiuntem, *vt conſtituunt Alberic. d. l. qui teſtamento n. 4. & n. 5. verſ. aliqui autem dicunt. Caſtr. nu. 2. Bald. n. 2. verſ. ſed hoc non approbo, poſt Raynut. de For. Ang. nu. 1. verſ. & intelligunt iſtum textum. Barth. Socin. in ſuis fall. in verb. teſtes, regul 37. verſ. tertio fallit. Crotus de teſtibus, part. 4. num. 116.* Et quamuis contrarium reſpondeat Aretin. *d. l. qui teſtamento.* §. *quacunque, num. 5. verſ. conſequenter quærit Bartolus, Ant. Gabriel. in tract. commun. concluſ. tit. de teſtib. concluſ. 17. num 3. Maſcard. in probat. concl. 1148. n. 11. Lanfranc. de teſtib. n. 6.* tamen, ex quo plurimi eorum nituntur auctoritate Bartoli, indiſtincte intelligẽdi non ſunt, cum Bart. *d.* §. *quacunque, l. 20 ff. de teſtamen. nu. 3. verſ. quidam dicunt, quem ſequuntur Aretin. in* §. *pater, Inſtit. de teſtam. Farin. d. q. 54. n. 151.* exiſtimet intereſſe, an de facto filii quæratur, an vero minus, vt hic teſtis eſſe poſſit, *arg. l. ad teſtium. ff. de teſtibus, & l. pater, ff. de teſtam.* Illic autem non poſſit, *arg. l. licet,* §. *1. ff. de obſeq. Paren. præſt. item l. eum qui res agit, ſupr. de procur.* Mouent præterea fundamenta, quæ ſupra a nobis cõſtituta ſunt, adeo vt alienum videri debeat, quod Franciſ. Aret. ſubtilis alioquin interpres, cõtrarium argum. noſtræ leg. defendere ſuſtineat, cum noſtra lex aperte intelligatur de teſtimonio, quod contra parentes vel liberos feratur, & *l pater. ff. de teſtibus,* de negotiis accipi debeat, quæ cum harum perſonarũ damno aut compendio coniuncta ſunt: nec mutet, §. *in teſtib. Inſt. de teſtamen* (quamuis ille hæc contraria non moueat) Etenim textus ipſe hunc nodum diſſoluit, quod domeſticum teſtimonium in ea re ſit reprobatum. Ergo non in aliis: quod tamen ad ſanum intellectum reuocari debet. Domeſticum teſtimonium generaliter quidem prohibitum eſt, *in l. etiam, ſupr. hoc tit.* Sed eo caſu non videtur repudiari, quo nullum commodum domeſticis adquireretur, vt in cauſſa teſtamenti. Commodum enim hereditatis non teſtatori, cuius domeſtici fuerunt, ſed heredi adquiritur: tamen hoc caſu ſingulari iure receptum eſt, ne pater, qui filiũ in poteſtate haberet, ſi is de caſtrenſi peculio teſtaretur, aut filius in eiuſdem patris poteſtate eſſet, in teſtem adhiberetur, *vt obſeruauit eodem loco Viglius n. 6. & ſeq.* reddita ratione Theophili, quam etiam ſequuntur Connanus *commentar. lib. 9. c. 3 nu. 4. Briſſonius & Schard. in ſuis lexicis in verb. domeſtici,* domeſticum teſtimonium † non ex conſanguinitate, ſed 23
ex vnitate ſubiectionis, hoc loco definiendum, quos propterea, meo iudicio, inconueniens videbatur, ad ſolemnia teſtamẽti, a quibus multæ aliæ perſonæ arcerentur, quæ alias teſtimonii dicendi ius haberent, adhiberi. Nam & hoc obſeruandũ eſt, alios domeſticos teſtatoris vt teſtes, interuenire potuiſſe, *vt oſtendit Viglius in eod. §. nu. 8.* vbi ait, maritum in vxoris teſtamẽto, & fratrem in fratris, teſtẽ eſſe poſſe: Ratio illa eſt, quam ſupra conſiderauimus. Accedit quod nedum idem Viglius *in §. pater. Inſtit. de teſtib.* ſed etiam ipſe Aretin *dict. l. qui teſtamento,* §. *quicunque. ff. de teſtam. nu. 4. verſ. forte poteſt dici. Alberic. ibidem n 5. poſt Gloſſam,* filii emãcipati teſtimonium in cauſſa teſtamenti nõ reiiciant: illamque ſentẽtiam communem eſſe, idem Aretinus pronũtiat, cuius tamen opinionem veram eſſe conſtituo, ſi de facto a nobis propoſito tractetur. His reſpondet, quod idem Franciſc. Aret. *d.* §. *quacunque, n. 4. verſ. & vt intelligas practicam, Bart. hic. n. 5. Alberic. n. 3. Iul. Pacius n. 15. Spec. tit. de teſta.* §. *1. nu. 89. & ibid. Io. Andr. in addit. Maſcard. concluſ 1357. n. 19. Nouell. de teſtib. nu. 33.* ſcriptum reliquerunt filios teſtes eſſe poſſe in cauſſa cuiuſdam tertii, cui parens actionem ſuam vel ius ceſſit, *arg. l. fin.* §. *Titius. ff. de condict. indeb. item l. ſtipendia, ſupr. de proc. l. ſed & loci.* §. *ſi communem. ff. fi. regund l atqui natura,* §. *3 ff. de negot. geſt. l. prætor. ff. de iuriſdict. omn. iud.* Subnectit idem Albericus hãc quæſtionem Pataui motam fuiſſe, & eo communibus ſuffragiis decurſum, vt ſi ceſſio in fraudem facta non eſſet neque parens de euictione teneretur, vt hoc caſu filii teſtimonium dicere poſſint, cuius rei caſus proponi poteſt, *in l. 1. infra. de iur. dot.* Exiſtimo tamen hoc caſu, vt in aliis, arbitrium Iudicis plurimum poſſe, vt is inquiſita perſonæ affectione, & ponderatis rerum circumſtantiis conſtituat, quantum fidei huic teſti accommodari debeat, *l. ob carmen.* §. *fi. & l 3. ff. de teſtib. l. eos, hoc eo. tit. & c. in noſtra. extr. eod.*

Digitized by Google

24 Sexta declaratio eſt ex cauſſa religionis, ſi dubitetur, an animo profitēdi filius ſit ingreſſus religionem, *c. præſens, 20. quæſt 3. Vinius in theſaur. commun. opin. in verb. teſtificari, vel teſtis eſſe non poteſt. Menochius arbitrar. quæſtion. libro ſecundo, caſu 102. numer. 11. Maſcardus dict. concluſ. 1148. Antonius Gabriel. dict. concluſ. 17. numer. 12. Farinacius dict. quæſtion. 54. num 185.* in hac re tamen plurimum poſſe arbitriū Iudicis, cum Menochio non dubitamus.

Septimo multi noſtrum pronuntiatum etiam eo caſu declarant, quo filii vel parentes † in contractibus inſtrumentalibus, vt 25 teſtes adhibiti eſſent, quod communi conſenſu eos approbaſſe videantur, Gloſſa *in §. & licet, in verb. debere, Nouell. de teſtibus,* quam vt ſingularem commendat hic Baldus *numero quarto*, quamuis in fratribus ſolis loquatur, Bartholomæus Socinus, *in ſuis fallent. in verb. teſtes. regul. 37. verſ. quarto fallit, poſt Ludouicum Romanum, Albertum Moletum, Floridnum & Angelum in hoc laudatos, Aretinus dict. §. quæcunque verſ. & ſic manifeſte tenet: Ioſeph. Maſcard. concluſ. 1148. n. 25. Antonius Gabriel dict. concluſ. 17. numer. 14. Farinacius d. quæſt 54. num. 187. Capoll. cautel. 219.* qui etiam plures recenſent.

26 Sed hæc cautela † mihi ſemper captioſa viſa fuit, & meo iudicio a mente legis aliena cenſeri poteſt, per rationes, quas ſupra *l. etiam*, perſecutus ſum, quod verecundia prohibeat tales teſtes ſubmouere. Itaque hæc declaratio certa interpretatione illuſtranda eſt, vt ſcilicet locum habeat, ſi contrahentes cognoſcant conditionem perſonarum, cum ignorantis conſenſus non ſit, *l. nec ignorans. infra. de donat.* vt etiam admittunt Aretinus, Maſcardus, Farinacius, *locis ſupra allegatis*, & deinde, vt hi teſtes ſint ab vtraque parte rogati, vt videntur requirere eadem Gloſſa, *Baldus hic numero quarto*, dum eius rei fundamentum in eo conſtituit, quod rogati ſint. *Franciſcus, Aretinus, dict. leg. qui teſtamento. §. quicunque, numero quinto, Bartholomæus Socinus, dict. verſ. quarto fallit*, & præterea alii auctores a nobis allegati. Vnde colligitur, illud non procedere, ſi cum duo teſtes extranei adhibiti eſſent, tabellio etiam domeſticos & conſanguineos adſcripſerit. Certum itaque eſt, fortuitos teſtes hic nulla ratione ſufficere. Perpendendum tamen eſt, etiamſi conſtaret, teſtes rogatos eſſe, hanc ipſam diſceptationem ſcrupulo nō carere, *per ea quæ ſcripta reliquerunt*, Innocentius atque Antonius de Butrio, *cap. ex literis, extra. de tranſact.* exiſtimantes, huiuſmodi teſtes ad ſolemnitatem actus quidem adhiberi poſſe, ſed ſi de veritate rei geſtæ dubitetur, illorum depoſitiones non ſufficere, quod ſane indubitatum eſſe conſtituo, in illis caſibus, in quibus requiritur, vt certæ conditionis homines tanquam teſtes interueniāt: & præterea vt admoneantur cuius rei cauſſa aduocati ſint, *vt in l. teſtium & authent. ſequen. hoc noſtro tit. & ſimilibus caſibus.*

Octauo hanc poſitionem † quidam minime procedere exiſtimant, ſi cum teſtes 27 producerentur pars aduerſa proteſtata non ſit, ſed tacite eoſdem admiſerit, *Crauetta conſil. 150. numer. 2. Farinac. dict. quæſtio. 54. num. 189.* de qua re volente Deo diſſerimus, *l. ſi quis teſtibus, infra hoc tit.*

Nona exceptio eſt cauſſa † ſtatus, *Bartol.* 28 *l. 4. §. duæ cauſſæ. ff. ad Senatuſconſultum Carbon. Antonius Gabriel in tractat. commun. concluſ. titul. de teſtibus concluſ. 17. numero decimo tertio, Maſcardus dict. concluſ. 1148.* de qua re, quid nobis videatur, diximus ſupra, *in leg. non epiſtolis, & leg. non nudis, de probationibus.*

Decima exceptio ſit patris † teſtimo- 29 nium non repudiari, ſi quæſtio ſit inter duos filios. Cum enim hic ceſſet ratio affectionis, conſequens quoque eſt, vt & prohibitio ceſſet, *argumen. l non ſolum, §. primo, ff. de ritu nupt.* Vnde edocemur, quod in perſonis, quibus par affectio debetur, huiuſmodi regulæ locum non habeant, conuenitque definitio, *l. hoc quod placet, infra. de quæſtion.* qua cauetur, quod licet ſeruus in caput domini torqueri non debeat, diuerſum tamen eſſe, ſi tractaretur de domino communi. Nec aliena eſt diſpoſitio, *l. prima, §. ſi vir, ff. de Senatuſconſulto Syllanian. l. penultim. infra. ad legem Cornel. de ſicar. l. conſenſu, §. ſeruis, infra. de repud.* Ex quibus cognoſcimus domeſticum teſtimonium non reprobari, ſi quæratur de his perſonis, quibus par reuerentia debeatur. Et quamuis Donellus *hic numero duodecimo*, talem declarationem repudiet, imagine adumbratæ ſubtilitatis, ſibi ipſe imponens, talem parentem ex duplici cauſſa ſubmouendum eſſe, quod aduerſus filium teſtis eſſe nequeat, *vt hac noſtra lege*: itē quod pro filio idoneus teſtis eſſe nequeat, tamen nihil mutandum eſſe ſtatuo, quod eius auctoritatem filii ſemper ab oculos habere debeant,

Digitized by Google

beant, cum patris perſona illis ſemper ſacroſancta eſſe debeat, *l. liberto, 9. ff. de obſeq.*
30 *parent. & patr. præſt.* Porro, ſi tractaretur † de cauſſa criminali ibidem ſententiam Donelli habita ratione humanitatis non facile reſpuerem, ſi forte parens de cæde fratris in fratrem commiſſa interrogaretur, quod temere teſtimonio onerandus non videatur, cum maiore affectione complectatur liberos ſuos, *l. ſed iſte, §. fin. ff. quod metus cauſſa geſtum ſit*, quam ipſi parentem, *l. nam etſi, ff. de inoffic. teſtam.*

31 Hæc de parentibus & liberis: An † autem frater pro fratre teſtimonium ferre poſſit, apud noſtros Interpretes, non admodum conuenit. Etenim gloſſa *in l. lege Iulia, ff. de teſtib. Duaren. anniuer. diſp. lib. 1. cap. 28.* Item in enarratione tituli *de teſtib. idem Albert. de Malet. in pract. de teſtib. part. 1. c. 1. num. 43. Campeg. in tract. de teſtib regul. 5. in princip* quibus multos alios adiiciunt Maſcard. *concluſ. 1357. Gabri. tit. de teſtib. concluſ. 14. num. 1. Proſper Farinacius in tractat. de teſtib. quæſt. 54. regul. 2. numer. 84.* qui tamen, quantum ego percipere potui, minime in cauſſa ciuili, ſed criminali loquuntur, conſtituunt eos generaliter re-
32 pellendos eſſe. Mouetur † autem Duarenus ratione ſubſequenti, quod iure noſtro domeſticum teſtimonium ſit prohibitum, *l. etiam, hoc titul l teſtis, ff. de teſtibus.* Et domeſticus teſtis non ſolum is dicatur, qui in eadem domo habitet, ſed & qui eiuſdem familiæ, gentis & agnationis eſt, *l. reſpiciendum, §. furta, l. item eorum, cum l. ſequent. ff. quod cuiuſque vniuerſitatis nomin. fact. erit, l. 1. C. de emendat. propinq.* Huiuſmodi autem teſtem a Cicerone in oratione pro Roſcio Amerino, mutuum accuſatorem vocari. Cete-
33 rum contrariam regulam † conſtituunt Gloſſa hic *in verbo, nec volentes, Bartolus numero 4. Cynus numero 2. Baldus numer. 1. Albertic. numer 2. Salycet. numer. 2. Fulgoſ. numero 1. Angelus in princip. Caſtrenſ. numero 2. Sichardus numer. 6. Panormitan. in cap. literas, extr. de præſumt. num. 8. Felinus num. 4. Nellus de S. Gemin. in tractat. de teſtibus, numer. 8. Menoch arbitrar. quæſtion. libro 2. caſ. 104. in princip. Maſcard. lib. 2. concluſion. 811. numer. 1. Farinacius in tractat. de teſtibus, quæſtione 54. numer. 85. Vinius in theſauro commun. opinion. in verbo, teſtis idoneus eſt frater. Speculat. libr. 1. part. 3. titul. de teſte, §. 1. numero 8.* Porro conſtituti axiomatis vires tot exceptionibus exhauriũt, vt regula in contrarium proponi potuiſſe videatur.

Primo enim ab huius definitionis † po- 34
teſtate vindicant cauſſas criminales, in quibus profitentur, fratrem pro fratre teſtimonium ferre non poſſe, quod affectionis feruor illud non concedat, in cuius rei confirmationem ſeſe ab initio offert, *cap. accuſatores. 3. quæſt. 5.* Conſanguineos accuſatores teſtimonium dicere non debere, quod propinquitatis & familiaritatis affectio veritatem impedire ſoleat: eiuſdem quoque argumenti eſt *cap. conſanguinei, eodem*, quo cauetur, conſanguineos accuſatoris non eſſe ad teſtimonium admittendos. Secundo, confirmatur hoc argumentum, quod etiam amici ex cauſſa affectionis repellantur, *l. 3 ff. de teſtibus, & l. eos, hoc eodem titulo*, cum tamen amicitiæ vinculum facile mutari ſoleat, *l. in confirmando, circa finem, ff. de confirmat. tut.* Fratenitatis autem cauſſam eſſe naturalem, cuius recordatio & dulcis ſit, & ſeparationem animorum atque corporum abhorreat, *leg. poſſeſſionum, ſupra, commun. vtriuſque iudic. l. ſi dominus, §. qui confitetur, ff. de legat. 1.* quæ ita facile labefactari non poſſit, *l. ius agnationis, ff. de pact. & l iura ſanguinis, ff. de regulis iuris.* Quo argumenti genere vtitur Angelus *in addition. ad Bartolum, tractat. de teſtibus.* Tertio idem Angelus pro aſſerenda hac opinione, vlterius inſtat, nullum in cauſſa propria idoneum teſtem eſſe, *l. nullus, ff. de teſtibus, & l. omnibus, hoc titulo, leg. Senatuſconſulto, infra, qui accuſare non poſſunt*, illata iniuria vni ex familia, vniuerſum genus læſum cenſeri *l. 1. 2. & 3. ff. de liberal. cauſſ. l. 7. ff. de iniur. l. ſcimus, §. final. Cod. de agricol. & cenſit. l. 1. §. final. ff. ad legem Corneliam de ſicariis*, hinc contingere, quod quis eo caſu etiam Iudex eſſe nequeat, *l. lex Cornelia, 7. ff. de iniur.* Quarto, quod is, qui hoc modo offenditur, inimicus cenſeatur, *leg. 3. ff. de alimentis legatis.* Inimicos autem teſtes eſſe non poſſe, *authentic. de teſtibus, §. ſi vero odioſus*, quod facile mentiri ſoleant, *l. prima, §. quæſtioni, ff. de quæſtionibus.* Quinto, quod in cauſſis criminalibus probationes indubitatæ requirantur, *l. final. ſupra, de probationibus.* Proſequitur idem Angelus præterea alia quædam argumenta, ſed quæ ſub his tacite contineantur. Defendunt autem hanc declarationem Gloſſa, Bartolus, Albericus, Cynus, Baldus, Salycetus, Caſtr. Panormitanus, Felinus, & alii ſupra a nobis allegati. Accedunt Aretinus *in l. qui teſta-*

Digitized by Google

mento, §. *quicunque*, *num*.5. *Fredericus Schenck in tract. de teſtib. num*.30. *Albertus de Malet. in eodem tract. part*.1. *cap*.1. *num*.28. *Alciat. regul*.1. *præſumt*.23. *num*.2. *Boſſius in tit. de oppoſit. contra teſtes, numer*.109. Et quidem iidem Interpretes vno ore in hoc conſentire videntur, quod inuitus ad dicendum contra fratrem teſtimonium, compelli nequeat, *& leg. Iulia, ff. de teſtib.* vbi perſonæ remotiores etiã idem ius habent: & ibid. Albericus *nu*.6. Salyc. *in princ.* idem Salyc. *hic nu*.6. Iulius Clarus *ſent. lib*.5. §. *fin. q*.24. *& alii ſupr. a nobis relati.*

35 Sed deliberationis eſt, an † volentes, ad teſtimonii cauſſam admittantur? Admitti, videtur innuere Bartolus *in d. l. lege Iulia, ff. de teſtib. in princ. Felin. in cap. cum oporteat, num*.3. *Anton. Gabriel concluſ*.14. *num* 12. *Boſſius in titul. d. oppoſit. contra teſtes, num*.112. *Abbas in c. literas, extr. de præſumt. num*.8. *verſic. aut quæritur, num quid volens. Proſper Farinac. d. quæſt*.54. *num*.105. vbi plures more ſuo allegat. Ratio iſta pronuntiandi primo depromitur ex *d. l. Iulia, ff. de teſtibus*. vbi inuitis teſtibus denuntiari non poteſt: Ergo ſi voluntatem accommodent, id non prohibebitur. Secundo vrget definitio noſtræ legis, quæ in parentibus ſingulare ius videtur conſtituere, vt ne volentes quidem contra filios deponere poſſint. Tertio regula generalis *l. pen. ſupr. de pact.* quemlibet fauori ſuo renuntiare poſſe, ſed fauore teſtium, qui neceſſitudine coniuncti erant, id introductum videri, ne inuiti teſtimonium ferant.

36 Sed ſane hæc traditio mihi a mente † legum plane aliena, & proprio aduerſariorum telo confodi poſſe videtur. Nam cum hoc cõcedant, quod definitio *l. lege Iulia, ff. de teſtib.* etiam locum habeat in cauſſis ciuilibus, & multi teſtes ibidem enumerati, teſtimonium ferre non cogantur, & reliqua videatur eſſe illa quæſtio, *an valentes id facere poſſint?* conſtituunt licere. Iidem in quæſtione ciuili & ardua talem fratrem repellendum ſtatuunt, *vt Baldus hic num*.2. *Salycetus ibidem num*.2. *accedit Felin. in c. literas, num*.10. *Albert. de Malet. Bart. num*.38. *Caſtrenſ. hic verſic. nam ſtatur. Sichard. num*.6. *Marian. Socin. conſil*.17. *verſ. ſecundo etiam principaliter, col*.2. vbi relatis multorum auctoritatibus, cõmemorat hanc ſententiam communem eſſe. *Anton. Gabriel tit. de teſtib. concluſ*.14. *in fine, n*.32. *Zaſius conſil*.3. *nu*.34. *volum*.2. *Menoch. arbitr. quæſt. lib*.2. *caſu* 104. *num*.4. vbi pariter hanc ſententiam cõmunem declarat, *Maſcard. concluſ*.811. *num*.5. *Roman. conſil*.186. *nu*.5. *Cæſar de Graſ. deciſ*.71. *num*.6. *Proſper Farinac. d. quæſt*.54. *num*.114. vbi alios refert. Certum autem eſt, omnes quæſtiones criminales arduas eſſe, vt docent Interpretes *in l. in bonæ fidei, ſupr de rebus cred.* Et quamuis reſponderi poſſit, Doctores intelligẽdos de teſtimonio, quod pro fratre ferri poſſit: tamen admonebo, durum videri, quod pro † fratre 37 nõ audiatur, & tamen eundem ſuo teſtimonio affligere poſſit, contra regulam *l. fin. inf. de vſur. & fruct. l. cum Papinianus, infr. de ſent. & interl. omn. iud.*

Deinde certa iuris noſtri conſtitutio eſt, fratrem ſororem ſuam accuſantem † exſilii 38 pœna afficiendum eſſe, quod tam inhumanum fratris factum deteſtabile cenſeatur; quod iuris eſt, in accuſatione, idem quoque procedit in iis, qui teſtimonio intentionem accuſatoris adiuuerunt, *l. poſt legatum*, 5. §. 10. *ff. de his quib. vt indig.*

Tertio, quod id fauore non ſolum teſtium, ſed etiam partium receptum eſſe videatur, vt inter fratres & ſimili neceſſitudine deuinctos rationes pietatis, & humanitatis conſtare poſſint, *l. humanitatis, infr. de excuſ. tut.* vt defendit etiam Angel. Peruſin. *in ſuis addit. ad Bartol. tit. an frater pro fratre teſtis eſſe poſſit?* Cuius opinionis etiam illi cenſendi ſunt, qui fratris teſtimonium, ne quidem in cauſſa ciuili admittunt. Nec eſt, quod nos magnopere ſollicitent, quæ pro contraria parte in medium adducta ſunt. Argumentum enim a contrario ſenſu non † proce- 39 dit, quando aliqua abſurditas conſecutura eſſet, *vt l*.2. *infr. de cond. inſert.* Et ſane, ſi rem bene perpendere velimus, inueniemus nõ multum differentiæ eſſe inter cauſſas criminales & ciuiles, cum in cauſſis ciuilibus arduis, itemque criminalibus capitalibus, non autem leuibus delictis huiuſmodi teſtimonium interdictum videatur, *argum. l. ſi ſororem*, 18, *infr. de his qui accuſ. poſſ.* Si enim accuſatio leuiorum commiſſorum admittatur, cur teſtimonium volentis reſpuamus? In parentibus autem & liberis ſtrictior ratio, vt & noſtra lege continetur, intercedit.

Hæ tamen declarationes † rurſum reſtri- 40 ctionem recipiunt, & ex infra ſcriptis cauſſis ſoluuntur. Primo, ſi fratres cohabitent. Nam ex quibus cauſſis domeſtici reiiciuntur, ex iiſdem iuſtiori ex cauſſa fratres, cum duplex cauſſa illud ſuadeat. *Baldus hic num*.5. *Salyc. num*.2. *verſ. aut eſt productus per fratrem, Menoch. d. caſu*.104. *nu*.2. *Farinac. d. q*.54. Secundo, ſi huiuſmodi fratres bona haberent commu-

Digitized by Google

communia. *Alberic. hic numer. 2. Maſcard. d. concluſ. 811. nu. 3. Specul. d. §. 1. de teſte, nu. 8. & 11. Farinac. loco ſup. allegat. n. 141.* Sed ſane in quibus cauſſis fratres teſtimoniũ ferre poſſint, non animaduerto, quod hæc conſideratio illis iter pręcidere poſſit, niſi ageretur de huiuſmodi bonis, vt obſeruauit etiam Felin. *d. c. literas, n. 6.* Tertio, ſi filii eſſent adhuc in patria poteſtate, *Bart. hic nu. 4. Alber. n. 4. Aret. in l. qui teſtamento, §. quicunque, n. 6. Maſcard. d. concl. 811. nu. 2. Gabr. d. concl. 14. n. 24. qui plures commemorant.* Sed hæc declaratio nullo certo fundamento nititur. Nam quod ad *§. pater, Inſt. de teſtam. & l. qui teſtamẽto, §. plerumq;, ff. eod. tit.* attinet, illa peculiarem cauſſam habent, *vt ſupra rem digeſſi:* probari tamen hæc ipſa ſubdiſtinctio poteſt eo caſu, quo parenti emolumentum rei quæreretur.

Pronuntiatum itaque ſit principale: fratrem, nedũ in criminalibus, ſed ne quidem in ciuilibus, ſi modo arduæ ſint cauſſæ, teſtimonium ferre nõ poſſe. Hoc axioma nonnullas admittit exceptiones, & primo ex c.
41 † *literas, extr. de præſumt.* quod frater ad defenſionem & excuſationẽ fratris ſui in cauſſis criminalibus admittatur, *vt hic tradiderũt Bald. n. 10. Salyc. n. 2. verſ. ſecundo caſu. Sichard. n. 6. cira fin. Aret. in l. qui teſtamẽto, §. quæcunq;, n. 6. Alciat. reg. 1. præſumt. 23. Menoch. d. caſ. 104. n. 6. Maſcard. d. concl. 857. n. 27. Ant. Gabr. tit. de teſtib. concl. 14. n. 14. & concl. 22. lib. 7. n. 1. Proſp. Farin. d. q. 54. nu. 117.* qui plures more ſuo auctores exhibent. Secundo, vt apud eundem Farinac. & alios licet videre, recipit pene omnes illas declarationes, quas ſupra in perſona parẽtis & liberorum complexi ſumus.

Admonendi tamen hoc loco ſumus, ꝙ quamuis in his rebus, quæ minus arduę ſunt, admitti poſſit teſtimoniũ fratris pro fratre,
42 huius rei † arbitrium, an grauis ſit cauſſa, an minus, Iudici relinqui, *vt oſtendit Menoch. d. caſ. 104. n. 5.* atque generaliter obſeruandum eſt, quod frater etiam hoc caſu deniq; aliis, quibus in teſtẽ admittitur (in quibus tamen quædam natura ſui excipienda ſunt) modo maiorem, modo minorem fidẽ pro ratione affectionis habeat. Quo eñ ea vehemẽtior eſt, eo minus fidei ipſius tribuendũ cõſtat ex *l. eos, hoc tit. & aliis ibid. relatis. Menoch libr. 2. præſ. 53. n. 6. Fel. in c. literas, n. 5. extr. de præſumt. Farinac. d. quæſt. 54. num. 87.*

Lex, Nimis graue, 6.

SVMMARIA.

1 *An quis domeſticos cogere poſſit ad teſtimonium contra dominum ferendum?*

2 *Quemadmodum quis non cogitur, inſtrumenta propria contra ſe edere, ita etiam illos domeſticos, qui vi imperii ſui continentur.*

3 *Quibus domeſticis teſtimonium denuntiari poſſit, & quibus non?*

QVod hac lege traditur, graue eſſe, quem vrgeri ad exhibitionem illorũ, per quos ſibi negotium fiat: ſubuertere videtur, † quæ 1
ſcripta reliquit Speculator *tit. de teſte, §. 1. nu. 16.* quem refert atq; ſequitur Farinac. *in ſuo tract. de teſtib. quæſt. 55. nu. 97.* vbi etiam Albericum, Caſtrenſem, & Salycetũ in eandem ſententiam non vſque adeo conſiderate citat, exiſtimantes, quod quis domeſticos cogere poſſit, vt teſtimonium contra dominum ferant, quod cauſſa *l. etiam, ſupr. hoc tit.* ſcilicet ipſa affectio ceſſare videatur: quodq;, *vt Donellus hic nu. 2.* dominus quidem compelli non poſſit, vt huiuſmodi teſtes ſuis ſumtibus ſiſtat: ſi tamen illi a Magiſtratibus vocati detrectẽt imperium, pœnali iudicio eos vrgeri poſſe, *l. ſi quando, infr. hoc eodem tit. l. vnica, ff. ſi quis ius dicent. non obtemp.* quod & ipſum videtur innuere Bartolus, dum hic *nu. 1.* exemplum proponit in conſanguineis, quos quis contra ſe exhibere non cogatur, ſed aduerſarius vocare in iudicium ſuis ſumtibus non prohibeatur. Vnde, vt, quid mei iudicii ſit, expromam: exiſtimo hic de illis teſtibus quæri, in quibus quis poteſtatem, ſiue vt pater, ſiue vt dominus habeat, vt quemadmodum † quis non cogitur ſuum 2
aduerſarium inſtrumentis iuuare, *l. final. ſupra, de edendo,* ita multo minus eos, in quibus imperium exercet, quod, vt ait textus, intentionis ſuæ proprias adferre debeat probationes. Qua de cauſſa † ponderanda eſt 3
diſtinctio Alberici *in l. etiam, ſupr. de domeſtic. num 5. Caſtrenſ. ibidem num. 4. & ante illos Cyni atque Iacobi de Arena num. 5. Ioann. Andr. in addition. ad Speculat. d. §. 1. titul. de teſte, numer. 16. in verb. teſtificari,* intereſſe, an quis ſolum ea ratione impediatur, quod domeſticus ſit, an vero quod domeſticus ſit, & reuerentiam debeat, veluti filius patri, ſeruus domino, vxor marito, hoc vltimo caſu non poſſe illis teſtimonium denuntiari, primo vero caſu poſſe. De lege, Seruus, ſatis dictum eſt *in l. etiam, hoc titul.*

Lex, Iuriſiurandi, 8.

SVMMARIA.

1 *Omnibus teſtibus religio iuriſiurandi incutienda eſt.*

2 *Quæ iuramenti conceptio de iure ciuili locum habeat?*

Digitized by Google

3 *Quæ de iure Canonico requirantur.*

4 *Forma iurandi quæ ſeruetur pro tribunali Spirenſi.*

5 *Iurandum eſſe per numen diuinum tactis ſacroſanctis euangeliis.*

6 *Solemnitas tangēdi ſacroſancta Dei euangelia, cōſuetudine remitti poteſt.*

7 *An iuriſiurandi religio contrahatur, etiamſi ſpecialis mentio Dei non fiat, ſed alia religionis verba interponantur.*

8 *Iurandum eſt ſuper tota cauſſa, de qua controuerſia agitetur.*

9 *Vtilitas huius clauſulæ.*

10 *Indefinita oratio ab homine prolata quando obtineat vim vniuerſalis enunciationis.*

11 *Superfluam adiectionem videri, ne quid falſi admiſceat, & rationes.*

12 *In hoc iuramento non eſſe neceſſarium, vt quis addat illam clauſulam, ſe dicturum veritatem, ſiue interrogatus ſit, ſiue non ſit.*

13 *Teſtis reſpondēdo vltra ea, de quibus interrogetur, ſe ſuſpectum reddit.*

14 *Teſtis pro vtraq; parte teſtimonium ferre debet.*

15 *Teſtem non eſſe interrogandum de eo, quod credat.*

16 *In iuramenti formula recte comprehendi, quod veritatem non ſit celaturus, propter dona, munera, compendia, gratiam, odium, amicitiam, metum.*

17 *Quando teſtibus iniungatur, quod teſtimonium ante publicationem cauſſæ non enuntient.*

18 *Pars aduerſa iuramenti neceſſitatem remittere poteſt.*

19 *An iudex tunc ex officio id adhuc exigere poſſit.*

20 *Periti in arte non iurant, niſi de illo, quod credant.*

21 *Epiſcopus iurat propoſitis, non tactis ſacroſanctis euangeliis.*

22 *An iuramentum in fine examinis præſtari poſſit.*

23 *Auctores & argumenta quod poſſit.*

24 *Diſtinctio quorundam, an in continenti, an vero ex poſt facto exigatur.*

25 *Improbata diſtinctio ex variis cauſſis.*

26 *An omnia ſolemniter acta, præſumantur, ſi tabellio ſcribat, teſtes iuratos depoſuiſſe, diuerſæ ſententiæ.*

27 *Sententia & conſilium auctoris.*

28 *Honeſtioribus teſtibus potius credendum.*

29 *Quod ſi teſtes ſint pares numero, & factum vtrinq; probationem admittat, quis obtinere debebit.*

30 *Iudicem in propoſita æqualitate aliquo momento, in hanc vel illam partem impelli poſſe: & primo ex cauſſa veriſimilitudinis, deinde ex dignitate teſtium, tertio ex natura rei controuerſæ, vltimo ex cauſſa poſſeſſionis.*

31 *Ex quibus cauſſis veriſimilitudinem definiamus.*

32 *Tres honeſtatis gradus conſtituendi, ſi inculpatæ ſint vitæ, diuitiæ accedant, ſi in dignitate aliqua poſiti ſint.*

33 *Diuitiæ ſine virtutis ornamentis ſæpe hominem obruunt.*

34 *Qui per honorum gradus ad dignitatem aſcenderit, virtutibus præditus intelligitur.*

35 *An, ſi accuſator ſuam accuſationem impleuerit, & reus defenſionem per totidem teſtes, licet inferiores dignitate, abſoluendus ſit reus.*

36 *Argumenta & doctores qui id ſuſtineant.*

37 *Difficultas circa propoſitam aſſertionem.*

38 *Exempla propoſitæ controuerſiæ.*

39 *Quotieſcunq; concurrunt duæ directæ probationes, tunc minor probatio cedet pleniori.*

40 *Cauſſam rei, qui ſe aliquid feciſſe negat, præſumtione iuris inſtructam videri.*

41 *Si reus per duos, aut tres teſtes conuictus ſit, condemnatur ex conſtitutione criminali Imperatoris Caroli.*

42 *Quid iuris in cauſſa condemnationis, ſi accuſator duos teſtes, reus in cauſſa innocētiæ vel defenſionis, vnum duntaxat haberet.*

43 *Si actor duos teſtes clericos produceret, reus laicos quid eo caſu probandum eſſet.*

44 *Si magnus excedentium numerus ſit, dignitatis rationem haberi non poſſe.*

45 *Sententia pro teſtamento, libertate, dote, eccleſia, in dubio proferenda eſt.*

46 *Rationes ex quibus ceſſantibus cauſſis ſupra commemoratis pro reo ſententia ferenda ſit.*

47 *Quid obtineat ſi hinc teſtes ſint digniores, inde vero teſtes ſtatu inferiores, qui deponant illa, quæ ſint veriſimiliora.*

48 *In dubio innitendū teſtimoniis, quæ magis ſunt veriſimilia, idq; exemplis illuſtratum.*

49 *Si ſimilitudo remotior ſit, digniores teſtes præponendi videntur.*

50 *Vnius teſtimonio credendum non eſſe, etiamſi dignitate præfulgeat.*

51 *Non poſſe per Principem vel Imperatorem induci, vt vni teſti credatur.*

52 *Exceptiones aliquot a propoſita definitione, quibus ex cauſſis etiam vni teſti fides accommodatur.*

TRia pronuntiata præſens cōſtitutio ſuppeditat: *Primum*, vt omnes teſtes prius, quam perhibeant teſtimonium, iuriſiurādi religione adſtringantur. *Secundum*, honeſtioribus teſtibus potius innitendū eſſe. *Tertium*, dicta vnius teſtis etiam præclaræ curiæ honoribus præfulgentis, audienda non eſſe.
†Eſt igitur, vt animaduertimus, teſtibus iu- 1
riſiurandi religio incutienda: quomodo autem iuriſiurandi conceptio moderanda ſit,
perinde expeditum non eſt. Etenim leges † 2
noſtræ videtur inſinuare, quod omne iuſiurandū valeat, quod non ſit improbatæ religionis, *l.3.§.fin.cum duabus legib.ſeqq.ff.de iudic.* Definita † iurandi ratio, cuius mentionē 3
facit gloſſ. *hic in verb. iuriſiurandi*, tria videtur requirere, ſcilicet, quod iuret corporaliter tactis ſacroſanctis Euangeliis, *argum.cap. hortamur, 3. quæſt 9. cap. quotiens cordis, 1. q.7.* Item quod promittat, ſe pro vtraque parte veritatem dicturum, *Nouell. de ſacroſanct. epiſcop. §. nulli vero.* Tertio, quod falſitatem admiſcere nolit, *l. presbyteri, ſupr. de epiſcop. & cleric.* Gloſſæ ſubſcribunt Cynus *hic num.2.* Bartol. *num.3. lectur. antiq.* Gloſſa autem iuris canonici in *cap. fraternitatis, extra de teſtibus, & ibidem*

& ibidem Hoſtienſ. nu. 5. Bald. n. 12. Panor. n. 13. Felin. n. 12. Butrius n. 21. Spec. in tit. de teſte, §. ſequitur, n. 1. Nellus de teſtib. nu. 59. Odofred. in l. ſi quando, hoc tit. n. 6. adhuc aliã ſolemnitatem requirere vidētur, ſcilicet, *Quarto*, quod dicet totã, plenã, atq; meram veritatē. *Quinto*, ꝙ veritatē proferet, ſiue rogatus fuerit, ſiue non. *Sexto*, ꝙ illam dicet ſuper tota cauſſa. *Septimo*, quod iuret, ſe neque pretio, nec amore, nec timore, nec reſpectu alterius cõmodi teſtimonium dicere. *Vltimo*, quod addat, ſe quæ depoſuit, ante publicationē non eſſe reuelaturum. Nonnullis autem in locis requiritur, vt hæc omnia explicentur erectis digitis, vt de hac re alibi diſcepto.

Sed ſane tam ſuperercilioſa iuramenti exigendi forma, vt ſcriptum reliquit Proſp. Farinac. *in tract. de teſtib. lib. 3. tit. 7. q. 74. nu. 7. & ſeq.* multorum locorum conſuetudine recepta non eſt. Accedit, quod Gloſſa, & auctores, qui Gloſſæ ſubſcribunt tam ſcrupuloſam iurandi formam auctoritate iuris cõuenienter non cõfirment. Sufficere igitur arbitra-
4 mur, conditiones expreſſas † in iuriſiurandi forma, quæ propoſita eſt *lib. 1. c. 77. Ordi. Spirenſ.* aut ſi verſemur in locis, vbi ea recepta non eſt: tamen ſatis eſſe conſtituimus, ſi reuocentur ad diligentiam canonum, vt ſcili-
5 cet iurent per numen † diuinũ ſuper ſacroſanctis Euangeliis, *cap. hortamur, 3. q. 9.* in hæc verba: *Hortamur, vt ſub timore Domini conſuetam conſcientiæ veſtræ ſynceritatem, in hoc quoq; negotio conſeruantes, omnem perſonis, quæ veritatem cauſſæ iſtius ſcire poſſunt, faciatis amputari formidinem, & veſtris præſentari conſpectibus, tactis ſacroſanctis Euangeliis, præbito etiam legaliter Sacramento, quæ in veritate rerũ nouerunt, profeſſione ſua teſtificationis aperiant, vt patefactis omnibus, quæ ſecundum leges & iuſtitiã cenſenda ſunt, cognoſcatis, & competentem a legibus, & veritati terminum detis.* Et quamuis ex hoc capitulo colligatur requiri præſentiam ſacræ ſcripturæ, quam iurantes cõtingant, vt eundem textum intelligunt Gloſſa *ibidem, Abb. in c. de teſtib. num. 8. in fin. extr. de teſtib. Bellamer. ibidem num. 1. Imol. num. 4. Felin. in c fraternitatis, num 12. Speculat. in tit. de teſt. num. 4 Proſper Farinac. lib. 3. tit. 7. quæſt. 74.* idque etiam inſinuare videtur *l. rem non nouam, C. de iudic.* in hæc verba: *Sancimus generaliter omnes omnino iudices, Romani iuris diſceptatores, non aliter litium primordia accipere, niſi prius ante iudicialem ſedē ſacroſanctæ deponantur ſcripturæ, & hæ permaneant non ſolum in principio litis, ſed etiam in omnibus cognitionibus.* item l. *properandum, eod. tit. §. ſin autem*, vbi hæc verba ſeſe offerunt: *Cum enim terribiles in mediũ proponuntur ſcripturæ litigatoris abſentia Dei præſentia repleatur.* eodemq. pertinent authent. *& iudex, C. de epiſcop. & cler.* Item l. *de creationibus, C. de epiſcopal. audient.* tamen hanc ſolemnitatem † ſtatuto vel conſuetudine remit- 6
ti poſſe minime dubitamus. Gloſſ. *in clem. 1. §. porro, de hæreticis. Abbas in c. tuis, extr. de teſtib. n. 7. Felin, n. 12. Theſaur. deciſ. Pedemont. 47. n. 6.* Vnde loco ipſius receptum eſt, vt quis eleuatis in altũ prioribus digitis dexteræ manus, iuret, *vt docet Schenck. in ſuo tract. de teſtib. n. 4. Rutgerus Roland. lib. 6. de commiſſar. c. 10. n. 11. Emeric. a Rosbach. in ſua praxi iudicial tit. 57. n. 12.* quo pertinet, quod criminali in conſtitutione Imperatoris Caroli, *artic. 107.* ſtatuitur, teſti, de periurio conuicto, duos priores digitos præcidēdos eſſe. Nam in dubitationem non venit, quod eo caſu, quo vltro iuramentum præſtatur, & citra neceſſitatē legis, hæc ſolemnitas neceſſaria non ſit, *vt docent Did. Couarr. in c. quamuis, p. 1 §. 1. n. 1. & 13. Alciat. in rubr. extr. de iureiur. nu. 29. Menoch. conſ. 37. n. 52.* Quod autem verba per numen diuinum concipienda ſint, intelligimus ex Nouella, *vt nõ luxurientur, 77. § & quoniam quidem, item ex l. ſi quis maior, C. de tranſaction. item c. debitores, c. ſi vero, c. verum, c. etſi Chriſtus, extr. de iureiurando.*

Animaduertendũ autem † hoc loco eſt, 7
iuriſiurandi religionem contrahi, etiãſi ſpecialis mentiõ nõ fiat ipſius Dei: ſed alia verba interponantur, quæ idē præſtent, vt videre licet apud Did. Couarr. *in rep. c. quamuis, p. 1. n. 11.* tamen, vbi certa forma iurandi præſcripta eſt, ea ſeruari debet, *l. qui per ſalutem, ff. de iureiur.* Vnde peccare illos Iudices conſtituo, qui a forma illis pręſcripta facile recedant. *Hæc de iuramento.* Quod itaque in formula Spirenſi ſecundo ſubiicitur, *dicendam eſſe veritatem ſuper articulis in iure permiſſis,* Item *tota cauſſa*, habet hanc interpretationem, quod ſcilicet teſtis nõ debeat adſtringi ad reſpondendum illis articulis, vel interrogatoriis, quæ periurii anſam ipſi præbere, vel arcana domus, vel turpitudinem propriam reuelare poſſent.

Quod aũt additur in dicta formula Spirēſi, quã proponim⁹ *inf. in l. Iudices, de fid. inſt.* ſuper tota cauſſa dicendã veritatem eſſe, id nimirũ eſt, quod ſupra admonuimus, de qua re etiã eſt textus † *c. de teſtib. 29. extr. de teſtib.* 8
§. ſi vero. Hoſtienſ. in c. fraternitatis, nu 3. Bald. numer. 13. Speculat. lib. 1. part 4. tit. de teſte, §. 4

Digitized by Google

num.1. Nellus de teſtib.num.59. Proſper Farinac. lib.3.tit.7.quæſt.74.nu.13. Et quamuis ibidem proponat, id verſari in Iudicis arbitrio, vt etiam colligere licet ex *d.c.de teſtib.* tamen ex quo iam hęc forma definita ſit, inde recedere non licebit, *arg.d.l.qui per ſalutem, 33. ff.de iureiur. item l.certa forma, C.de iure fiſci, lib.10.l. hac conſultiſſima, C.qui teſtam facere poſſ.* Vtili-
9 tas † autem huius clauſulæ inde deprendi poteſt. Quod ſi teſtis iuret, ſe ſuper tota cauſſa veritatem dicturum, cogatur etiam reſpondere ad ea, quæ extra articulos ſunt, modo tamen negotio conueniant, *vt oſtendit Angelus l.iuriſiurandi, C.de teſtib.numer.2. Burſat.conſil.358.num.4.lib.4.*

Porro hæc verba, *dicere veritatem ſuper tota cauſſa*, idem videntur complecti, quod meram, totam, & plenam veritatem, adeo, vt ſi hæc omittantur: tamen propoſita videantur. Certi enim iuris eſt, indefinitam orationem, nedum a lege, ſed etiã ab homine pro-
10 latam, vniuerſalem † ſignificationem habere, quando omnium ſub vniuerſali comprehenſorum eadem ratio & conditio eſt, *l.1. §.generaliter.ff.de legat.præſt.l.ſi ita relictum, 43. & l.ſi pluribus, 44.ff de legat.2.l.ſi ſeruitus, ff.de ſeruit.vrban.præd.& ibidem Baldus, Angel.n.6. Caſtrenſ.nu.1.in ſua noua prælect. Decius conſilio 388. num 3. Felin. in c.de teſtib. nu.13. poſt Imol. & Anton.de Butr. Didac. Couarr.var.reſolution. c.13.lib.1.n.9.*

11 Vnde etiam deducitur, † ſuperfluam illã adiectionem eſſe, ne quidquam falſi admiſceat: Qui enim hoc facit, veritatem ſuper tota cauſſa non dicit, vt res ipſa coarguit. Veritatis enim verbum, omne mendacium excludit, ſiue loquendo, ſiue etiam fraudulenter tacendo illud conſletur, *l.præſcriptione, C. ſi contra ius vel vtilitatem publicam, c.animaduertendum, c.homines, c.nec artificioſo, 23. q.2. c.1.extr.de crimin.falſ. & ibidem Hoſtienſ.num. 6. Abbas num.1. Anchoran. num.3. Mar.Socin. num.2. Bartol. in l.presbyteri, num.1. per illum textum C. de epiſcop. & cleric.num.1. Bald.nu.7. Caſtrenſ. num.1. Menochius arbitr. quæſt.lib.2. caſ.310.num.14. Decian.in tract.crim. lib.6.c.10. Maſcard.de probat.concluſ.743. num.12. Dynus de regul.iur. in proœmio num.8. Decius. conſ.30. n...idem Dec.l.1.ff.de regul.iur. num.12. Ferdin. Vaſqu.lib 2. de controuerſ.vſu frequent. c.30 nu. 37.* Accedunt ea, quæ tradiderunt Boſſius *in ſuo tract.crim.tit.de falſ. num.139. Marian. Socin.in d.c. 1.extr. de falſ.num.46. Proſper Farin. in ſuo tract.de teſt.quæſt.67.§.6.num.228.* quod teſtis, qui ſimpliciter iurauit, ſe veritatem dicturum eſſe, celando vel occultando eandem, periurii crimen contrahat: quibus reſpondent ea, quæ notata reliquerunt Salyc. *in l.iuriſiurandi, num 2. Sichard. num. 6.* in teſte aliam formam neceſſariam non eſſe, quam vt iuret, ſeſe dicturum veritatem: reliqua enim tacite ſub his verbis cõprehendi.

Infertur etiam † non eſſe neceſſarium, 12
vt adiiciatur clauſula, *ſe dicturum eſſe veritatem, ſiue interrogatus ſit, ſiue non.* Etenim teſtis
ad hoc † non tenetur, cum reſpondendo 13
vltra ea, de quibus interrogatur, videatur ſe ſuſpectum reddere, *argum. l.quæ omnia, ff. de procur. item §.ſi vero ignoti, Nouell. de teſtibus. Maſcard.concluſ.1368.nu.4. Innocent.in c. inquiſitiones, in verb. id facere, extr. de accuſat. Decian.conſ.65.nu.14. Bartol.in l.vxori, 18.§.1. argum.eius textus nu.1. Proſper Farinac. in ſuo tract.de teſtib.lib.3.tit.7.q.71.* Is enim, qui non interrogatus tacet, modo dolo illud non faciat, ſcilicet, vt veritatem ſupprimat, merito excuſandus eſt. *Baldus in l.presbyteri, C.de epiſcop. & cler.nu.6. Anchor.in c.1. extr. de crimin. falſ.nu.5. Marian.nu.54. Proſp.Farin d.q.67.n. 222.* Qua de cauſſa idem Proſper Farinacius *in eodem ſuo tract.de teſtib.titul.8.q.74.num.10.* recte admonet, huiuſmodi clauſulã ex more iudiciorum bene inſtitutorum a peritis iudicibus non proponi.

Porro illa clauſula, vel ſequentia verba: *quod id faciet pro vtraque parte in nullius gratiam vel offenſionem*; recte in iuramẽto com-
prehendi, † coarguit *cap.non ſane, 14.q.5.* vbi 14
hæc D. Auguſtini verba ad rem pertinentia reperiuntur: *Sed non ideo debet Iudex vendere iuſtum iudicium, aut teſtis verum teſtimonium, quia vẽdit aduocatus iuſtum patrocinium, Iuriſperitus verum conſilium. Illi enim inter vtramque partẽ ad examen adhibentur: iſti ex vna parte conſiſtunt.* Gloſſa *in l.iuriſiurandi, C. de teſtib.in verb. iuriſiurandi. Odofred. ibid.num.6. Gloſſa in c.fraternitatis, in fin. Marant. in ſuo ſpeculo, rubric.de teſt.product.nu.20. Iul. Clarus in ſua pract. § fin.q.61.nu.4.verſic.bene verum eſt. Proſper Farinac.lib 3.tit 7.quæſt.64.num.16. & omnes alii, quos ſupra commemoraui.*

Quod autem in formula, quam in Ordinatione Spirenſi videre eſt, ſubiicitur, *quoad eius ſcientiam habebitis:* hæc verba eo perti-
nent, vt intelligamus, † teſtem non debere 15
interrogari de eo, quod credat. Certũ enim eſt, teſtem ſcientiæ ſuæ debere rationẽ reddere per aliquem ſenſum corporeum, *l.teſtium, C.de teſtib. vbi Bartol.num.3. Angel.n.4. Caſtr. num.5. Proſper Farinac. lib.3.tit.7. q.70.*

cap3.

Digitized by Google

cap.3.num.127. vbi infinitos auctores in hanc rem laudat. Verba autem, de quibus interrogatus fuerit, ſatis ſignificant, teſtem non debere eſſe præcipitē ad ea proponēda, quæ ipſi in mentē veniunt, & fortaſſe ad propoſitū non faciunt, ſecundū ea, quæ ſupra deduximus: vnde deprehenditur, ſatis periculoſam eſſe illā iuramēti formulā, quam proponit Emeric. a Roſbach. *in ſua pract. tit.57. n.19.* dum teſtē adſtringit ad reſponſionem, ſiue interrogatus ſit, ſiue nō ſit, quod tamen intelligo, niſi teſtis id faciat ad exonerandā cōſcientiam ſuā, *per ea, quæ ſcripta reliquit Iaſ. in l. ſi duo, §. idem Iulian. §.28. ff. de iureiur.* Vltima verba, ꝙ teſtis veritatis profeſſionē non
16 ſit omiſſurus, ex cauſſa † muneris, doni, cōpendii, gratiæ, odii, amicitiæ, metus, & aliis, quæ hominum ingenio excogitari poſſint, iuris formæ etiam cōſentanea ſunt, vt appareт ex *c. parētela, & c. epiſcopus, 35. quæſt.6. item c. licet, extr. de teſtibus.*

Hactenus de iuramenti forma, quæ a teſtibus regulariter exigenda ſit. Nam quod ad illam clauſulam attinet, quæ teſtibus ex definitione authent. *at qui ſemel, ſupra.* iniun-
17 gitur, ne enuntient † ante publicationem teſtimoniorum, quæ ab illis dicta erant, illa ad formam iuriſiurandi non ita referri poteſt, quod teſtimonio peracto primum illud præſcribi ſoleat.

Porro occurrunt caſus nōnulli, in quibus hæc ſolemnitas non vſquequaque ſeruatur:
18 Primo, ſi pars aduerſa † iurādi neceſſitatem remiſerit, *cap. tuis quæſtionibus, extr. de teſtibus,* in hæc verba: *Niſi forte a parte aduerſa remittatur, & ibidem Gloſſa, Hoſtienſ. num.1. Baldus in ſummar. Bellamera num.4. Butrius numer.7. Imol. in ſuo ſummar. gloſſ. in l. iuriſiurand. C. de teſtib. & ibidem Bartol. num.1. Caſtrenſ. num.2. Odofred. n.1. Cynus nu.3. Andr. Gail. lib.1. obſer. 101. nu.2. Mynſ. cent.3. obſer. 80. num.6. Rutger. Ruland. in ſuo tract. de commiſſar. lib.6. c.10. n.5.*
19 Non prohibetur tamen Iudex hoc † caſu, ſi velit, teſtes ex officio ſuo iureiurando adſtringere, *Andr. Gail. d. obſeruat. 101. num.5. Specul. lib.1. part.4. tit. de teſte, §. ſequitur, nu.6. Proſper Farin. lib.3. tit.8. quæſt.74. num.90.* vbi tamen *n.91.* oſtendit, hanc ſententiam ſatis
20 dubiam eſſe. Secundus caſus eſt de peritis † in arte ſua deponentibus. Admiſſa enim opinione illorum, qui arbitrantur his ſine iuramento credendum non eſſe, *arg. d. l. iuriſiurandi, C. de teſtib. & l. hac edictali, §. his illud, in verb. æſtimatione habita, per eos, quos vtraque pars elegerit arbitros iudicaturos, interpoſito Sacramento. item l. comparationes, C. de fid. inſtr.* Concedendum tamen erit, illis non eſſe deferendum iuramentum veritatis, ſed eius, ꝙ credant, *Ang. in l. iuriſiurādi, n.3. Sichard. ibid. n.4. & 5. Proſp. Farin. in tract. de teſtib. lib 3. tit.*
8. q.75. Tertio, hæc † regula declarationē re- 21
cipit ex qualitate perſonarum. Etenī quamuis Epiſcopus, & ſacerdotes in teſtes vocati, iurare debeant: tamen nō erectis digitis, ſed propoſitis ſacroſanctis Euangeliis, manu pectori admota, iurare ſolēt, *authent. ſed iudex, C. de epiſ. & cler. & ibid. gloſſ. atq; Doctor. Andr. Gail. obſ.101. n.2. Rutger. Ruland. lib.6. de cōmiſſ. c.10. n.9. & ſeq.* vbi notat diſcrimen inter perſonam Epiſcopi & ſacerdotis, vt hic contingens pectus ſuū iuramenti religionē præſtet: ille propoſitis tantum ſacroſanctis Euangeliis: *Proſper Farin. lib.3. tit.8. q.74. nu.82.* vbi vtrumq; etiā in Epiſcopo requirit, atteſtans ſe ita ſeruari vidiſſe: textus tamen *in auth. ſed iudex, C. de epiſc. & cler. item in c. fin. extr. de iuram. calum.* de ſacris ſcripturis, quæ proponi; non tangi debeant, ſolum mentionem facit. Plures alias declarationes tradit idem Proſper Farinac. *in loco allegato.*

His ita digeſtis, reliqua illa quæſtio eſſe vi-
detur, *an iuramentum in fine examinis † præſta-* 22
ri poſſit? Qua in re dicendum eſſe † videtur, 23
talem iuramēti exactionem ante ipſam depoſitionem fieri debere, *l. iuriſiurandi, C. de teſtib. in verb priuſquam perhibeant teſtimoniū, & ibidem Gloſſ. Cynus num.4. Odofred. in fine. Angel. num.1. Fulgoſ. num.2. Salyc. num.1. Mynſing. cent.3. obſ.80. num.2.* alius textus occurrit *in c. fraternitatis, in fin. ext de teſtib. in verb. receptis prius ab ipſis ſecundum formulam recipiendorum teſtium iuramentis, illos audiatis: & ibid. Ioan. Andr. n.8. Felin. n.2. Bellamera in c. de teſtibus, n.1. & plures alii, quos refert & ſequitur Proſper Farin. lib 3. tit.7 q.74. nu.31.* vbi hanc opinionem magis communem eſſe profitetur.
Ceterum † Baldus *in l. iuriſiurandi, n.1. Caſtr.* 24
nu.1. Sichard. n.7. Iaſon in l. admonendi, ff. de iureiuran. in lect.2. nu.227. Maſcard. concl.1362. n.11. Tiraq. in tract. de retract. conuent. § 1. gloſſ. 5. nu 8. & plures alii, quos ibidem refert Andreas Gail. obſ.101. n.9. Rutger. Rulan. lib.2. de commiſſ. part.2. c.12. nu.4. Emeric. a Roſbach. in ſua pract. iudicial. tit.57. nu.6. Termineus in ſuo proceſſ. iudiciali, tit. de iuram. teſtium, diſtinguunt, an huiuſmodi iuramentum ex interuallo exigatur, an vero in continenti, vt hic diſpoſitio valeat, illic ſit reſpuenda. Et hanc diſtinctionem in Camera receptam eſſe, teſtatur Andr. Gail. Rutger. Ruland. *locis ſupra allega-*

Digitized by Google

tis, idque argumento *l. lecta, ff. de reb. cred. ſi certum pet. item l. iuris gentium, § quin imo, ff. de pact. & l. penult. C. de inſtit. & ſubſtit.* quod ea, quæ incontinenti fiunt, cenſeantur ineſſe.

25 Sed ſane hæc † traditio ſatis periculoſa eſſe videtur, & aliena ab hominis intelligẽtis officio: Quis enim non animaduertit, teſtem incuſſa iuriſiurandi religione, circũſpectius ad ſingula interrogata reſpõſurum eſſe? deinde, quis tã infelici ingenio, aut iudicio eſt, qui non perpendat, teſtẽ, poſtquam omnia ipſius dicta ſcripto cõprehenſa ſunt, ſi tũc demum iuſiurandũ ab eodẽ exigatur, nõ facile dicta ſua reuocaturũ, quod nedum pudor id facere prohibeat, ſed etiã metus, ne a Iudice, cuius auctoritatẽ eluſiſſe videatur, puniatur, *l. nullum, C. de teſtib.* Tertio, q; perabſurdum videatur, in omni teſte audiendo, Cõmiſſariis hæc præcepta inculcare, vt paſſim ſcriptores facere videmus, vt teſtes admoneant periculi, quod ex periurio cõtrahi ſolet, ſi velint tale iuramentum poſt depoſitionem, aculeo, quo nocere poterant iam fixo, deferri. Quarto accedit doctrina illorũ, qui putant nedum ſtatuto, ſed ne conſuetudine quidem, aut reſcripto Principis impetrari poſſe, vt teſti non iurato credatur, quos refert Proſper Farinacius *in ſuo tractat. de teſtibus, lib. 3. tit. 8. quæſt. 74. num. 54. & ſeq.* Qua de cauſſa, vt quod ſentio, paucis ediſſeram: Conſtituo quidem talem diſpoſitionem valere: ſed tamen minus auctoritatis in cauſſa probationis habere, quam ſi iuramenti religio præceſſiſſet, niſi ſint alia adminicula, quę, quod deſit, ſuppleant: quod ipſum videtur quoque ponderaſſe Andr Gail, dum *d. obſer. 101. nu. 10.* ſecutus auctoritatem Speculatoris *in tit. de teſte, § ſequitur, nu. 6.* vbi id procedere conſtituit in teſte ſpectatæ & integræ fidei.

26 Sed quæſtionis eſt, *an ad fidem † teſtibus adhibendam, ſatis ſit, quod tabellio adſcribat, teſtem iuratum depoſuiſſe?* Non ſufficere colligunt hæc argumenta. Primo, quod ſolemnitas extrinſeca interueniſſe non præſumatur, *l. plerumque, § final. ff. de Public. in rem act.* Secundo, quod vbi certa forma requiritur, ibi eadem quoque exprimenda ſit, *cap. vt circa, de elect. in 6.* Tertio, quod cum aliud ſit iuramentum veritatis, aliud credulitatis, aliud propoſitis non tactis Euangeliis, non appareat, quale iuramentum ſit præſtitum, cum non omnes Commiſſarii ea peritia ſint præditi, vt diſcernere poſſint, qua religione quis obſtringi debeat. Etenim Baldus *hic nu. 4. Salyc. n. 4.* Caſt. *n. 3.* Rebuff. *in tractat. de reprobat. & ſaluat. teſtium, n. 301.* Caputaquenſ. *deciſ. 123. n. 1.* Maſcard. *de probat. vol. 1. concluſ. 5. nu. 113.* diſertam iuramenti relationem requirere videntur. Contraria tamen ſententia magis communis eſſe cenſetur; hanc aſſertionem tabellionis ſufficere, modo tria interceſſerint, quod ſcilicet teſtis examinatus fuerit a Iudice competenti, ſiue Cõmiſſario ad hoc deſignato; quodque fuerit talis dies, quo iuramentum recipi potuit: quod denique vocata parte huiuſmodi examen interceſſerit, atque tabellio hoc ipſum adſcripſerit; ita ſe ipſos expediunt, atque declarant Baldus, Salycetus, & Caſtren. quamuis adiiciat, tutius & ſecurius eſſe, ſi tabellio iuramenti formam ſcripto complectatur: idemque aperte ſcribit Ioan. Andr. *in addit. ad Specul. titul. de teſte, § ſequitur, num. 4.* Nec alieni ſunt Abb. *in c. fraternitatis, extr. de teſtibus, num. 23. Felin. nu. 12. Pariſ. nu. 79. Farinac. in tract. de teſtib. q. 74. nu. 79. Theſaur. deciſ. Pedemont. 47. n. 18.* vbi plures in hanc ſententiam recẽſet, idemque confirmari videtur a Gloſſ. *in l. Theopompus, ff. de dot. praleg. arg. eius tex. in verb. iuratus, & ibidem Bart. nu. 3. Alber. nu. 1. Burſat. conſ. 34. n. 14. lib. 1. argum. d. l. Theopompus*, & admiſſa illa conſideratione, quod ſolemnitas talis, vt plurimum interuenire ſolet. Hæc igitur, vt ante admonui, & vt videre licet apud Burſat. Theſaur. Farinac. videtur eſſe communis opinio: ſed meo iudicio magis a conſuetudine profluxit, vt obſeruauit etiam Caſtrenſ. in hac noſtra lege, quam a ſecura iuris definitione. Conſilium
itaq; † meum eſſet, vt tabellio ſaltem in pri- 27
mo teſtimonio cõceptionem iuriſiurandi, quo teſtes adegit, inſereret: tunc enim in ſequentibus teſtibus eadẽ forma repetita cẽſebitur, *l. ſed et ſi quis, § ſi initiũ, ff. de edend.* Idq; eo caſu magis neceſſarium ſtatuerem, quo parte aduerſa per contumaciam abſente, ad receptionem teſtium procederet.

Hæc de prima legis noſtræ parte: Ordo † 28
poſtulat, vt ſecundum membrum aggrediamur, honeſtioribus teſtibus potius credendum: quæ iuris inſpectio, nedum late patet, verũ etiam intricatiſſima eſt. Nobis in præſentia ſatis fuerit, præcipuam eiuſdem partem tractaſſe, ſcilicet, quod officium Iudicis ſit, diſſidentibus vltro & citro vtriuſq; partis teſtibus?

Pro explicatione materię tam impeditæ
conſtituo referre, an teſtes, qui † inter ſe 29
pugnant, vtrinque ſint pares numero, & factum

Digitized by Google

factum tale ſit, quod cum cõtrarium ſtatuamus: tamen probationem ab vtraque parte admittat. Veluti teſtes decem numero, deponunt, actorem certum fundum per tantũ temporis in ſolidum poſſediſſe: alii decem teſtes aſſerunt, reum eundem fundum tanto temporis ſpatio poſſediſſe, idque eodem modo; vt conciliationi locus non ſit, *vt in c. licet, extr. de probat.* Etenim ad ſolicitudinem ſuam Iudex reuocare ſolet, vt ſi vlla ratione fieri poſſit, teſtes ad concordiam reuocet, *cap. cum tu, extr. de teſtibus, l. ob carmen, §. final. ff. eodem titul.* quod ſane in hoc caſu propter manifeſtam repugnantiam teſtium procedere non poteſt. Si igitur quæratur? quibus potiſſimum fides adhibeatur: cõſtituo ponderandum eſſe, an Iudex in hac numeri æqualitate aliquo momento in vnam aut al-
30 teram † partem impelli poſſit. Momentum metimur primo ex rei veriſimilitudine, *l. ob carmen, 21. §. final. ff. de teſtibus, cap. in noſtra, 32. extr. de teſtib. cap. licet, 9. verſic. ex præmiſſis, extr. de probation.* Secundo, ex dignitate & honeſtate teſtium in hac noſtra lege. Tertio, ex natura, vel fauore ipſius materiæ, *leg. inter pares, ff. de re iudicat. l. lege Iulia Petronia, ff. de manumiſſion. l. Papinianus, §. final. ff. de inofficioſ. teſtament. cap. final. extr. de re iudicat.* Quod ſi huiuſmodi & ſimiles cauſſę non intercedant, quæ actoris intentionem, & teſtes ab eodem productos coadiuuent, pro poſſeſſore ſententia ferenda erit, *leg. in pari cauſſa, ff. de regul. iur. d. l. ſi pares, ff. de re iudic.*

31 Veriſimilitudinem autem definimus † ex multis cauſſis: Primo, ſi teſtes dictorum ſuorum rationem congruentem reddant, cum alii id non feciſſent, *l. teſtium, hoc noſtro tit. d. l. ob carmen, § final. ff. de teſtib. item d. cap. licet, §. ex præmiſſis, de probation. d. cap. in noſtra, de teſtibus, cap. in præſentia, extr. de probation. Baldus in l. presbyteri, Cod. de epiſcop. & cleric. num. 14. Felin. in cap. in noſtra, num. 10. extr. de teſtib. Anton. Gabriel tit. de teſtib. concluſ. 4. num. 59. Baer. deciſion. 323. num. 24. Maſcard. concluſion. 1369. num. 61. lib. 3. Proſper Farinac. in tractat. de teſtib. quæſt. 65. nu. 172. Mynſing. centur. 4. obſeruat. 38. num. 5. Rebuff. in tract. de reprobat. & ſaluat. teſt. num. 120. Decius conſil. 302. numer. 18. Iaſon in l. cum hi, §. fin. ff. de tranſact.* aut ſi concludentiorem dictorum ſuorum rationem proferant, *Decius d. conſil. 302. num. 18. Mynſing. d. obſeruat. 38. num. 5. Bald. in l. teſtium, hoc tit. num. 36. & ſequen. Salyc. d. l. ob carmen, §. fin. num. 3. Alberic. num. 6.* Quo pertinet, quod illi teſtes, qui plenius factum deponunt, videantur eſſe aliis præferendi, *Gloſſ. in l. Lucius, ff. de his qui not. infam. Alexand. conſil. 94. vol. 6. Rebuff. d. tract. de reprobat. teſtium, num. 121.* In eadem cauſſa ſunt illa teſtimonia, quæ præſumtionem iuris pro ſe habent. Illis enim maior fides accommodanda eſt, veluti, ſi duo deponant, quem bonum, aut probum eſſe: alii contrarium, prior aſſertio prçferenda intelligitur, quod regulariter omnes bonos præſumamus, *cap. fin. extr. de præſumt. l. merito, ff. pro ſocio, cap. ſi forte, de election. in 6. Baldus in ſua margarita, quæſt. 121. Rebuffus in tract. de reprobat. teſtium, num. 120. poſt Decium, Gloſſam, Iaſonem. & Corneum ab eodem allegatos: Roland. conſil. 24. nu. 56. lib. 1. Maſcard. concluſ. 1219. Anton. Gabr. tit. de teſtib. concluſ. 4. nu. 90. Aym. Crauetta conſ. 75. nu. 24. Farinac. q. 65. num. 129.* Huc pertinet traditio Doctorum noſtrorũ, exiſtimantium, teſtes, qui in ſpecie quid deponant, illis præferẽdos eſſe, qui generaliter quid aſſerant, *Alexand. conſil. 88. num. 8. Anton. Gabriel concluſ. 4. tit. de teſtib. nu. 73. poſt Socin. Venaſ. Pariſ. Marian. & multos alios ab eod. citatos, Iacobin de S. Georg. l. ob carmen, §. fin. num. 27. ff. de teſtib. Proſper Farinacius libro 3. tit. 7. quæſt. 65. num. 170. Rebuff. in tract. de reprob. teſt. num. 131. Iacob. Menoch. arbitr. quæſt. lib. 2. caſu 472. num. 14. Andreas Gail. libro 1. de pignorat. obſeruat. 22. numer. 12. Ferdi. Vaſqu. de controuerſ. vſufreq. cap. 30. num. 8.* vbi relata opinione Ioannis ab Imola *in d. cap. auditis,* eandem quidem reprehendit: ſed eo caſu tamen probandam exiſtimat, quo vltro & citro eſſet æqualitas teſtium. Huius tamen adſertionis noſtri Doctores nullã adferunt auctoritatem. Nam quod ad *l. in toto, 80, ff. de reg. iur.* attinet: item *l. ſanctio legum, ff. de pœn. l. coheredi, §. coheres, ff. de vulg. & pupil. ſubſt. l. vxorem, §. feliciſſimo, ff. de leg. 3.* ex quibus edocemur, generi per ſpeciem derogari, illæ nihil cõmune cum præſenti inſpectione habent. Sed tamen ratio naturalis hoc dictare videtur, quod teſtis in certo & particulari loco facilius obſeruare poſſit, quid fiat, quã ſi de re in genere deponatur, quemadmodũ vicinus melius animaduertit, quid in fundo vicino tractetur, quam in toto agro, qui multa prædia cõiuncta quidem, ſed remotiora contineat, *cap. quoſdam, & c. quanto, extr. de præſumt.* Quo pertinet, quod ea teſtimonia potius audiẽda ſint, quæ rei aptiora, & vero proximiora eſſe deprehendãtur, *d. l. ob carmen, § fin. ff. de teſtib.* Offert ſe denique in fulcimentum huius opinionis *l. cum de indebito, ff. de probat.* vbi præſumtio, quod

Digitized by Google

nemo temerè ſuam pecuniam iactare cenſeatur, per aliam, eamq; ſpecialem præſumtionem tollitur, quod minor mulier, & aliæ perſonæ ſimpliciter verſatę, facilitate ſua deceptæ videantur, *vt ibid. obſeruauit Bartol. in prin. Alberic. n. 10. Pariſ. conſ. 29. n. 87. lib. 2. Crauett. conſ. 250. nu. 2.* Præterea veriſimilius eſſe videtur, quod teſtes profitētur, qui ſuper affirmatiua oratione recepti ſunt, quam negatiua, *arg. l. diem proferre, 27. §. ſi plures, ff. de recept. arbitr. & ibid. gloſſ. in verb. conſenſerunt Bart. & alii, Nellus in tract. de teſtib. num. 200. Mynſing. d. obſ. 38. cent. 4. Miſcard. lib. 1. concl. 70. n. 1. Roland. conſ. 93. n. 1. Farinac. q. 65. nu. 200.* vbi illud pluribus declarationibus illuſtrat Bald. *in l. actor, nu. 11. ſupr. de probat. Ant. Gabr. concl. 4. n. 1. tit. de teſtib.* vbi infinitos auctores in hāc rem allegat. In qua quæſtione nos *in l. actor, ſupr. de probation.* certa ratione ſatisfecimus. Tandem depoſitio illorum, qui renuntiant illa, quæ ſunt iuri ciuili conformia, videtur quoq; veriſimilior, *Roland. conſ. 24. n. 55. lib. 1. Pariſ. cōſ. 88. n. 33. lib. 3. Fel. in c. in noſtra, n. 12. Ant. de Butr. in c. licet cauſſam, extr. de prob. n. 46. Abb. ibid. nu. 9. Decius num. 91. Rebuff. in d. tract. de reprobat. teſt. num. 121. verſ. fallit quando deponerent, Proſper Farinac. quæſt. 65. nu. 150. Ant. Gab. d. concl. 4. n. 22.* cuius rei exemplum proponi poteſt *in c. auditis, & c. cum olim, ext. de præſcript.* Si teſtes pro Epiſcopo, cui ſuffragatur ius commune, alii autem pro Abbate deponerent.

Secundo, momentū conſtituimus in honeſtate perſonarū, qua in re quis nō iniuria probare poterit, diſtinctionem Iulii Pacii
32 *hic n. 14.* ita rem moderantis, vt † cōſtituendi ſint tres honeſtatis gradus. *Primus*, ſi quis inculpatæ ſit vitæ. *Secundus*, ſi diuitiæ accedāt, illosque honeſtiores vocari. *Tertio*, ſi in dignitate aliqua poſiti ſint: hos enim honeſtiſſimos eſſe, quod tamen intelligi debet,
33 repetita qualitate virtutum. Etenim † diuitiæ, potentia, atque dignitas cum magna poteſtate coniunctæ: ſi hæc ornamenta remoueas, ſæpe hominē obruunt, & aperiunt feneſtram ad omnē nequitiam, *l. 2. §. poſt hūc, ff. de orig. iur. c. ſit rector, diſtinct. 43. c. in mandatis, eodem, & c. qui ſyncera, c. licet, c. cum beatus, c. diſciplina, diſtinct. 45. c. hoc habet, diſtinct. 46. l. 1. §. interea, 2. ſupr. de offic. præfect. Afric. l. 8. §. Philoſophos, ff. de vac. muner. c. eiiciens, diſtin. 89. l. nequidquam, §. obſeruare, ff. de offic. proconſul. cum §. ſeq. l. illicitas. §. ne potentiores, ff. de officio præſid.* Summum itaque honeſtatis gradum metimur ipſa virtute, *l. ſuſpectum, ff. de ſuſpect. tutor. §. ſuſpectum, Inſtit. eodem tit. c. licet, 8. q. 1. cap. nos qui, diſtinct. 40.* in quibus morum nobilitas dignitati generis præponitur, *cap. non loca, diſtinct. eadem, l. ſcire oportet, 21. §. 5. ff. de tutor. dat. ab his, l. ſi qua, C. de ſecund. nupt. cum ſimil. Alberic. l. 3. ff. de teſtib. num. 5. & 6. Bald. c. ſi qui teſtium, extr. de teſtib. Bartholom. Socin. in ſuis fallent. regul. 11. in verb. pauper, verſic ſecundo fallit. Albert. de Malet. in tract. de teſtib. regul. 113. in 5. fallent. Monticell. in ſuo repertorio teſtium, in verb. diuiti potius, quam pauperi. Farinac. in tract. de teſtib. lib. 2. tit. 6. quæſt. 57.* Illud tamen meminiſſe oportet, quod is, qui per omnes honorum gradus † ad dignita- 34
tem adſcenderit, his ornamentis inſtructus intelligetur, quod huiuſmodi honores, officia, & dignitates aliis decerni non ſoleant, quā quos huiuſmodi decora commendēt, *c. cum in cunctis, de elect. l. fin. C. ad leg. Iul. de repetund.* Firma igitur eſt cōcluſio, noſtræ perſonæ ſplendorem & grauitatem efficere, quod ſi vtrimque par numerus teſtium interueniat, illa teſtimonia pręponderare debeant, quæ hac prærogatiua præluceant.

Sed hic exiſtit ſcrupulus ſatis infeſtus, qui, vt concluſionem noſtram in tuto collocemus, eximendus eſt: Si actor intentionem ſuam, vel accuſationem † impleuerit, & 35
reus contra ſuam defenſionem probet per totidem teſtes: quāuis dignitate inferiores ſemper videtur abſoluendus reus, maxime in criminalibus, vbi probationes indubitatæ, & pene luce clariores requiruntur, *l. final. ſupr. de probat. l. qui ſententiam, infr. de pœnis.* Quamuis enim prima † facie ſatis idoneos 36
teſtes adhibuiſſe accuſator videatur: tamen ex quo teſtimonii auctoritas per cōtrariam depoſitionem, ſi non in totum eneruata, ſaltem pro inſigni parte extenuata eſt, nullæ videntur eſſe partes condemnationis.

Accedit ſecundo reſponſum Antonii Gabrielis *in tractat. commun. concluſ. lib. 1. tit. de teſtib. concluſion. 4. num. 41.* vbi multos in eandem ſententiam arceſſit, *Boſſii in ſuo tractat. crimin. titul. de oppoſit. teſt. num. 9. Roland. a Valle conſil. 57. lib. 4. num. 47. Marſilii conſilio 51. num. 42. Farinac. in tract. de teſt. lib. 3. titul. 7. quæſt. 65. num. 158. Follerii in ſua pract. crimin. in verb. recipiantur defenſiones reorum, nu. 30. Croti in tractat. de teſtib. num. 369. Alciat. reg. 3. præſumt. 44. num. 5. Philip. Deci. in cap. ex literis, extra, de probat. eiuſdem Decii in l. qui accuſare, C. de edend. num. 16. Iacob. Menoch. lib. 2. præſ. 90. numer. 12.* exiſtimantium, quod quo caſu aliqui pro actore, alii autem pro reo in eodem nume-

Digitized by Google

numero deponerẽt, teſtes rei præferendos eſſe, quamuis minus digni ſint. Tertio traditio Gloſſ. *in c. monachus, diſt. 77.* teſtimonium quatuor clericorum tantundẽ valere, quantum ſex laicorum, cui ſubſcribunt ibidẽ Archidiaconus, Felin. *c. in noſtra, nu. 1. extr. de teſtib. Rebuff. in tract. de oppoſit. contra teſt.* Cete-
37 rum cum hanc † aſſertionem cum multis iuris noſtri definitionibus pugnare videamus, minime in procliui futurum erit, inde nos certa interpretatione extricaſſe. Aduerſatur enim diſpoſitio noſtræ legis, qua cõprehenditur, honeſtioribus teſtibus potius credendum: præterea *l. 2. ff. de teſtib.* in teſtimoniis dignitatẽ, fidem, mores, grauitatẽ examinandam: deinde *l. 3. eod. tit.* teſtium fidem diligẽter excutiendam, ideoq; in illorũ perſona explorandam in primis eorũ conditionem, an quis decurio, an plebeius ſit. Quarto cumulũ huic conſiderationi dabit §. *eiuſdẽ d. l. 3.* in hæc verba: *Alias numerus teſtium, alias dignitas & auctoritas, alias veluti cõſentiens fama confirmãt rei, de qua quæritur, fidẽ.* Quinto, haud vulgare pondus adiiciet *c. in noſtra, 32.* qua Pontifex inueſtigandũ proponit, an, cum hinc teſtes ſint numero pauciores, inde plures, oẽs ſint eiuſdẽ honeſtatis & exiſtimationis, potiorẽ eſſe cauſſam eius, qui numero excellat. Quod ſi vero auctoritas & eminẽtia teſtium defectũ numeri ſuppleret, aliud ſtatuendũ eſſe, vt plane abſonũ videatur, his & ſimilib. legum & canonũ auctoritatibus ponderatis, ea, quę tot locis inſinuata ſunt, ſubuertere velle. Vnde etiã Felin. *in c. in noſtra, n. 1. item n. 8. verſ. item videtur limitari gloſſa. Aret. in c. cum tu, nu 17. extr. de teſtib.* nulla circuitione vſi, digniores, etiam ſi agatur contra reum præponendos ſtatuunt.

Qua de cauſſa animaduerto, me ſatis lubrico in loco conſtitiſſe: vnde vt me muniã, exemplis rem explicandam duxi. Si par &
38 æqualis † ſit actoris & rei cauſſa, veluti in interdicto vti poſſidetis: aut cũ plures ad poſſeſſionem hereditatis alienæ adſpirant, *vt l. fin. C. de edict. D. Adriani tollend. l. 1. ff. quorum bonor.* ſi titulus, & reliqua in eadem cauſſa ſint: hinc puto traditionem noſtram, & Doctorum noſtrorum locum habere. Quod ſi vero vnus ſit reus & poſſeſſor, alter vero actor: & hic per duos, aut plures teſtes intentionẽ ſuam probet, reus per totidem: quamuis non eiuſdem opinionis teſtes cauſſam ſuæ defenſionis: ſtatuo referre, an de eodem facto tractetur: veluti actor docet, per tres teſtes vitæ ſplendidioris, quod reus tali die & hora fundum, de quo controuerſia eſt, ipſi vendiderit: reus per totidem teſtes docet, ſe tota illa die in alia ciuitate fuiſſe, *cap. ex tenore, extr. de teſtib. & l. optimam, infr. de contrah. ſtipulat.* vel actor oſtendit, ſe pure fundum emiſſe: reus per tot numero teſtes demonſtrat, id ſub conditione eodẽ die, hora, tempore factum eſſe, *c. cum haberet, extr. de fid. inſtrum.* vel actoris teſtes aſſerunt, equum venditum albi coloris fuiſſe: rei vero teſtes deponũt, illum fuiſſe nigrum: vel actoris teſtes enuntiant, pateram, quæ promiſſa ſit, quatuor libras argenti obtinuiſſe: rei vero teſtes eandem non plures, quam duas libras continere profitentur: reddunt rationem, quod cum ad iuſtum pondus illis præſentibus exigeretur, tantum eandem pendere animaduerterint. His & ſimilib. caſibus propoſitis, durũ videtur, ſi prætextu dignitatis reo, qui probationem actoris ad hunc modum infirmarit, rem abiudicare velimus, niſi cõſtaret, ꝙ actoris teſtes tãtæ exiſtimationis & auctoritatis ſint, vt labefactata fide eorum, qui ex parte rei producti ſunt, poſſint per ſe probationis munus ſuſtinere. Nam, vt propoſui *l. 3. ſupr. de reb. cred. & iureiur.* etiam in cauſſa ciuili ita res comparata eſt, vt ſiquidem defenſio rei ſemiplene probetur, ipſi, non actori: quamuis plene intentionẽ ſuam fundaſſet, iuramentum deferretur, per rationes ibidẽ diſerte cõmemoratas. Ceterum ſciendũ eſt, Doctores noſtros ratione certa diſtinguere, ꝙ ſcilicet, quotieſcunq; occurrunt † duæ di- 39
rectæ probationes, tunc minor probatio cedat pleniori, quam elidere non potuerit, *vt Bart. d. l. admonendi, ff. de iureiur. n. 30. Caſtr. n. 37. Alberic. n. 8. Rom. n. 131. Iaſ. in ſua repet. n. 267.* vbi talem opinionem cõmunem profitetur, & in hanc ſententiam allegat multos auctores, *Salyc. n 18. Schrader. n. 315. Cynus in l. 3 ſupr. de reb. cred. ſi cert. pet. nu. 10. & ibid. Alberic. n. 3. ſi conferatur cum l. 1. ſupr. de procurat. n. 6. Fulgoſ. d. l. 3. nu. 9.* Confirmari hæc ſententia poteſt variis legib. & canonibus: Principio ex quinque argumẽtis ſupra relatis: deinde & Sexto ex obſeruatione *l. 1. ff. de ventr. inſpic.* vbi ſi ex tribus obſtetricibus duæ renuntient, aliquam eſſe prægnantem, illud ſolum attenditur. Septimo, cap. *poſt electionem, & c. cum ſuper, extr. de conceſſ. præbend. & c. vt noſtrum, extr. de off. archidiacon.* quæ ſignificãt per minus plenam probationem non elidi aliam. Octauo ex *l. nolumus, 20. infr. de teſtamen.* Nono auctoritate l. *fin. C. de edict. D. Adrian. toll.* vbi ille obtinet, qui potiora iura oſtẽdit. De-

cimo, quod ex quo actor intentionem ſuam plene probarit, reus etiam de exceptione ſua plene docere debeat, *l. qui ſe liti, ff. de rei vindic. l. in exceptionibus, ff. de probation.* Vndecimo, quod vna præſumtio, quæ euidentior eſt, tollat aliam, *l. Diuus, ff. de reſtit. in integrum, cap. per tuas, extr. de probation. cap. illud, extr. de præſumt. Euerard. in ſuis locis legalib. in loco a veriſimili, num. 14. Maſcard. concl. 1104. num. 1 l. non ſolum, ff. de ritu nuptiar. l mater. C. de calumniat. Menoch. lib. 1. quæſt. 3. nu. 1. Boer. q. 211. num. 18 Crauett. in tract. de antiq. temp. in 4. part. num. 21.*

His ita ponderatis, ſatis perplexam hanc quæſtionem eſſe animaduertimus, adhibita
40 & illa † conſideratione, quod cauſſa rei, qui ſe aliquid feciſſe negat, præſumtione iuris inſtructa videatur, *l 1. ff. de probat. l. 1. & l. fruſtra, & l. actor, ſupr. de prob.* Vnde cum habeat vnum teſtem ſuæ allegationi ſuffragantem, idem hoc caſu ſtatuendum videretur, quod alias de euidēti præſumtione iuris a noſtris Interpretibus traditur, hoc caſu ſcilicet duriorem probationem aduerſario incumbere *l. non eſt veriſimile, ff. quod met. cauſ. fact. eſt, c. quia veriſimile, de præſumt. l. teſtium, hoc titul. Bart. d. l. non eſt veriſimile, n. 1. Bald. in l. tranſactionem, C. de tranſact. Alex. n. 1. Spec. tit. de probat. §. fin. n. 28. verſ. quintum, quando quis ſe dicit,* vbi cōtendit, tres teſtes exigi, vel duos excellentes, *Iaſon in l. ſciendum, 30. ff. de verb. oblig. num. 10. Menoch. lib. 1. q. 31. nu. 9.* vbi tres teſtes omni exceptione maiores requirit, allegat Speculatorem, Alexand. Iaſonem, qui tamen paulo aliter loquuntur, vt ante intellectum eſt.

Augebitur huius rei difficultas, ſi exempla in medium proponamus. Quid enim, ſi accuſator duos teſtes exhibeat, qui contendant, reum, priorem in inuadendo occiſum fuiſſe, accuſatus vero vnum teſtem producat, qui deponat, id ipſum ab occiſo factum eſſe: vel, quid ſi duo teſtes adſerāt, quem ex feneſtra proiicientem antea proſpexiſſe, & ſtudio hominem prętereuntem oppreſſiſſe: vnus vero teſtis adſerat, illum minime proſpexiſſe, ſed incogitātius quid e feneſtra deieciſſe, vel effudiſſe? Sane in his & ſimilibus caſibus, maxime in criminalibus durum eſſe videtur, ſi ſuffragatio vnius teſtis nihil adminiculi in perſona rei adferret. Porro in criminalibus ſiquidē talis perſona ſit, quæ torqueri poſſit: exiſtimarem hoc modo viam ad veritatis inueſtigationem muniendam eſſe: ſin autē ex priuilegio torqueri nequeat, aut abſens condemnandus ſit, hic ſane ſubſiſto, ſi eam perſonam, quæ pro reo teſtimonium tulit, honeſtam eſſe ponamus. Repeto quidem memoria conſtitutione criminali Imperatoris Caroli *artic. 67. & 69.* com-
prehenſum eſſe, reum, ſi per † duos aut tres 41
teſtes ſpectatæ fidei conuincatur, condemnandum eſſe, etiamſi nulla cōfeſſio ab eodem elici poſſit. Etenim hi articuli quando
idem reus † ſuæ innocentiæ teſtem vnū, aut 42
alterum haberet, intelligendi nō videntur. Vnde ſi hinc duo teſtes pro accuſatore pugnarent, inde vnus pro reo, qui non minoris exiſtimationis eſſet, tēderet, atq; niteretur, qui diceret, deiicientē, id caſu, non viſo homine, qui præteriret, factū eſſe, mihi religio eſſet, talē reum cōdemnandi, neq; moueor legib. a nobis allegatis: loquuntur em̄ in cauſſis ciuilibus: in cauſſis aūt criminalibus aliam deciſionem *l. qui ſententiam, ff. de pœn. item l. fin. ſupr. de prob.* præ ſe ferre videntur. Sane in caſu homicidii maior dubitatio exoritur, ꝗ lex omne homicidiū dolo commiſſum cōſtituat, *l. 1. infr. ad leg. Corn. de ſicar.* Vnde ſi nulli teſtes de aggreſſione deponerent, non dubitarē, hoc caſu vnius teſtimoniū plurimū ad excuſationē illius facere: ſed ſi præter doli præſumtionē, duorū teſtium depoſitio accederet, quomodo vnius teſtimoniū ipſi ſubuenire poſſit, vix animaduerto, niſi aliæ coniecturæ, de quibus And. Gail *lib. 2. obſer. 109.* eidē ſuffragarentur. In cauſſis ciuilibus vrgent quidem leges a nobis citatæ: non video tamen, quid prohibeat duorū teſtimonium per aſſertionē vnius teſtis ſaltē ita elidi, vt Iudex ex officio, & ad eliciendā rei veritatem paulo plenius inquirat, item actori ad tollendam dubitationem iuſiurandum deferat, *l. admonendi, ff. de iureiur. item l. in bonæ fidei, ſup. de reb. cred. & iureiur.* vbi & illud certa ratione attentauimus. Sed obſtat conſenſus Doctorū, vt antea admonui, quorum præcipuum fundamentū videtur conſiſtere *in c. 2. extr. de probat.* vbi tamen altum ſilentium, quid iuris ſit, ſi reus contrarium certo modo probaſſet.

Secundum hanc noſtram interpretationem non poteſt abſurdū iudicari, quod ſupra ex recepta Doctorum noſtrorū ſenten-
tia docuimus: quod ſi hinc † duo teſtes clerici actoris cauſſam inſtruxiſſent: reus vero 43
duorum laicorū teſtimonio niteretur: quāuis clerici cenſeantur digniores: tamen rei cauſſam hoc caſu potiorem eſſe. Quod ſi ita ſit, inſignem declarationem definitio

noſtræ

noſtræ legis & aliarum, de quibus ſupra meminimus recipiet. Sciendũ tamen eſt, quod *vt ait Hoſtienſ. in cap. in noſtra, Felyn. ibidem nu. 1. item Abbas ibidem nu. 6.* quod tãta poſſit eſſe eminentia duarum perſonarum pro actore deponẽtium, vt pluribus teſtibus vilioribus merito præferantur: quãuis eorum ſententia, dum duos teſtes receptæ auctoritatis multitudini præferendos cenſent, indiſtincte intellecta, ex cauſſa multum abſur-
44 ditatis parere poſſit. Nam † ſi magnus eſſet excedentiũ numerus, hoc caſu Bartoli ſententia, *d. l. ob carmen. §. fi. nu. 1. Imol. cap. cum in tua. extra. de teſtib. nu. 4. Ant. de Butr. nu. 11.* præferenda eſſet, exiſtimantium ad multitudinem reſpiciendum eſſe. Quando autem magnus exceſſus interuenire videatur, id arbitrio iudicis relinquendum eſt, *vt docent hic Iulius Pacius num. 19. Antonius de Butrio in dict. cap in noſtra, poſt Gloſſam numer. 11. Decius in cap. licet cauſſam, num 9. Proſper Farinac. in ſuo tract. de teſtib. tit. 7. quæſt. 65. libr. 3. num. 125.*

45 Hæc de ſecundo teſtium † momento: Tertio teſtimonia ex cauſſæ natura atq; fauore etiam adminiculum recipiunt, veluti ſi ſententia proferatur pro teſtamento, *l. Papinianus. §. fin. ff. de inoffic. teſtamento*, vel ſi matrimonium aut cauſſa eccleſiæ, libertatis, dotis, aut ſimilis per huiuſmodi ſententiam confirmaretur vel adiuuaretur, *cap. penult. extr. de re iud.*

His & ſimilibus cauſſis ceſſantibus ſententiam pro reo ferendam eſſe multæ ratio-
46 tiones † ſuadent: Primo, quod accuſator, antequam crimen intenderet, ſe munire & præparare potuerit, quod in reo ſecus eſt, *l. ſi quando, ſupra. de dilat. l. qui in alterius, 42. ff. de regul. iuris.* Secundo, quod rei fauorabiliores ſint, *l. fauorabiliores, ff. eodem titul.* quodque proniores eſſe debeamus ad liberandum, quam condemnandum, *l. Arrianus. ff. de obligat. l. abſentem. ff. de pœn.* Tertia ratio eſt, quod cum reus accuſetur alicuius delicti vel culpæ, ea in dubio non præſumatur, *cap. final. extra. de præſumt. & l. merito. ff. pro Socio, Alciatus regul. 3. de præſumt. 44. numer. quarto, Menochius libr. 2. præſumt. 90. num. 1. & ſeq.*

Hactenus itaq; recognouimus, quæ momenta cauſſam pari numero teſtiũ approbatam, confirmare, aut infringere poſſint. Sed diſceptationis † eſt nõ adeo expeditæ,
47 *quid probandum ſit. ſi hinc teſtes dignitate præſtantiores ſe offerant, inde quidem minoris exiſtimationis, ſed qui veriſimiliora deponant?* Textus noſter videtur innuere, dignitatis cauſſam prẹponendam eſſe, idemque aperte confirmare videtur, *capit. in noſtra, extra, de teſtibus.* Pugnat e diuerſo, *l. ob carmen. §. fin. ff. de teſtibus item l. 1. in princip. & §. eiuſdem, ff. de teſtibus. item capit. licet cauſſam, verſ. ex præmiſſis, extra. de probat.* ea nos debere ſpectare, quæ rei aptiora ſunt.

Pro dirimenda contentione propoſita, ſtatuo amplectendam eſſe ſententiam Andreæ Tiraquelli in enarratione, *l. ſi vnquam, infra. de reuocand. donat. in ſua præfatio. Abbatis in capit. cum oporteat, de accuſat. numer. 11. Decii in cap. licet cauſſam, extra. de probat. numer. 9. Gabriel. in ſuo tractat. commun. concluſ. tit. de teſtibus, concluſ. 4. num. 32. Farinac. in tractat. de teſtibus, libro tertio, titul. 7. quæſt. 65. numer. 135.* in dubio † magis credendum eſſe 48
teſtibus, qui veriſimiliora deponant, quod tamẽ intelligimus, ſi veriſimilitudo ſit proxima, quæque admodum vrgeat. Exemplo res impedita illuſtrior reddetur, ſi tractetur de dominio, & teſtes dignitate præſtantiores quem domnium inde eſſe aſſerant, quod quis rem emerit, pretium numerarit, & in vacuam poſſeſſionem ſit miſſus, *l. cum res, ſupra. de probatio.* alii autem teſtes exiſtimatione inferiores aduerſarium propterea dominum eſſe profiteantur, quod rem ab eo emerit, qui ex cauſſa vſucapionis, vel ſimili, iam dominus erat redditus, & quod ab eodem in poſſeſſionem vacuam miſſus ſit, cum hi teſtes concludentiorem rationem ſuæ depoſitionis adferant, merito præferendi ſunt.

Euidentiora exempla petere licebit ex *leg. matrem, l. neque natales, l. ad probationem, ſupra. de probation.* non audiendos illos eſſe teſtes, qui filiam propterea ingenuam eſſe deponant, quod parens ſe talem eſſe, per natales docere poſſit, aut quod fratribus nullum negotium exhibeatur. Potiora itaque illa teſtimonia eſſe ducimus, quæ hoc de matre perhibeant. Huc referri poteſt *l. tranſactionem, ſupra. de tranſact. & l. non eſt veriſimile, ff. quod metus cauſſa factum eſt, cap. non eſt veriſimile, cap. ex literis, capit. tertio, & pene totus titulus, extra de præſumtion.* ſi teſtes contra huiuſmodi præſumtiones, quid deponant.

Quod ſi † veriſimilitudo remotior eſſet, aut lõgius petita, hic nõ dubitauerim hone- 49
ſtiores teſtes p̃ferendos. Hæc igitur res, arbitrio ſolertis, & iudicio atque experientia

excellentis iudicis, vt multa alia moderanda videntur, *l. 3. ff. de teſtibus. in princip. & §. ideoque, & §. eiuſdem, §. idem diuus. d. l. ob carmen 21. §. fi.* quod ſcilicet Iudex confirmabit animum ſuum illis argumentis & teſtimoniis, quæ rei aptiora, & vero proximiora eſſe comperiat, quod ſane dupliciter, & vtraque ratione cōtingere poteſt, vt apparet ex *d. l. 3. ff. de teſtibus.*

Tertium, legis noſtræ caput eſt, quod re-
ſponſio vnius teſtis non audiatur, etiamſi
50 præclaræ † curiæ honore præfulgeat. Idem
confirmatur, *l. penult. ff. de quæſtion. cap. licet
vniuerſis. cap. veniens, cap. in omni negotio, extr.
de teſtibus*, idemque etiam obtinere iure di-
uino, edocemur ex *d. c. in omni, extr. de teſtib.
cap. cum eſſes, extr. de teſtam. cap. nouit, extra. de
iudiciis, cap. admonere, 33. q. 2.* vbi hæc verba,
quæ bene notanda ſunt, ſeſe offerunt, *qui
matri non peperciſti & filios tuos orphanos feciſti
inducere vis ſuper eam mortis cauſſam poſt mor-
tem, per vnum homicidam & reprobum teſtem,
incuſare vis mortuam. Quoniā nec Euangelium,
nec vlla diuina humanaque lex vnius teſtimonio
etiam idoneo quemquam condemnat, vel iuſtifi-
cat: quanto magis per iſtum flagitioſiſſimū & ſce-
leſtum, nec illa viua debuit condemnari, nec a te
poſt eius mortem accuſari.* Hinc inferunt Do-
51 ctores noſtri, ne per Principem † quidem,
aut ipſum Pontificē induci poſſe, vt vni te-
ſti fides adhibeatur, *Felyn. in c. 1. extr. de fid. in-
ſtrum. nu. 1. arg. eius text. Anton. Gabriel tit. de
teſtib. num. 7. Roman. ſingular. 361. arg. cap. ſunt
quidam 25. quæſt. 1. Tiraq. in tract. de indicio, de
rebus exigend. verſ. ſecunda ratio eſt. Decianus
conſ. 92. num. 26. lib. 2. Maſcardus lib. 1. concluſ.
11. num. 10. Farinac. in ſuo tract. de teſtibus. lib. 2.
tit. 6. quæſt. 63. num. 8. argum. cap. indicas Her-
mannum, 3. quæſt. 9.*

Hæc tamē regula ad hunc modum pro-
52 pagata † nonnullas exceptiones admittit.
Principio enim Princeps ex iuſtis cauſſis id ſtatuere non prohibetur, idque argum. *cap. quæcunque, 11. quæſt. 1.* tradiderunt Innocent. *in cap. nuper extr. de teſtib. Tiraquell. in tractat. de indicio, de reb. exig. verſ. ſecunda ratio circa fin. Farinac. d. quæſt. 63. n. 12.* vbi plures refert, quemadmodum ex ſequentibus adhuc melius colligere licebit. Etenim hoc ipſum ſolet aliquando impetrare eminentior perſonæ dignitas. Etenim Pōtificis aſſertioni innitendum eſſe edocemur ex *cap. 1. de probat. item cap. cum a nobis, 28. de teſtibus*, dum propoſita regula mox hæc verba ſubnectit: Salua in omnibus ſedis Apoſtolicæ auctoritate, & ibidem Felin. *nu. 1.* Panorm. Aretin. *nu. 7.* Maſcar. *concluſ. 1143.* Ioſeph. Ludouic. *in ſuis commun. opin. concluſ. 14.* Anton. Gabriel. *tit. de probat. concluſ. 2. nu. 2.* Tiraquell. *de retract. gentil. §. 2. gloſſ. 14. num. 49.* habet tamen hoc pronuntiatum multas productiones, denique quibus reſtringatur non pauciores limitationes, quas videre licet apud Anton. Crauettam *in tract. de antiq. temp. part. 1 ſect. propoſitum, Maſcar. concluſ. 1227. Anton. Gabriel. d. concluſ. 2. tit. de probat. Proſper Farinac. d. quæſt. 63.*

Quæ dicta ſunt de Pontifice, eadem trāſferri poſſunt ad perſonam Imperatoris vel Principis. Primo, generali argumēto, quod Imperator cum Pontifice comparetur, *§. finimus. Nouell. de rebus eccleſ. non alienand. cap. ſolitæ. extra. de maiorit. & obed.* deinde vi rationis *legis omnem. infr. de teſtam.* Tertio, arg. *l. 1. ff. de offic. præfect. prætor.* & quæ ibidem Baldus atque alii. Quarto, quod perſuaſum ſit, Principem a via iuſtitiæ non facile diſceſſurum eſſe, *l. 1. §. merito, & §. ſi quis a principe. ff. ne quid in loc. publ. l. ſacrilegii. C. de ſacrileg. l. ex facto. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Quinto, quod etiā aliis fides adhibeatur, qui ad tantæ auctoritatis & amplitudinis faſtigiū non pertigerint, vt apparebit ex ſequentibus. Sexto, quod ex definitione, *l. omnium, infra. de teſtam.* intelligamus, ideo teſtimonium Principis omnium probationum fidem excedere, quod inter tot nobiles & probatas perſonas Principis conſcientia, auctoritatem in veritate illuſtranda, maiorem conciliare ſoleat, quam rationem miror a noſtris Interpretibus in defendēda hac enuntiatione in conſilium adhibitam non eſſe.

His ita expoſitis tertiam declarationem dabit apud interpretes noſtros cognita aſſertio: nedum Cardinali, ſed etiā ſublimi aliqua dignitate prædito fidem accommodari ſolere, ſi ſe vt legatum miſſum eſſe contendat, *cap. nobiliſſimus, diſtinct. 97. & ibidem Gloſſa. atque Archidiac. Speculat. tit. de teſtib. §. reſtat, 11. verſ. decimo nono creditur. num. 10. Caſtrenſ. l. 1. C. de mandat. prin. nu. 2. & ibidem Salyc. nu. 1. Anton. Gabriel. de probat. concluſ. 3 nu. 1. tit. de probat. Maſcard. concluſ. 140. nu. 1. Abbas in c. quod ſuper his, extr. de fide inſtrument. & ibidem Felin num. 8. Farinac lib. 2. tit. 6. quæſt. 63. nu. 55. cap. 2.* Quarto his reſpondet, quod licet regulariter aliis perſonis nō accommodetur fides, tamē aliud obtineat, ſi aliqua alia adminicula concurrant, nam ſacerdoti dicenti aliquem pœnituiſſe credi ſolet,

ſolet, *cap. nemo, extra, de Simonia. & cap. omnis, extra. de pœnitent.* Quinto, idem admittendum in perſona tabellionis, ſi quæſtio ſit, vtrum inſtrumentum ſit publicum, an minus. *l. ſi quis decurio. Cod. ad legem Cornel. de falſis.* Sexto, idem quoque procedit in nuntio, cui fides adhiberi ſolet ratione denuntiationis a ſe factæ, *capit. cum parati extra. de appellat. l. 1. §. cura carnis. ff. de offic. præfect. vrbis. l. magis puto. § illud. ff. de rebus eorum, qui ſub tut. vel cura. Antonius Gabriel libro primo, titul. de teſtibus, concluſ. 1 num. 34. Nellus in tractat. de teſtibus num. 85.* Septimo, vnus teſtis auditur, ſi illud a teſtatore in vltima voluntate cautum ſit, & tractetur, de definitione alicuius rei, *vt in l. Theopompus. ff. de dot. prælegat. & ibidem Bartol. Maſcard. libro primo. quæſtio. 11. num. 13. Antonius Gabriel. dict. concluſ. 1. num. 31. libr. 2.* Octauo, ſi conſenſu contrahentium alicuius interpretationi ſtandum ſit, *argumen. l. 1. §. fin. ff. de verborum obligat. & ibidem Bart. Alciat. Zaſius & alii.* Nono, offert ſeſe ſingularis caſus, *in c. cœpit. ex inſinuatione, extra, de procuratorib.* vbi quis probat reuocationem mandati per vnum teſtem, cum ſuo iureiurando. Plures caſus recenſet Speculator *tit. de teſte § reſtat. numer. 8. idem Anton Gabriel dict. concluſ. 1. titul. de teſtibus Farinac. dict. quæſt. 63. capit. 1.* in ceteris innitendum videtur definitioni legis, *vbi ff. de teſtibus.*

Lex, Omnibus, 9.

Summaria.

1 *Nullus in re propria idoneus teſtis intelligitur, & rationes.*
2 *An iudex ex officio ſuo id facere poſſit.*
3 *Quomodo res propria in hac lege intelligatur.*
4 *An ſi de ſola exoneratione tractetur, locum hæc definitio habeat.*
5 *Quid obtineat in illis perſonis, quorum officium in ferendo & portando conſiſtere videatur.*
6 *Hanc definitionem non procedere in commodi & incommodi mediocritate, ſi perſona honeſta ſit.*
7 *Legatarios in teſtamento teſtes eſſe poſſe.*

CVm ex naturali affectione, quis in rem ſuam pronior ſit, quã cuiuſuis alterius, & proprii commodi affectatio æquitatis & iudicii lumen in animis hominum nedum obſcuret, ſed penitus extinguere videatur, *l. ſi. §. ſic enim ſupr. de iureiur. propt. cal dand. & auth. principales eod. tit. l. ſi ff. de extraord. cogn. c. accuſatores, 3. q. 5.* rectè hac lege admonetur, quod iura omnibus in re propria dicẽdi teſtimonii facultatem ſubmouerint. Idem-
1 que etiam † traditur, *in leg. nullus, ff. eodem titul. cap. inſuper, extra eodem.* Quod adeo verum eſſe conſtituimus, vt ſi etiam ab aduerſario hoc non obiiciatur, Iudex ex † officio 2
ſuo talem teſtem reiicere poſſit: Hoc enim indicant verba noſtræ legis, quod ſcilicet ſubmouerint facultatẽ dicẽdi teſtimonium in re propria, *Florian. in l. nullus, verſ. & ſic patet. ff. eodem tit. Proſper Farnac. lib. 2. tit. 6. quæſtione 60.*

Quomodo autem res propria dicatur, alio modo † videtur explicare Bartol. *hic numer. 2.* diuerſa autem ratione. Baldus *num. 1.* 3
ruſum alia ratione Caſtrenſ. *nu. 1.* Ego autem ſtatuo, rem propriam dici, ex qua quis emolumentum, vel in ſolidum vel pro parte ſentiat, *l. 1. §. in propria cauſſa, ff quand. appelland. ſit.* Si igitur tractetur de ipſius commodo, vel incommodo, proculdubio talis teſtis reiicitur, *Odofredus hic numer. 1. Oſaſcus deciſ. Pedemontan. 79 nu 40. Aymon Crauetta conſ. 99. num. 2. Maſcard concluſ 1357. num. 1. Proſper Farinac. in tractat. de teſtibus, quæſt. 60. num. 4.* Hocque adeo procedere multi Doctores commemorant, vt etiam, ſi tractetur † de 4
ſola exoneratione, locum habeat, *Lanfran. de teſtibus, num. 68. Boſſius in oppoſit. contra teſtes num. 57. Viuius in theſauro commun. opin. in verb. teſti deponenti. Cæſar de Graſſis deciſ 72. num. 7.* Hinc ſi quis pecuniam, quam mutuo dabat Sempronio, Titio deferendam dedit, Titius ad perhibendum teſtimonium idoneus non erit, quandoquidem tractatur de facto proprio, & de ſui exoneratione, *ita Bartol. hic numer. 7. Salycet. num. 6. Maſcard. libro ſecundo, concluſ. 758. numer. 2. Proſper Farinac. dict. quæſtio. 70. numer. 23.* Sunt qui tradunt, illud non procedere in his perſonis, quorum artificium in ferendo & portando conſiſtere † videtur, vt ſunt baiuli & alii, 5
qui operam accommodant in trãsferendo vinum, frumentum, & id genus alia, *vt Papienſ. in forma oppoſit. contr. teſtes in verb. in facto. eorum proprio. Boſſius in titul. de oppoſit. contra teſtes, num. 57. Maſcard. de probat. concluſ. 1357. num. 61.* Sed ſane talem declarationem non immerito repudiant Hippolytus Riminald. *conſ. criminal. diuerſ. 82. numer. 23. & inter ſua conſilia, lib. 2. conſ. 120. num. 1. Farinac. q. 60. nu. 26.*

Regula ad hunc modum conſtituta, moderationem primo accipit ex commodi vel incommodi † mediocritate, cum nõ ſit veriſimile, teſtem qui integræ opinionis ſit ob 6
exiguum aliquod lucellum corrumpi poſſe, *Maſcard. d. concluſ. 1357. nu. 58. Tiraq. de iudi-*

Digitized by Google

cio in rebus exiguis ferend. verſ. 86. licet teſtimonium, & 91 licet officiario, Caſar de Graſſis deciſ. 78. num. 8. Facrinac. d. quæſt. 60. num. 56. Neque hoc abſurdum videri debet, cum etiam iuramentum partis hoc caſu ſufficere ſoleat, *l. theſaurus. ff. ad exhibend.* & Iudex parua munuſcula recipere non prohibeatur, *l. ſolet. §. fin. ff. de offic. proconſ. cap. etſi quæſtiones. extr. de Simonia.* Secundo, hæc regula non videtur procedere in perſonis legatariorũ. Etenim
7 quamuis † legatarii emolumentũ ſentiant ex teſtamento, non tamẽ prohibentur, quo minus in vltima voluntate, vt teſtes, adhibeantur, §. *legatariis. Inſtit. de teſtam. ordin. & ibidem Viglius, numer. 5. l. dictantibus. infra. de teſtament. & ibidem Gloſſ. in verb. prohibetur, Odofred. num. 2. Iaſon. num 8. Corneus num. 2. Sichard. nu. 4. l. in teſtamentis, in princip. eodem tit. & ibidem Albericus, Baldus, Angelus in ſummario.* Quæ ratio ſit, non diſſimulat textus, *in §. legatariis*, quod ſcilicet non ſint iure ſucceſſores, alia ratio eſt comprehenſa, *in l. ſi quis ita. ff. de reb. dub.* Sed animaduertendũ hic eſt, Ioan. Andr. *in c. inſuper. num. 7. & Anchoran. ibidem num. 6. & plures alios, quos refert Maſcard. concluſ. 1357. num. 7. libr. 2. Farinac. quæſt. 60. num. 314.* fuiſſe in ſingulari opinione, vt id demum obtineat, ſi legatarii aliunde etiam citra teſtamentum tale compendium ſibi polliceri poterant. Sed hanc ſententiam non immerito reiicit Viglius, *d. §. legatariis, num. 9. Menochius caſ. 106. num. 14. lib. 2. arbitr. quæſt. Corneus in l. dictantibus. C. de teſtamen. num. 8. Baldus num. 2. Salycet. nu. 2.* Nos copioſius de hac quæſtione *in l. dictantibus, infra. de teſtamentis.*

Lex, Quoniam, 10.

SVMMARIA.

1 *Teſtibus ad iudicia venturis, ſumtus ſuppeditandi ſunt.*
2 *Serui ad perhibendum teſtimonium idonei nõ ſunt, & cauſſa.*
3 *An monachus in teſtem adhiberi poſſit, pugnantes doctorum ſententia.*
4 *Diſtinctio an ſuperioris licentia acceſſerit, an minus.*
5 *Alia diſtinctio auctoris, an fortuito caſu ſuperuenerit, an vero vocatus.*
6 *Socii & participes criminis a teſtimonio repelluntur.*
7 *An ſocius ad exonerationem ſocii in crimine audiri poſſit, diuerſa Doctorum ſententia.*
8 *Secunda lectio noſtræ cõſtitutionis. quod ſocius contra ſocium teſtimonium ferre queat.*
9 *An is, qui obiicit teſtem eſſe facinoris ſocium, de ſe confiteri videatur.*
10 *Cantela Bartoli.*
11 *Index de ſe confeſſum, de ſociis interrogare non poteſt.*
12 *Quo loci conſuetudo ex imperitia ſciſcitantium rem deduxerit.*

HAc conſtitutione generalis quędam regula traditur de ſumtibus, qui † teſtibus 1
ad iudicia venturis per accuſatorem, vel ab his, per quos fuerint poſtulati, debeant præſtari, de qua re cum diſſeruerimus, *in §. ſin autem alterutra, l. properandum, ſupra. de iudic.* lectorem breuitatis ſtudio eodem reiicimus. Duæ autem exceptiones in hac lege inſinuari videntur: Primo, *vt liberi ſint teſtes non ſerui.* Secundo, *ne ſocietate eiuſdem criminis ſe contaminarint.* Ratio illa † conſiderari 2
poteſt, quod illud faciendum non ſit, quod interpoſitum nullum effectum iuris habeat, *l. 1. ff ad municip. l. nam Sabinus. ff. de procurator. Inſtit. in prin. de inoff teſtam.* Porro regula eſt iuris ſeruum pro nullo haberi, *l. quod attinet, 31. ff. de reg. iur.* habet tamen hæc diſpoſitio temperamentum ſuum, vt ſerui reſponſo tunc credatur cum ad eruendam rei veritatem alia probatio non ſit, *l. ſerui, 7. ff. de teſtibus.*

Vnde in diſceptationem vocari poſſit, quid obtineat in † perſona Monachi. Nam 3
& hunc cum ſeruo comparari oſtendimus in noſtris cõmentariis, *de præſcript. par. 3. cap. 4.* & ſane Gloſſa, *in Nouell. de teſtibus. §. ſi vero dicatur, Speculat. in tit. de teſte. §. 1. num. 40. Sichard. hic num. 1. Proſper Farinac. in tract. de teſtibus, lib. 2. tit. 5. quæſt. 61. Clarus in §. teſtamentum, quæſt. 55. Emanuel Soarez in theſaur. recept. ſenten. in verbo teſtes, nu. 116.* monachum regulariter etiam in teſtamento teſtem adhiberi poſſe conſtituũt. Et hanc ſententiam receptam eſſe teſtatur idem Soarez, item Viglius, *Inſtit. de teſtam. ordin. §. teſtes, num. 11.* Contrariam autem enuntiationem conſtituit Maſcard. *concluſ. 261.* vbi multos auctores in confirmationem huius ſententiæ acceſſit, cuius rei multæ poſſunt eſſe conſiderationes. Monachus enim pro mortuo habetur, *cap. multos, diſtinct. 54. l. Deo nobis. C. de epiſcop. & cleric. § illud. & §. ſi quis autem. cap. placuit, 16. q. 1.* vnde nec velle nec nolle habere dicuntur, *cap. ſi religioſus, & cap. ſi abbatem, de elect. in 6.* deinde monachi generaliter prohibentur ſe ſecularibus negotiis implicare, *tot. tit. ne cleric. vel monach. ſecul. neg. accedit clem. exiui. §. verum. de verbor. ſignific.* Pro conciliatione igitur huius repugnantiæ diſtinguendum vna cum Ioanne Fabro *Inſtit. de*

ſtit.de

ſtit.de teſtament. §.*teſtes num.5.* eſſe exiſtima-
4 mus,vt interſit an ſuperioris licentia acceſſerit,an minus, vt illic poſſit officio teſtis fungi,hic non poſſit, *Felinus in cap.cum nuntius,extra.de teſtibus,num. 3.Baldus hic numer. 4. Franciſcus Curt.in tract.de teſtibus.num.96. Boſſius in ſuo tract.criminal.titul.de oppoſit.contra teſtes,num. 92. Maſcard. concluſ.261.num. 5.item concluſ.1358.numer.32.Proſper Farinac. dict. quaſt. 61. numer. 330.* idque confirmari poteſt,*argumen.dict. capit.ſi religioſus,& cap. abbatem.de elect.in ſexto,item clem. 1. de teſtament.cap.2.de teſtamen. in 6. vbi de exſecutoribus teſtamenti tractatur.* Hæc conciliatio vt animaduertere licet, videtur communiter recepta eſſe: poſſet tamẽ meo iudicio multo conuenientius diſtingui ex auctoritate, *cap. quanquam, 14. quaſt. 1.* intereſſe vtrum
5 tractetur † de negotio, quod fortuito caſu contractum ſit,an vero quod adhibito conſilio & meditatione ſit gerendum, vt hic teſtes religioſi plane repellantur, illic autem ita demum deponere poſſint, dummodo iurent,impetrata facultate a ſuo Abbate, §. *volumus, Nouell. 4. de monachis.* Hanc diſtinctionem meo iudicio optime probat, *cap. quamquam, 14.q.2.*

Secundo repellũtur a teſtimonio, vt an-
6 tea præceptum eſt ſocii atque † participes criminis,quæ res duplicem intellectum admittere videtur, & primus eſt, *an ſcilicet is, qui ſocietate criminis ſe obſtrinxerit poſſit, pro altero ad eius defenſionem teſtimonium dicere.*
7 Qua in diſceptatione † Gloſſa hic *in verb. participes.* Cynus, *numer.2.* Bartol. *numer.5.* Caſtrenſ.*num.2.* Bald. *num.5.* Salycet. *nu. 5.* Donell.*num.13.* cõſtituunt intereſſe,an crimen ita coniunctum ſit,vt abſolutio ſocii deponenti prodeſſe poſſit,*l.denuntiaſſe.* §.*ſi. ff.ad leg.Iul.de adult.l.ſi quis ſeparatim.ff.de appellat.l.1.& 2.infra,ſi vnus ex pluribus appell.* cum ſcilicet vna eſt cauſſa defenſionis, hic tales ſocios admittendos non eſſe,idemque videntur probare Crotus *in tract.de teſtibus, num.91.ſub lit. GG. Menoch. arbitr. quaſt. lib. 2. centur.5. caſ. 474.num.13. Boer. deciſ.319. in princ. Maſcard.concluſ.1311.num 1. & concluſ. 1357* hinc Baldus *hic num.5.* & illum ſecutus Caſtren.*num.1.*declarat, quod etiam ſi tres ſocii criminis quartum excuſarent, tamen huiuſmodi depoſitionem admittendam non eſſe.

Quod ſi vero non eſſet eadem cauſſa defenſionis,Gloſſa,Bartol.& multi alii eo caſu illos reiicere non videntur. Hanc tamen traditionem, quod ſocius criminis,teſtimonio ſuo alium ſubleuare non poſſit, videntur repudiare Carrerius *in ſua pract crim.tractat.de indic.& tortur.*§.*octauum indicium numer.29. Marſil. in ſua praxi criminal* §. *reſtat. Oſaſc.deciſ.Pedement.79. num. 19. in fin.Cephal. conſi.75.num.49.lib.1. Bertazol conſi.538.nu.6.* quos refert & cum certa diſtinctione ſequitur Proſper Farinac. *in ſua praxi crimin. lib. 1. tit.5.quaſt 42.num.11.*Primo quod in his quæ occulte perpetrari ſolent inueſtigari veritas facile nequeat, niſi per eos qui delicti participes ſunt, vt *Bald.hic num.6.arg.cap.fin.de teſtib.cog.& cap.veniens extra de teſtib.*Secundo quod ad innocentiam alicuius aſſerendam teſtes etiã minus idonei admittantur, *Grammatic.deciſ.56.num.16.* Tertio , quod ad defenſionem inquiſiti etiam præſumtiones ſufficiant, ſecundum definitionem Gloſſæ *in l.1.Cod. de ſicari.* Ipſe autem Farin.*ibidem num. 13.* diſtinguit vtrum huiuſmodi teſtes ex officio iudicis examinentur, an vero ad petitionem accuſati,vt hic illorum teſtimonium reſpuatur, illic vero admittendum ſit, quod ex quo crimen de ſe ſit confeſſus,& in ipſo cruciatu excuſet alios, qui eiuſdem criminis inſimulabantur,cauſſa non ſit, quare huiuſmodi innocentiæ declaratio audiri nõ debeat,cum ceſſet ratio affectionis, maxime cum videamus non reſpui illorum teſtimonia, qui cum antea in tormentis quem, vt criminis ſocium accuſaſſent, poſtea cum ad ſupplicium ducuntur, quæ a ſe dicta ſunt, reuocant, de quo in *conſtitut. crimin. Caroli V.art.31.*

Secundo noſtrum † pronũtiatum aliam 8
interpretationem recipere poteſt,*ſecundum Gloſſam in d. verb. participes, Albericum nu. 1.Baldum num.5. Angel.nu.3. Salyc.nu. 4. Cynum nu.2.Odofred.nu.1.Caſtrenſ.nu. 1. Bartol. nu.3.in lect.antiq. Iulium Pacium nu.8. Sichar. num.2.* vt ſcilicet is,qui eiuſdem flagitii ſocietate ſe contaminauerit, non poſſit contra alium in teſtem produci.

Quæ expoſitio † incidere in difficulta- 9
tem videtur. Quod ſi reus obiiciat, alium eſſe ſocium criminis, per conſequens de ſe fateri videatur. Qua de cauſſa Bartolus *hic nu.4.lectur. antiq.* ait, hanc dificultatẽ † ita
ſubmoueri poſſe, vt reus non ſimpliciter 10
fateatur crimen, ſed prætendat, propterea talem teſtem audiendum non eſſe, quod de crimine æque infamatus ſit, vt ipſe reus

Digitized by Google

Alberic num. 1 poſt Archidiac. Ioan. Andr. Iaſon. ab illo allegatos: Speculat. tit. de accuſatore, num. 10. hanc exceptionis formulam propoſuerunt. *Excipio contra te, quod non potes accuſare, quia quicunque fuerit in delicto, tu illud feciſti, & id probare volo.* Ego autem exiſtimo Bartoli opinionē multo ſecuriorem eſſe. Sunt tamen qui legem noſtram alio deflectunt, vt ſcilicet Iudex de ſe confeſſum
11 ſuper ſociis † interrogare nequeat, *vt l. fin. infra. de accuſat. l. repeti. ff. de quæſt. cap. 1. extra de confeſ. cap. nemini, 15. quæſt. 3. l. 1. §. diuus Antoninus. ff. de quæſtion.* Qua in re ſcien-
12 dum eſt † conſuetudinem per imperitiam inquirētium eo rem deduxiſſe, vt ſine delectu de ſociis ſciſcitentur, *vt teſtatur Clarus in §. fin. lib. 5. ſenten. quæſt. 21. Flamin. Cartarius in tract. de exſecut. ſentent. cap. 2. num. 59. Maſcard. de probat. concluſ. 1311. numer. 51. in fin. & plures alii, quos refert Proſper Farinac. d. q. 42. num. 123. in ſuo tract. crimin.* Ceterum ipſe admonet Iudices, *vt etiam facit Iulius Clarus,* ne temere a definitione iuris ciuilis diſcedant, & ante omnia diligenter explorent, an de tali conſuetudine, quæ in regione in qua agit, confirmata ſit, definita iuris ratione conſtet. Nam & ipſe ingenue fatetur in curia Romana hunc morem receptum non eſſe.

Authent. ſi Teſtes.

SVMMARIA.

1 *Teſtes ſolere interrogari cuius conditionis ſint.*
2 *Quod officium ſit aduerſæ partis ſi teſtis neget conditionem ſuam.*
3 *Sub qua conditione libertinus admitti poſſit.*
4 *Priuatio præſupponit habitum.*
5 *Inimicus an prorſus a teſtimonio repellendus ſit, an vero tempore diſputationum id ſeruandum ſit.*

DVo potiſſimum pronuntiata in hac noſtra authentica continentur. Primum, teſtem ſeruilis conditionis admittendum
1 non eſſe: qua de cauſſa † etiam interrogari teſtes ſolent, cuius conditionis ſint, *vt hic, & l. 2. & 3. ff. de teſtibus.* Et quidem ſi reſpondeat, ſeſe ſeruum eſſe, reſpuitur ipſius teſti-
2 monium: ſi contendat ſe † liberum, etiam ipſius teſtimonium repudiatur, ſi aduerſarius per natales impleat illum ſeruilis for-
3 tunæ eſſe: ſin vero, profiteatur ſe † libertinum eſſe, non aliter admittetur, quam ſi doceat de manumiſſione ſua, aut ſi iuret ſe alibi has probationes habere, admittetur quidem, ſed niſi poſtea inſtrumentum collatæ libertatis proferat, huiuſmodi depoſitio in irritum reuocabitur, *ita Gloſſa hic in verb. impleatur, plenius autem Bartol. numero quinto & ſexto. in lectur. antiq. Baldus numer. 2. 4. & ſequent. Albericus numer. 1 & 5. Salycetus numer. 2. Angel. numer. 1. Fulg. num. 2. Sichardus num. 2. & 3.* qui etiam hanc quæſtionem transferunt ad cauſſam excommunicationis, vt ſi quis abſolutum ſe contendat, hoc docere cogatur, quod priuatio alicuius † habitum ſupponat, *l. decem. 116 ff. de verborum obligatiō. & l. manumiſſiones. ff. de iuſtit. & iur.* Ex quo ſupra intelleximus, exceptiones, quæ contra teſtes proponi ſolent, plerumque ſeruari tempore diſputationum. Incidebat alia cōtrouerſia, *an idem probandum ſit in cauſſa inimicitiæ?* Et diſtinguit textus, † intereſſe, ex qua cauſſa huiuſmodi inter litigatorem & teſtem exarſerint inimicitiæ, an ex mota lite criminis, an ex cauſſa pecuniaria? Si ex cauſſa criminali, & de hac re appareat, vel ipſius confeſſione, vel alio modo, plane repellendus erit. Secundo vero caſu ſeruabitur huius rei diſceptatio in illud tempus, quo litigantes publicatis teſtimoniis confirmare teſtium perſonas, & dicta pro ſua parte productorum, aut contra aduerſæ partis teſtimonia eleuare propoſitis ſuis exceptionibus vel confutationibus ſolent. 4 5

Notandum itaque eſt, ex hac noſtra authent. regulariter teſtem inimicum ad ferendum teſtimonium idoneum non eſſe, quod & ipſum diuerſis in locis probatur, *vt infra l. ſi quis teſtibus, item. l. 3. ff. eodem tit. l. 1. §. præterea. ff. de quæſtion. cap. cum P. Manconella, cap. meminimus. & cap. cum oporteat.* Ceterum capitales inimicitię ita demum illum repellunt, vt nullo modo admittatur, ſi de illo conſtet, vel incontinenti probari poſſit, *Gloſſa in verb. pecuniaria, Bartolus hic num. 9. Albericus numer. 3. Salycet. num. 5. Baldus numer. 9. Angel. num. 2. Fulgoſ. num. 3. Caſtrenſ. num. 4. Sichard. num. 4.*

De lege libertorum, hic nihil differendum eſſe exiſtimauimus, quod ſeruitus inter Chriſtianos, cum omnium animæ Chriſti ſanguine redemtæ ſint, communi conſenſu ſublata ſit, vt ſæpe admonui.

Lex, Nullum. 12.

SVMMARIA.

1 *Mutata conditio interrogandi teſtes ex collatione eorum quæ ſcripta reliquit Cicero.*

2 An

2 *An interrogandi facultas ſolis iudicibus ſeruata ſit.*
3 *Iudex teſtes aures ipſius offendentes coercere poteſt.*
4 *Etiam incompetens iudex teſtes punire poterit.*
5 *Qua pœna huiuſmodi teſtis coerceri poſſit.*
6 *Diſtinctio inter iudicem qui merum imperium aut non habeat.*
7 *Pœna extraordinaria quem a iudice ordinario non liberat.*
8 *An qui extra ordinem pœnas dedit, ordinaria pœna legis Corneliæ de falſis puniri poſſit.*
9 *An clericus a iudice Laica diſtringi ex cauſſa falſi teſtimonii poſſit.*
10 *Doctores qui illud negent.*
11 *Contraria ſententiæ aſſertores, & legum atque rationum præſidia.*
12 *Argumenta partis negatiuæ.*
13 *An iudex delegatus hanc poteſtatem exercere poſſit.*

1 SI quis iuſtituta temporis † quo Cicero, & id genus alii Oratores claruerunt, voluerit conferre cum deciſione præſente, longe, aliter rem comparatam eſſe animaduertet. Etenim cauſſarum patronis licuit ſubtili interrogatione quid leuitatis aut cōtra cōſtantiæ in teſtibus eſſet explorare, vt videre licet apud Ciceronem, *libr. de Oratore, & in libro, Orator.* Porro ex recitatione præſentis legis (vt eandem communi Doctorum calculo exponi animaduerto, nam quid nos ſentiamus, explicabimus, *l. ſi quando, infra*
2 *hoc tit.*) docebimur hanc poteſtatem † ſolis iudicibus ſeruatam eſſe, qui exacto palam & præſentibus litigatoribus iuramento vniuerſum certamen ſecreto peragant, ſecuti ſcilicet ordinem articulorū l bello, & contra exceptionibus diuerſæ partis compreheņſorum, & p opoſitis ex communi ſtylo omnium pene curiarum interrogatoriis vtriuſque partis, *argum. cap. præſentium, de teſtibus in 6. item, cl. ſæpe contingit, de verb. ſignif. & § & quia.* Porro, ſi huiſmodi teſtes aures
3 ipſius † offenderint, contraria atque falſa proferendo, & contumelioſa in iudicem effutiendo, Iudex illos ratione temeritatis coercere poterit, *l. qui falſo. ff. de teſtibus. l. eos ff. ad l. Cornel. de falſ.* quod vſque adeo procedit, vt ad euadendum iudicis motum, neq; armatam militiam, neque vllam fori exceptionem prætexere poſſint.

Obſeruare itaque hoc loco debemus, quod quamuis nemo a non competenti iudice diſtringi debeat, *l. factum, ff. de regul. iur. l. 1. & toto tit. ſi a non compet. iud. l. contumacia. ff. de re iudic. l. a diuo Pio, 15. in prin. & § ſeq. ff. re iudic. l. diuus, 31 ff. de falſis*, caueatur huiuſmodi Iudicem debere referre animaduerſionis cauſſ m ad Principem, vel illum, qui tale imperiū habet, † nihilominus admittatur ad huiuſmodi teſtes puniēdos. Ratio illa 4
eſt, quod cum iudicii auctoritas in tuto collocanda ſit, *l. obſeruandum. ff. de offic. præſid.* per conſequēs in delictis quæ corā eo committerentur, conueniens iuriſdictio ipſi deferenda fuerit, vt apparet ex hac conſtitutione, *& Nouell. 50. cap. 1.* quod ipſum etiam colligitur *ex l. ſeq.* cuius argumentum ex baſilicis hic Cuiacius inſeruit, & quam potius ad illuſtrandam materiam, quam ad conuenientem auctoritatem præbendā, cum priuata ſit, allego. Ceterum quæſtionis eſt, qua 5
pœna † huiuſmodi teſtis plecti poſſit. Et Gloſſa quidem & Gloſſam ſecutus Bart. *n. 9.* Caſtrenſ, *nu. 2. & nu. 5 in fi.* Bald *nu. 9.* Proſp. Farinac. *in tract. de teſtib. q. 66. part. 2. num. 56.* conſtituūt, duplici pœna huiuſmodi teſtem affici poſſe, pœna legis Corneliæ de falſis, *d. l. eos.* item pœna extrordinaria, *arg. l. fin. ff. de priuat. delict. Boſſius in d. tit. de oppoſ. contra teſtes lib. 2. Nellus in tract. de teſt. nu. 117. Anton. Gabriel lib. 7. concluſ. 29. nu. 2. Clarus. § falſum, verſ. teſtis qui falſum*, idque etiā videtur colligi ex noua conſtitutione præcedēti & ſequenti, *l. hanc legem, hoc eod. tit.* item defendit Farinac *quæſt. 67. tit. 7. § 2.* vbi tamen diſtinguit inter Iudicem, qui merū & mixtum imperium habeat, & qui tali iuriſdictione 6
ſubnixus non ſit. Poſſe † enim priorem Iudicem, quam velit, infligere diuerſum eſſe in iudice inferiori, qui extra ordinem duntaxat punire debeat, *arg. noſtræ legis*, quod & ipſum ſentire videtur Bart. *num. 9 ſecunda lectur. dum Gloſſam conciliat, Bald. num. 5. Alberic. nu. 2 & 4. Salycet. num. 2. verſ. item nota. quod iudex. Sichard. nu. 2. Crotus in tract. de teſtib. n. 384. Innoc. c. 1. de crimine falſ. in princ.*

Porro animaduertendum eſt, non poſſe quem ſe hac præſcriptione † defendere, q 7
pœnas extra ordinem luerit, niſi talis animaduerſio ſit, quæ improbitati reſpondeat, *argum. l. licet § fin. ff. nautæ caupon. ſtabul. l. ſenatus. ff. de accuſat.* ſi enim minor ſit pœna, adhuc alia infligi poterit, *l. ſi cui, § final. ff. de accuſ.* Quæ res confirmat opinionē Gloſſæ *in verbo animaduertendi*, quam Bartol. non videtur bene percepiſſe, *vt oſtendunt hoc loco. Baldus num. 4. Salyc. num. 2. verſ. ex hoc apparet. Caſtrenſ num. 5. Fulgoſ. num. 3. verſ. ad finem dicit. Sichard numer. 12. Boſſius in titul. de falſ. numer. 104. & ſequent.* oſtendens hanc ſententiam crebrius placuiſſe. *Clarus in ſua praxi crimin. § final. quæſtio. 38.* idque argu-

Digitized by Google

mento *l. placet in fin. ſupra. de ſacroſanct. eccleſ.* diſſentiunt tamen, *vt ante inſinuauit hic Bart. numer. 9. in lectur. antiq. Angel. num. 1. verſ. vltimo gloſſa. Cynus num. 5. circa fin. idem Alberic. in l. vbi. ff. ad l. Cornel. de falſ. num. 1.* exiſtimantes, quod ex quo pœnæ electio commiſſa ſit iudici, illum inferentem eam, quæ mitior ſit, ſibi viam ad quid vlterius conandum interſepiſſe, *l. qui ſepulchrum infr. de ſepulchro violato.* Sed hæc ratio nos mouere non debet. Poſſet enim tolerari, ſi de vno & eodem Iudice quæreretur. Cum autem proponamus, diuerſos eſſe Iudices, incompetentem vnum, cuius aures ſuo teſtimonio offendit, & inde etiam ius nanciſcitur in eum extra ordinem ratione contemtus animaduertendi: alium, qui ordinarius & competens ſit, quique pœnã, quæ improbitati conueniat, ſtatuere poſſit, alienum a ratione cenſeri non debet, quod huic ius ſuum ſeruetur, cum reipublicæ expediat, vt crimina puniantur, *l. ita vulneratus, 51, ff. ad leg. Aquil.* idque vigor publicæ diſciplinæ expoſcat, *l. locatio. §. quod illicite. ff. de publican.* qui §. magnam affinitatem cum præſenti quæſtione habet, cum pœna ob vtilitatem priuatorum exacta, non efficiat, vt alia remiſſa intelligatur, idque etiam colligitur ex cap. *felicis. extra. de pœn.* Exſiſtit tamen
8 hic quædam difficultas, quæ † non immerito rem accuratius verſantẽ torquere poſſit: nimirum quod acerbum videatur, cum, qui ſemel pœnas certa ratione dederit, ad pœnam legis Corneliæ de falſis vocari, quaſi nullas luiſſet. Repugnat enim æquitas ipſa, *l. bona fides. ff. de reg. iur.* & expreſſa deciſio, *l. omnes, infra. de pœnis.* Qua de cauſſa ſtatuo nos ex modo animaduerſionis, quæ ſuſcepta eſt a priori Iudice, conſtituere debere, an & quomodo vindictã moderari debeat. Si enim contemtus ſolius iudicis in quæſtionem apud priorem duntaxat venit, hoc caſu non dubitarim integram pœnam legis Corneliæ de falſis exerceri poſſe. Quod ſi vero coerctionis modus vel ſententię verba aliud præ ſe ferant, & pœna extraordinaria non multum abſit a rigore, qui in lege Cornelia interuenire ſolet, hic non reſpuerim ſententiem Bartoli, Cyni atque Angeli. Sin autem multum interſit, adhuc tamen pœnam legis Corneliæ de pœnis molliendam arbitrarer, *dict. leg. omnes, 21. Cod. de pœnis. Miranta in ſuo ſpeculo titul. de inquiſit. num. 89. Proſper Frainac. in ſua praxi crimin. libr. 1. tit. 1. quæſt. 4. nu. 41.* in quam ſententiam etiam inclinat Didac. Couarru. *variar. reſolut. lib. 2. cap. 10. num. 2.*

Sed deliberationis eſt non † vſque adeo 9
expeditæ: an ſi clericus in teſtimonio edendo falſa dixerit, vel vacillarit, aut alias aures iudicis offenderit, is ab eodem multari vel puniri poſſit? Exiſtimat Gloſſa † hic *in verbo* 10
præſcriptione, Pacius nu 7. Baldus num. 8. Fulgoſ. numer. 1. qui ait, omnes tacite cum Gloſſa tranſire, *Alexander in addit. ad Bartol. in l. 1. ff. de iudic. Marſil. in l. fin. num. 152. ff. de iuriſdict. omn. iudic. Monticell. in ſuo repertor. teſt. rubric. teſtis punitio*, idque cum certa diſtinctione, vt ſcilicet ex officio ſuo non ad partis inſtantiam illud poſſit, defendunt Anchoran. & Angel. relati a Matth. de Afflict. *deciſ. 230. numer. 2.* item Chaſſan & Aufrer. Fridericus de Senis *in locis deſignatis, a Iulio Claro. §. fi. q. 38. item Proſper Farinac. in tract. de teſtib. q. 67. nu. 2.*

Diſſentiunt tamen & contrariam † par- 11
tem aſſerunt. Salycet. *hic nu. 4.* Caſtrenſ. *nu. 5.* Alberic. *in l. præsbyteri, nu. 1. ſupra. de epiſcop. & cleric.* Afflict. *deciſ. 230. nu. 1.* Boſſius *in tit. de falſ. nu 110.* Couarru. *pract. quæſt. cap. 18. nu. 8.* vbi hi duo teſtantur hanc communem eſſe ſententiam, *Clarus quæſtion. 38. verſ. ſed hic quæro, Roland. conſi. 12. num. 34. Menoch. arbitrar. quæſtion. libr. 1. quæſt. 91. nu. 18.* quos pro inſigni parte refert & ſequitur Proſper Farinac. *in tract. teſtium, quæſt. 67. num. 56.* Priorem ſententiam commendare videtur definitio noſtræ legis, deinde illa conſideratio Curtii *in leg. prima, ff. de iudic.* quod quamuis clericus non poſſit in iudicem laicum conſentire, tamen delinquendo adſtringatur eius iuriſdictioni. Tertio, quod quædam per conſequentiam explicari poſſint, quæ directe nequeant, *l. 1. ff. de auctor. tut. & cur. l. ſi ſponſus. §. ſi donationes. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Et hanc ſententiam conſuetudine Galliæ probatam eſſe aſſeuerat. Guilielmus Benedictus *in cap. Rainutius, de teſtament. in verb. & vxorem nomine Adelaſiam, nu. 434.* & apud Germanos, Mynſingerus *centur. 6. obſeru. 52. nu. 9.*

Argumenta contrariæ partis † non mi- 11
noris momenti videntur, cum ex cap. *ſi diligenti, extra de foro competen.* edoceamur, nẽ volentem quidem clericum ſe iuriſdictioni ſeculari committere poſſe. Secundo, huc referri poteſt authent. *ſtatuimus, ſupra, de epiſcop. & cleric.* Tertio, cap. *qualiter extra, de iudiciis*, ex quibus intelligimus, iudicem ſecularem nullam iuriſdictionem in clericos habere

Digitized by Google

habere. Quarto facit, *cap. cum ad verum*, *& cap. denique, 96. diſtinct. cap. ſi Imperator, eadem diſtinct.* ex quibus colligunt Abbas *in cap. ſolitæ, extra. de maiorit. & obed.* ſumto etiam argumento eius textus. Decius *in c. clerici, in vltimo notab. extra. de iudic. Rolandus a Valle, conſ. 12. vol. 2. nu. 44.* poſt alios ab eodem relatos, tale priuilegium tanquam iure diuino intoductum, ne quidem conſuetudine infringi poſſe.

In hac opinionum conflictatione, non facile fuerit viam, quæ periculo careat, inſtituiſſe. Qua de cauſſa cenſeo, ſolutionem petendam eſſe ex his, quæ in explicatione *l. placet. l. iubemus, item authent. ingreſſi, ſupra. de ſacroſanct. eccleſ.* de Imperatoris & Pontificis poteſtate diſſeruimus.

13 Non minus ſcrupuloſa illa † quæſtio videtur, *an Iudex delegatus hanc poteſtatem exercere poſſit?* Negat Salyc. *hic num. 9. Menoch. arbitr. quæſt. libr. 1. quæſt. 91. num. 4. Abbas in cap. 1. num. 9. extra. de crimin. falſ. Proſper Farinac. in tract. de teſtib. lib. 3. tit. 7. quæſt. 67. nu. 46.* vbi reprobata opinione Bartoli, Baldi, & quorundam aliorum, conſtituit hanc opinionem magis communem eſſe, tamen *nu. 48.* diſtinguit inter pœnam ordinariam & extraordinariam, item *nu. 51.* rurſum aliud diſcrimẽ introducit inter delegatum Principis & inferioris. Nos autem hæc commodius exſequemur in explicatione *l. iudices. infr. de fid. inſtrument.*

Lex, Si quis teſtibus. 13.

Summaria.

1 *Teſtes quos ſemel producendo approbauit nemo recuſare poteſt.*
2 *Tres conditiones quas Donellus ad hoc requirit, examinatæ.*
3 *An ſola productio ſine examinatione vel publicatione ſufficiat.*
4 *Quid ſi nominatio duntaxat interuenerit.*
5 *An ſi reus teſtes ab actore productos pro ſe interrogari curauerit, & ita abſolutus ſit, repellere eoſdem in alia cauſſa poſſit.*
6 *Reum eoſdem teſtes in eadem cauſſa producere poſſe contra Donellum.*
7 *Quare hic caſus, a Iuſtiniano omiſſus videatur.*
8 *An alius quam litigantes, etiam hoc beneficium habeat.*
9 *Confirmata ſententia negatiua.*
10 *Intellectus leg. 3. §. pœna ff. quod quiſque iur. in alter. ſtat.*
11 *Moderatio circa præſentem conſtitutionem ſi cauſſarum & rerum diſſimilitudo aliud ſuaderent.*
12 *An duntaxat tres ſint exceptiones circa definitionem noſtræ legis.*
13 *Multas & illas vrgentes cauſſas emergere, ex quibus regula præter exceptiones deſignatas moderanda videatur.*
14 *Quando exceptiones dicantur regulam confirmare.*
15 *Simultatem ſiue inimicitias quæ poſtea interceſſerint, eleuare teſtimonii auctoritatem.*
16 *Si conſtet de capitalibus inimicitiis teſtis nullo modo audiendus eſt.*
17 *Inimicitiæ quamuis capitales non ſint, tamen teſtimonii pondus minuere ſolent.*
18 *Amico conciliato quando credendum.*
19 *Teſtes largitionibus corrupti merito reiiciuntur.*
20 *Sufficit docere quod teſtis corruptus ſit, quamuis de falſitate nihil probare poſſit.*
21 *Non prohibetur aliquis contra dicta teſtium excipere.*
22 *An poſt publicationem teſtium dicta producens excipiendi ius amittat.*
23 *Qui inſtrumentum minus ſolemne producit is non cenſetur tale inſtrumentum vt ſolemne probaſſe.*
24 *Si vitia teſtis ex poſtfacto detecta ſint, non prohibetur quis contra illum excipere.*
25 *Idem quoq; probandum ſi ratio diuerſitatis aſſignari poſſit, idq; exemplis demonſtratum.*
26 *Iudicem ex officio teſtem ſemel approbatum poſſe reiicere.*
27 *An is qui teſtes ab alio productos reiecit, illis contra producentem vti poſſit.*
28 *An quæ dicta ſunt de approbatione teſtium, ex productione locum habeant, ſi quis contra teſtes aduerſæ partis nihil oppoſuerit.*
29 *Explicata ſententia Cyni, Alberici, & aliorum.*

EX definitione præſentis † legis regula 1 generalis elicitur, quod ſi quis teſtibus vſus ſit, & iidem contra eum in alia lite producantur, non poſſit contra huiuſmodi perſonas excipere. Ratio eſt, quod quis aſpernari non debeat idem ius in perſona ſua, quod in aliena conſtituit, *l. prima, & toto tit. quod quiſque iur. alter. ſtat.* Exiſtimat autem Donellus *hic numer. 5.* tres conditiones † re- 2 quiri vt hæc ſententia locum habeat. *Primo*, quod quis iiſdem teſtibus antea vſus ſit. *Secundo*, quod illud acciderit in alia cauſſa. *Tertio*, quod nihil poſtea emerſerit, ex quo fulciri exceptio poſſit. Prima conditio vera eſt, & haud ſcio, an Doctores noſtri in explicatione eius modum exceſſerint. Exiſtimant enim ſolam productionem † ſuf- 3 ficere, Odofred *hic num. 7.* Cynus *numer. 6.* Alberic. *nu. 2.* contendentes hanc opinionem iudiciorum ſtylo approbatam, *Ang. num. 1. Caſtrenſ. num. 2. Fulgoſ. in princip. Salyc. num. 6. Sichard. num. 2. Grammat. deciſ. 34. nu. 10. Maſcard. de probat. concluſ. 1235. num. 11. addit Boer. deciſ. 245. num. 1. Sichard. hic num. 2. Crauett. de antiq. tempor. part. 3. ſect. quæritur etiam in hac materia, num. 15. Maſcard. dict.*

*concluſ.1239.numer.12.Proſper Farinacius in ſuo tractat.de teſtibus,libr.2.titul.6.quæſt. 62. numer.223.*Idem etiam obtinere, ſi quis teſtes produxerit, quamuis eoſdem examinari non curauerit,*argumen.l. 3.in princip.ff. quod quiſque iur. in alter. ſtat. & l. ſi poſt mortem.ff. de bonorum poſſeſſione cōtra tabulas.* Imo quod magis eſt idem Sichardus *numer. 2.* arbitra-
4 tur,† ſatis eſſe ſi teſtes nominauerit, quamuis eos poſtea producendos non curauerit,quod ſane mihi ſatis durum videtur, & pugnare cum æquitate ipſa, tum etiam expreſſis verbis noſtræ legis, quæ vſum requirit. Si enim quis nondum explorata conditione teſtium, plures in cautelam nominauerit, & poſtea meliori deliberatione interpoſita, nonnulla induxit, tam graui præiudicio ex ſola nominatione percelli non debet, cum aliud ſit præparare ſe, *l. amplius.ff. rem ratam haberi & de ratihabit. l. libertus,15.ff de in ius vocand.l. qui autem.ff. de his,qui not. infam.* aliud autem facto rem confirmaſſe, *l. prima. §.final.ff. quod quiſque iur.ſtat.* Pari igitur ratione non puto admittendam Cyni ſententiam, *hic numer. 7.* Angeli *numero primo*, Alberici *numer.3.* Salyce-
5 ti *numer.10.*qui auctores ſunt, quod ſi † reus teſtes ab aduerſario productos ſuper exceptione ſua etiam interrogari curet, *vt cap. non ſane, 14. quæſt. 5. & Nouell. 123. capit.7.* illum non poſſe eadem teſtimonia, ſiquidem ex hac cauſſa abſolutus fuit amplius repudiare. Etenim textus noſter de his loqui videtur,qui huiuſmodi teſtes produxerint, & ita iiſdē vſi ſunt, non ſi incidenter illud fiat quemadmodum ſi amplectar cōfeſſionem aduerſarii,*l certū, §. 2.ff. de confeſſ.* hæc enim res non prohibet,quo minus reliqua reiicere poſſim,*l.publia.§.fin.ff.depoſit. & quod ibidem notatur.*

Secunda conditio, quam Donellus adſcribit, & quam etiam hic exigere videtur Gloſſa *in verb.in alia*, ſatis longe mihi petita videtur. Ait enim eoſdem teſtes non poſ-
6 ſe ab aduerſario produci, quod † id ſuperfluum,aut aperte iniquum videatur. Superfluum,ſi id,quod ſemel depoſuerint,depoſituri ſint: iniquum, ſi contrario teſtimonio infringere velint, quod iam ſemel profeſſi ſint,contra *l. generaliter,infra. de exceptio. non numer. pecun.* Porro re melius conſiderata, tandem admittit id fieri poſſe, ſi ſuper aliis articulis audiantur. Ego autem exiſtimo etiam ſuper prioribus articulis, etiam directe contrariis,illos audire poſſe, cum ad illuſtrationem circumſtantiarum, nihil prohibeat eundem teſtem ſecundo interrogari,*cap. per tuas de teſtibus.* Vnde ſi is,qui teſtes produxit, cum animaduerteret, ſe eorum teſtimonio læſum, velit extenuare eorum fidem,non admittetur, quod eoſdem producendo & examinari curando approbarit. Plane propterea hunc caſum omiſſum eſſe credimus, quod † nihil ambiguitatis 7
habere videretur,*vt etiam obſeruarunt hoc loci Angel.nu.1.Cyn.nu.8. Caſtrenſ.num.3.* Maior enim dubitatio erat, an in alia cauſſa id probandum eſſet, quod textus aperte declarat,*vt obſeruarunt hoc loci Gloſſa in verb.in alia,Odofred.num.12. Angel.in princip.Salyc. num.1.Caſtrenſ.num.4. Sichard.nu.1. verſ. extenditur autem,Bar.num.1. Marant.in ſuo ſpeculo,part.6. tit.de teſtium repulſa num. 10. Maſcard.lib.3.concluſ.1235.num.9. Farinac. in tractat.de teſtib.q.62.num.217.*

Imo,quod magis eſt,iidem Doctores, *vt Albericus nu.1.Baldus nu. 8. Cynus,num.9.Salycet.nu 5.Iulius Pacius nu.19. Sichard.nu 1.verſ. extenditur. Maſcard.concl.1235.num.9.* idem quoque probandum † ſtatuunt, ſi alius eun- 8
dem teſtem adhibeat, quod lex noſtra impersonaliter concepta, talem intellectū admittere videatur. Diſſentiunt † tamen O- 9
dofred.*hic nu.9.*Caſtrenſ.*nu. 8.* quod abſurdum eſſe videatur hanc rem aliis prodeſſe vel nocere,*l.1.& toto tit.inf.res inter alias act.* Secundo, quod videatur aduerſari *l. voluntariæ,infra.de excuſ.tut.* Tertio quod limitata cauſſa reſpondentē effectum habeat. Coniuētia n. in vna cauſſa nō efficit, vt idē amplecti debeant in alia,*l.ſi actionem 24.ſupr. de pact.l.cum te,infr.ne vxor pro marito.* Et ſane hanc ſententiam non puto adeo obiter reſpuendam eſſe. Etenim † *l.3.§. hac pœna:* 10
ff quod quiſque iur.ſtat. in quo præcipuū fundamentum diuerſæ partis auctores conſtituunt, adeo ſecurā interpretationem non habet, cum Gloſſa ibidem, *in verb. quandoque experitur*, Bartolus *in princip.* vbi ait, Iacobum de Arena & omnes Gloſſam ſequi. Caſtrenſ.*num.ſecundo*, quorum ſententiam quoque communem fatetur, Zaſius *ibidem num.3.* quamuis ipſe diſſentiat, vt ante eundem fuerunt Fulgoſ. & Iaſon, & auctores ſint,verba generalia eius edicti ita reſtringi, vt referantur ad illos duntaxat, contra quos impetratum fuit, in quam ſententiam quoque allegari poteſt non intempeſtiue *lex ſecunda,§.ſed etſi agant.ff.de iudic.*textus autem noſter non incommode declarationem recipit:

Digitized by Google

recipiet ab aliis legibus & rationibus. Et ſane, ſi rem iuſta trutina ponderare velimus, durum cenſeri debebit, ſi, cum fortaſſe neceſſitas me compuliſſet, vt huiuſmodi teſtes producerem, forte, quod alii tanquam in caſu repentino nõ interfuiſſent, propterea intelligar ita conſentire in illorum perſonam, vt nedum in aliis cauſſis, ſed etiã contra alias perſonas, quod illi dixerunt probare compellar, contra legem, *quæ propter neceſſitatem, ff. de regul. iur. item l. qui cum tutoribus. §. fi. ff. de tranſact.* Quæ neceſſitate inſtituta ſunt, non debere produci ad conſequentiam: item factum tranſigentis non nocere in rebus, de quibus cogitatum non ſit. Accedit, quod nonnunquam mediocritas negotii efficere poſſit, vt quis huiuſmodi teſtibus rem committere voluerit. Intel-
11 ligerem † itaque legem noſtram cum ſalis condimento, niſi cauſſarum aut rerum tanta eſſet diſſimilitudo, vt non immerito de huiuſmodi perſona diffidere poſſit: quod & ipſum ſenſiſſe videtur Ioann. Faber quem refert & ſequitur Iulius Pacius, *hic. num. 32.* dum exiſtimat eum, qui teſtes inhabiles in ciuili cauſſa produxit, poſſe nihilominus cõtra eoſdem excipere in cauſſa criminali, quod ibidem teſtes maioris fidei & auctoritatis requirantur, *l. final. ſupra. de probation.* quamuis multi diſſentiant, quos refert Farinac. *d. q. 62. nu. 213.*

12 Regulæ propoſitæ, Imperator † tres exceptiones perſequitur. Prima eſt, ſi docere poſſit, quod ex poſtfacto inimicitiæ inter ſe & teſtes exarſerint. Secũda, ſi pecuniis corruptos oſtendere queat. Tertia, ſi contra dicta eorum quid obiicere velit. Mirum autem videri poſſet, quod ſolas tres exceptiones Imperator complexus ſit, cum infinitæ
13 aliæ † emergant, quæ id impetrare poſſint: Quid enim ſi proprium teſtis commodum verſetur, *l. omnibus, hoc tit?* Quid ſi domeſticus aduerſarii fiat, *l. etiam, eodem?* Quid ſi in poteſtatẽ ipſius, vt filius adoptiuus tranſeat, *l. paterfamilias, ff. de adopt.* Quid ſi in ſeruilem conditionem depellatur, *authent. ſi quis. hoc tit.* quid denique, cum vitæ emẽdatioris eſſet, poſtea mores immutauit, *l. in confirmando. ff. de confirmat. tut.* Quid ſi publico iudicio damnatus ſit, *l. 3. §. calumniæ, fin. l. quæſitum, l. ob carmen famoſum, 21. ff. de teſtibus.* De his in lege noſtra altum ſilentium eſt. Fatentur tamen noſtri interpretes, *vt Bartolus hic in princip. Alberic. num. 3. Odofred. numer. 3. Baldus. num. 1. Salycet. num. 2. Angel. num. 2. Caſtrenſ. num. 1. Sichard. numer. 4. Pacius num. 37. & 41. Donellus num. 6. Boer. deciſ. 245. num 4. Maſcard. concluſ. 1235. num. 23. Farinac. in tractat de teſtibus, lib. 2. tit. 6. q. 62. num. 240.* etiam has exceptiones admittendas.

Nec obſtare putamus, receptam apud noſtros enuntiationem: exceptiones † re- 14
gulam confirmare *l. quæſitum, §. denique. ff. de inſtruct. & inſtrument. leg. Nouell. 7. de non alien. aut permut. reb. eccleſ. §. vt autem. cap. 2. extra. de coniug. lepros.* Habet enim hæc inſpectio moderationem ſuam, vt ſcilicet non ſubmoueat illos caſus, qui alibi diſerte comprehenſi ſunt. *§. in bonæ fidei, Inſtit. de action.* ſi coniungatur cum *l. fin. infra. de compenſat.* [illegible] eos, qui parem vel vrgentiorem rationem habeant, *cap. quoniam, extra, vt lite non conteſtata*, facta collatione cum cap. *cum dilecta, de confirm. vtil. & inutil. l. certi condictio. §. ſi nummos, & quod ibidem notatur. ff. de reb. cred. ſi cert. pet. l. 1. ff. ſi menſor falſ. mod. renunt.* Accedit, quod ipſe Imperator non tam videatur inimicitiarum cauſſam ſpectaſſe, quã quod illud ex poſtfacto accidiſſet, proponẽs eius rei frequẽtiſſimum exemplum. Certi autẽ iuris eſt, exempla diſpoſitionem iuris non reſtringere, *l. 1. §. quod vulgo. ff. de vi & vi arm.* quemadmodũ nec ea, quæ ob frequentiam delicti ad certum locum aut crimen referuntur, *authent caſſa. ſupra. de ſacroſanct. eccleſ.*

Prima igitur exceptio, vt hic videre licet,
in eo conſiſtit, quod ſimultas quædam † in- 15
ter litigantes exorta ſit. Hanc enim cauſſam eleuare teſtimonii auctoritatẽ multis edocemur, *vt authent. ſi teſtis. ſupra hoc titul. l. 3. ff. de teſtibus. in princip. l. 1. §. præterea. ff. de quæſtion. cap. repelluntur, & capit. meminimus, extra. de accuſat. capit. accuſatoribus. cap. ſuſpectos, & capit. quod ſuſpecti, 3. quæſtio. quinta, de qua re copioſe Iulius Clarus in ſua praxi. § final. quæſtion. 24. Menochius arbitr. quæſtion. libro ſecundo, caſu 110. numero primo. Maſcardus libr. 2. concluſ. 899. numer. 1. & ſequent. Antonius Gomeſ. var. reſolut. tom. 3. capit. 12. rubr. de probat. delict. numer. 21.* quod vſque adeo locum habet, vt in criminibus grauioribus hoc idem procedat, *cap. per tuas, extra, de Simonia.*
& ne quidem † audiendus ſit, 16
talis teſtis, ſiquidem conſtet capitales inimicitias intercedere, vel per confeſſionem ipſius teſtis, vel probationem, quæ incontinenti offeratur, *authent. ſi teſtis. hoc titul.* vbi de ea re nõnihil diſſeruimus, *Nellus in tract.*

de teſtibus,num.3.verſ.ſi eſt inimicus,Gramma-
maticus deciſ.86 num.1. vbi teſtatur de com-
muni opinione,*Farinac.in tractat.de teſtibus,*
quæſt.53.num.17 vbi num.18. & ſeq. oſtendit,
diſtinguendum non eſſe a qua cauſſa huiuſ-
modi inimicitiæ profectæ ſint,quod intelli-
go,ſi modo inimicitiæ capitales ſint. Ete-
nim ſi leuis quædam offenſa interuenerit,
illud admittendum non erit; *l.1.§.præterea.*
ff.de quæſt. Gomezius dict. cap.10.rubr. de pro-
bat.delict.num.14. vbi auctor eſt; illud com-
muni calculo receptum eſſe,*Alberic.in au-*
thent.ſi teſtis,ſupra,de teſtibus,nu.3. Maſcard.
de probat.concluſ.857.num.55.Farinac.d.quæſt.
17 *53.num.52.* animaduertendum etiam † eſt,
non capitalē inimicitiam fidem teſtis certa
ratione minuere,*argum.l.3.in prin.ff.de* [illegible]
l.ob carmen,21.§.fin ff.eod.tit. Marſil.l.1.§.
præterea,nu.11.ff.de quæſtion.Deci.in ſuo tract.
crimin.lib.3.cap.25.& cap.26.part.1. Maſcar.
concluſ.462.num.34. Quod ſi autem muta-
ta ſit offenſionis cauſſa, & integra fide in
18 priſtinum beneuolentiæ locum † reſtituti,
aliud dicendum eſſet,*Nellus in tract.de teſtib.*
num 3. Gomezius tomo 3. cap.12.rubric.de pro-
bat.delicti,num.14 Maſcardus lib.2.de probat.
concluſ.857.num.48. Dixi *integra fide*, quod
conſtituendum puto ex qualitate perſona-
rum,item cauſſa odii cōtracti, deinde tem-
poris interuallo,quo fidem amicitiæ colue-
runt. Si enim recens ſit conciliatio ſuſpecta
eius perſona cenſeri poſſet, tanquam me-
moria ſimultatis nondum recte obliterata,
cap.accuſatores,4.quæſt.5. in hæc verba: *Ac-*
cuſatores teſtes eſſe non poſſunt, qui ante heſter-
num diem vel nudiuſtertius inimici fuerunt, ne
irati nocere cupiant,vel læſi ſe vlciſci velint. In-
offenſus igitur accuſatorum & teſtium affectus
quærendus eſt,& non ſuſpectus,& ibidem Gloſſa,
Archidiacon.& alii. Tiraquell.in tract.ceſſan-
te cauſ.part.2.limit.16.numer.7. Couarruuias
practicarum,quæſtio.cap.18.num.3. Clarus dict.
quæſt,24.Roland.a Valle,conſil.24.numer.34.
in prin.libr.1.Decian in ſuo tractat.crimin.lib.
3.cap.25 num.21.part.1. Maſcard.concluſ.857.
num.47. Menoch.arbitr.quæſt.libr.1.quæſt.28.
num.6. Farinac.in ſuo tract.de teſtibus.titul.6.
quæſt.53.num.59. & ſeq. vbi infinitos alios
commemorat.
19 Secunda exceptio eſt: ſi quis † docere
poſſet,teſtes largitionibus vel promiſſioni-
bus corruptos,*vt in hac noſtro textu, & capit.*
primo,extra,de teſtibus,l.3.§.leg.Iuliæ,ff.de
teſtibus, quod vſque adeo procedere hoc lo-
ci conſtituit Bartolus,*num.quarto; Cynus nu-*
mero decimo tertio,Fulgoſ.numer.tertio,Salyc.
numer.18. Caſtrenſ.numer.9. Odofred.numer.
primo,Baldus & Angel.in princip. Speculat.in
titul.de teſte.§ ſæpe,numer.7.Gloſſa in verb.ad
vocationem.ff.de falſ.l.1.& ibidem Bartol.in
princip. Iulius Clarus,libr.ſentent.5.numer.13.
poſt Ananiam,Vaſquium,Dec.Boſſ.Viuium &
alios in hanc rem adductos, Farinac.in ſuo tra-
ctat.de teſt.quæſt.57.num.38 vt ſufficiat do-
cere,quod teſtis pecunia corruptus ſit, quā-
uis † de falſitate,teſtimonii nihil deponant, 20
idque argumento noſtri textus, *item l.1.§.*
primo, ff.ad leg. Cornel.de falſ.in verb.ſi quis
ob renuntiandum remittendumue teſtimonium
dicendum vel non dicendum pecuniam accepe-
rit,pœna legis Corneliæ afficitur: item capit.non
ſane 14.quæſtio.quinta. Vnde concluditur
in dubio ad hoc, vt tale teſtimonium re-
pudiari poſſit, ſufficere, quod quis pecu-
niam acceperit,quamuis nō conſtet, ipſum
falſa dixiſſe.
Tertia exceptio eſt, ſi quis † contra di- 21
cta teſtium aliquid proponere velit, vt tex-
tus ſatis euidenter inſinuat, quem ita in-
telligunt *hic Odofredus numero primo, Cynus*
numero duodecimo, Bartolus in princip. Fulgoſ.
numero ſecundo, Angel.numer.primo,Caſtrenſ.
numer.5. Salycet.numer.3. Sichard.numer.3.
Pacius numer.60. Donell.numer.5. Speculat.tit.
de teſte,§.ſæpe.num 7.Burſat.conſ.58.num.14.
Maſcard.concluſ.1235.num.26. Quæ cum ita
ſeſe habent, aliena a mente † legis cenſeri 12
poſſunt,quę ſcripta reliquerunt Aym. Cra-
uetta *in tractat.de antiquit.tempor.part.1.ſect.*
quæritur etiam in hac materia. Miranta in ſuo
ſpeculo,part.6.rubric.de teſtium repulſa, nu-
mer 12. Menochius libro ſecundo, de præſumt.
præſumt.45.numer.3. Maſcard.concluſ.1235.
numer.29. Farinacius tractat. de teſt.libro ſe-
cundo, titul.6. quæſtio 62. numer.243. eum,
qui poſt publicationem, dicta teſtium pro-
ducit, excipiendi ius amittere. Mouit for-
taſſis eoſdem a Cyno *hic numer.12* conſide-
rata ratio,quod hæc exceptio ex illa cauſſa
introducta ſit, quod producens compper-
tum habere non potuerit, quæ teſtes dictu-
ri eſſent.
Diuerſum autem eſſe,ſi tractetur de con-
ditione ipſius perſonæ,quam ante explora-
tam haberet. Ceterū ſi hæc ratio ad viuum
reſecetur, partes impoſitas difficulter tue-
ri poterit. Etenim conſtat ex definitione
legis nulla teſtium dicta ſecreta eſſe ſole-
re, vſque ad publicationem ab vtraque
parte factam, *authentic. at qui ſemel. ſupra. de*
probat.

Digitized by Google

probationibus, poſt publicationem ſupprimere eadem teſtimonia non poterit, maxime inuito aduerſario, *l. final. infr. de fide inſtr.* deinde abſurdum eſſe videretur, ſi propter vitium vnius ſecum diſſentientis, cogatur etiam alia teſtimonia, quæ ſola fortaſſis ipſius cauſſam inſtruere poterant, repudiare, contra definitionem, *cap. cum I, & A, extra, de re iudicata*, vbi in fortioribus terminis vt ita loquar, nihil nocet, quod quidam ex teſtibus conſpiratores fuerint, modo per aliorum dicta rei geſtæ fides impleri poſſit, quod & ipſum etiam colligitur *ex l. falſum, infr. ſi ex falſo inſtrument. iudicat ſit.* Huc pertinent ea, quæ memoriæ prodiderunt, Alexand. *conſil. 108. num. 6. lib. 5. Crauetta in tractat. de antiquit. tempor. in 5. part. principal. numero 38. Menoch. lib. 1. præſumt. cap. 45. numer, 13. Baldus in l. alia, num. 4. Cod. de his quib. vt indign. Afflict. deciſio. 205. in fine*, quod ſi quis in-
13 ſtrumentum minus ſolemne † produxerit, is nō cenſeatur tale inſtrumentum vt ſolemne approbaſſe, cum ex ſuo facto non pendeat. Qua de cauſſa etiam probare non poſſum ſententiaam Romani *conſil. 104. numero 6. Iaſonis in rubric. de iureiurand. in 6. limit. Burſat. conſil. 140. num. 13. lib 3. Farinacius in tractat. de teſtibus, quæſt. 62. nu. 227.* qui plures in hanc ſententiam recenſet, exiſtimantium, quod ſi teſtis nullam ſcientiæ rationem reddat, quam quod credat, quæ dicit vera eſſe, aut quod, vt ibidem *d. quæſtion. 253.* ſubnectit, audiuerit, huiuſmodi adſertionem cōtra producentem locum habere, vt plenam fidem obtineat: idq; etiã obtinere, ſi vnicus ſit, denuntians huius rei teſtimonium, Crauettæ, Socino, Gabrieli, Burſato, Menochio, & multis aliis, qui tamen eo caſu intelligendi ſunt, vt etiam Farinacius innuere videtur, ſi teſtis de veritate deponat, quamuis idem Farinacius *numero 227.* id etiam admittat in teſte per credulitatem quid confirmante.

Hanc enim tam duram, & a genuino ſenſu legis, meo iudicio, abhorrentem interpretationem, refellunt illa, quæ ſupra in hanc rem commemorauimus, quodque Doctores noſtri nullum ſolidum fundamentum adſertionis ſuæ in medium adducant, quod iuris ſit manifeſti, contraria dicta per ſe corruere, *l. vbi repugnantia, ff. de regulis iur.* quod officio Iudicis incumbat, vt etiam illa teſtimonia accurate excutiat, quæ homo integræ frontis dixerit, *l. quæſitum, ff. de teſtibus*, quod denique, ſi ratio non concludens a teſtibus comprehendatur, huiuſmodi teſtimonium merito reiici debeat, *l. neque natales, l. matrem, l. ad probationem, ſupr. de probat. c. in præſentia, extr. eod. tit. c. cum cauſſam, 37 de teſt.*

Inſuper, quod talis expoſitio ſubuertat definitionem noſtræ legis, quæ permittit, eorum teſtimonia arguere ex depoſitionibus. Ad hæc ponderandum ſtatuimus, eum, qui aliquem in teſtem ſiſtit, non ſimpliciter eius perſonam approbare videri: ſed cum ea conditiene, ſi cum effectu admittatur, de qua re poſtea. Vltimo, quod hanc explicationem hæc abſurditas conſecutura videatur, vt in arbitrio vnius teſtis ſit, ſordibus fortaſſis inducti, vel gratia, aut ſimili affectione victi, vt ſua vnius depoſitione ius producentis tollat.

Præter exceptiones, quæ Iuſtinianus perſecutus eſt, vt quas ſuppleri debere ex mente conſtitutionis, quæ non ad exempla, ſed ad cauſſam reuocari debeat, ſcilicet, quod ex poſtfacto ea emerſerint, *vt ſupra admonui*, Interpretes noſtri nonnullas alias declarationes adiiciunt. Quarta † itaque ex- 14
ceptio ſit, principale legis noſtræ reſponſum etiam eo caſu emendationem ſuſcipere, quo ea, quæ offenderent in perſona teſtis ex poſtfacto ad producentem permanaſſent, *ita Cynus hic numero 10. Albericus numero 3. Baldus numero 7. Caſtrenſis numero octauo, Salycetus numero 8. Sichardus numero quarto, Boerius deciſione 245. numero 4. in fine, Maſcardus de probationib. concluſione 1235 numero 24. Farinacius dicta quæſtione 62. numero 245* idque probari poteſt *argument. cap. nulli, de electiõn. in 6. item cap. paſtoralis, de exception. l. ſi poſt diuiſionem, ſupra, de iuris & facti ignorantia, l. mater decedens, ff. de inofficioſo teſtamento.*

Quinto, præſens reſcriptum † iidem In- 15
terpretes etiam ex alia cauſſa moderantur, vt ſcilicet locum non habeat, ſi ratio diuerſitatis aſſignari poſſit: *ita Caſtrenſ. hic numero 2. Boer. d. deciſio. 245. numero 4. Innocentius in cap. cum venerabilis, numero 7. Maſcard concl. 1235. numero 10. Abbas in c. præſentium, extr. de teſtibus, num. 7. Felin. ibid. numer. 10. Farinac. d. quæſt. 62. num. 248.* Exemplum proponunt in fratre, quem contra aliquem produxi. Nam ſi is eundem fratrem contra me in teſtem accerſere vellet, non intelligetur eſſe integræ fidei, quod ſcilicet ratio adfectionis, quæ primo caſu ceſſabat, hic interueniat. Et quamuis hæc traditio, quod ad æquitatem

Digitized by Google

accedere videatur, mihi non diſpliceat omnino: tamen alienior a diſpoſitione præſentis legis exiſtimari debet, cum ſimpliciter neget contra huiuſmodi teſtes, quibus quis ſemel vſus ſit, poſſe excipi.

26 Sexto, aliam declarationem † nobis inſinuant Maſcardus *concluſ. 1235.* qui in hanc ſententiam allegat Ruinum, Tindarum, atque Bartolum, *Farinac. d. quæſtio. 62. num. 252.* quod ſcilicet Iudx ex officio ſuo illud facere poſſit, *argum. l quos prohibet, ff. de poſtuland.* Et quamuis idem Farinac. Maſcardum inconſtantiæ inſimulet, quod *concluſ. 1256. num. 15.* ſecutus Felinum, *in cap. intimamauit, verſic. ſecundo a parte, de teſtibus*, exiſtimet, quod ſi teſtis ex ſubornatione alicuius temere iuraſſet, & contra ipſum ſeductorem produceretur, quod propterea recuſari non poſſit, nec etiam a Iudice eundem reprobari poſſe: tamen ponderare debuerat, magnam eſſe differentiam inter caſum; qui aliquem ſine vulnere conſcientiæ producit: quamuis non omnino idoneum; aliam vero ipſius, qui teſti auctor fuerit, quid falſi profitendi, cum corruptionis culpa ab illo proficiſcatur, *leg. cum mulier, ff. ſolut. matrimon.* Quod autem Iudex ex officio ſuo illud facere poſſit prater legem, *quos prohibet, ff. de poſtul.* demonſtrant multæ aliæ leges, *vt l. 2. & 3. item lex, quæſitum, ff. de teſtibus, authent. ſi teſtis, ſupr. hoc eodem tit.* Idque etiam admittunt Baldus *d. l. quos prohibet. Anton. Gomezius variarum reſolutio. cap. 12. tit. de probation. delict. num. 22. Felinus in d. cap. intimauit, numero 9. & ſequent.* cum certa tamen diſtinctione, de qua poſtea mentionem faciemus.

Septima declaratio eſt, quod ſi is, con-
27 tra † quem quis teſtes produxerit, eoſdem reiecerit, eandem productionem nullum præiudicium illi, qui eoſdem exhibuit, inferre, quod abſurdum ſit, inde præſidium ſibi polliceri, quod quis oppugnare aggreſſus ſit, *cap. ex eo, extr. de regul. iur. & ibidem Dynus, Anchoran. Caniſ.* idque nominatim pronuntiarunt hoc loci Cyn. *num 9.* Caſtr. *nu. 7.* Angel. *n. 1.* Salyc. *nu. 7.* Donell *num 5. verſ. non obſtat. Iulius Pacius num. 10.* vbi tamen diſtinguit Maranta *in ſuo ſpeculo, part. 6. in rubr. de repulſ. teſt. num. 4. Nellus de teſtib. n. 58. Boer. deciſ. 245. num. 5. Farinac. d. q. 62. nu. 255. Maſcard. d. concluſ. 1235. Menoch. lib. 2. præſumt. 45. num. 16.* Adſcribunt tamen huic declarationi certam conditionem: requirunt enim, vt poſt improbationem factam is, qui huiuſmodi teſtes produxerit, exceptioni adquieuerit, *ita Nellus in tract. de teſtib. num. 58. Maſcard. d. concl. 1235. nu. 7. Innoc. in c. præſentium, extr. de teſtib. Corneus conſil. 175. circa fin. Crauetta de antiq. tempor. part. 1. ſect. viſo, num. 53.* Sed ſane hæc interpretatio mihi ſatis dura videtur, cum aduerſetur regula, conatum non obeſſe, niſi effectus ſequatur, *§. fin. l. 1. ff. quod quiſq; iur. alteri iur. ſtat. ipſe eod. vtat. l. qui falſam, 19. ff. ad leg. Cornel. de falſ. l. qui autem, 3. ff. de his qui notant. infam. l. amplius, ff. rem rat. haber. & de ratihab.* Statuo itaque, quod ſi Iudex propter huiuſmodi impugnationẽ teſtimonium reiecerit, poſſe producentem contra exceptorem pari beneficio vti, ſi in eadem, vel alia cauſſa ſe iiſdem teſtibus munire voluerit: cum iniquum videatur, eundem teſtem ab eadem perſona hic refelli, illic autem probari contra definitionem tituli, quod quiſque iuris alteri ſtatuerit, ipſe eodem vtatur. Plane ſi aliæ perſonæ poſtea hũc teſtem producant, hoc caſu non nocere talem reprobationem, auctores ſunt Boer. *deciſ. 245. num. 6. Hieronym. Lauren. deciſ. Auenionenſ. 116. num. 3. Farinac d. q. 62. num. 258. Iulius Pacius hic numer. 10.* quam traditionem ſupra *num. 9.* confutaui. Quod ſi vero idem teſtis non omnino repellatur, ſed nulla fides eidẽ accommodetur, ex tali aduerſarii reluctatione, adhuc idem probandum eſſe exiſtimarem, *arg. eorum, quæ ſupra propoſui*, & regulæ, quod ea, quæ de toto dicta ſunt, etiam in parte admitti debeant.

His ita ſubductis animaduertimus, diſpoſitionem noſtræ legis non tam late patere, quemadmodum prima fronte videbatur, aut Interpretes noſtri intendendo concluſionis neruos perſuadere nobis conati ſunt. Reliqua autem eſt illa conſultatio, an, quæ dicta ſunt de approbatione teſtium, ex quo aliquis iiſdem viuſ ſit, etiam locum habeant in eo, qui cum teſtes minus idonei contra illum producerentur, nihil † oppoſuerit. Hac 28
enim ratione tacito conſenſu eoſdem teſtes approbari conſtituunt, Alberic. *hic in princ. verſ. vbi tenet. Cynus, Angel. num. 4. Salyc. nu 9. Caſtrenſ. num. 4. Baldus in cap. ex parte, num. 12. extr. de teſtib. Clarus lib. ſent. 5. §. fin. num. 24. Cynus in authent. ſi dicatur, hoc tit. nu. 3. & ibid. Odofred nu. 7.* de qua re etiam diximus ſupra *in l. etiam, & l. parentes, hoc titul.* quod tamen
† non ita conuenit accipi, vt ſi iidem teſtes 29
in alia cauſſa contra illum ſiſtantur, excipiendi iure deciderit, vt recte id fieri negant hoc loco Cyn. *n. 7.* Alber. *n. 3.* Salyc. *n. 10.* Sed

vt poſt

vt poſt publicationem teſtium nulla exceptione, aut proteſtatione contra eoſdem propoſita amplius excipere ſupra nequeat, *Albericus, Ang.Salycet.& alii a nobis relati, Proſper Farinac.in ſuo tract.de teſtib.lib.2.titul.6.q.62.num.175.argum.c.præſentium,extr.de teſtib. item c.ex parte, eod.authent. ſi teſtis dicatur, hoc titul.* Habet tamen hæc definitio pene eaſdem exceptiones, quas ſupra circa principale pronuntiatum perſecuti ſumus. Exiſtimarem quoque conditionem perſonarum aliam poſſe inducere interpretationẽ. Quid enim, ſi producentes ſint perſonæ ſimpliciter verſatæ? de quibus *in l.cum de indebito, ff. de probat*. Quid ſi generaliter ius excipiendi ſibi ſeruarit, vt cõſuetudine iudiciorum obtinuiſſe videmus: quod ſi culpa procuratoris vel aduocati id accidiſſet? Non enim arbitror hanc taciti conſenſus interpretationẽ, tam late accipiendam, vt eum, qui ex vſu teſtium colligatur, ſed totam rem prudentis, & in cauſſis forenſibus bene verſati Iudicis arbitrio cõmittendam, cum lex *fin.hoc titul.* non obſcure coarguat hanc Doctorum traditionem non tam indiſtincte procedere, Quas nec nõ alias, quas dies aperit e ſolet rationes impetraſſe conſtituo, *vt teſte And.Gail lib.1.obſer.87.* non ſolemnitas proteſtationis, de qua *d.c.præſentium*, non vſque adeo ſeruetur.

Lex Teſtium 14.

SVMMARIA.

1 *Quamuis regulariter duo teſtes ſufficiant, tamen ſi obligatio in ſcriptis cõtracta ſit, quinque teſtes, qui de ſolutione deponant, requiruntur.*

2 *Non tam procliuem rationẽ eſſe falſum inſtrumentum fabricandi, quam viles teſtes ſubornandi.*

3 *Teſtis dictorum ſuorum rationem reddere tenetur.*

4 *Ratio requiritur, quæ a ſenſu corporis petita ſit.*

5 *An ratio teſtis, quod ſe præſente aliquid factum ſit, idonea cenſeri debeat.*

6 *Valet teſtimonium ſine ratione, modo quis de illa nõ fuerit interrogatus.*

7 *In his, quæ in iure conſiſtunt, ratio etiam ſine interrogatione reddenda eſt.*

8 *Non ſuffragiis dictorum, ſed legibus innitendum eſt.*

9 *In dominii probatione non ſufficit, quod teſtes ſimpliciter deponant, aliquem dominum eſſe, ſed rationem dictorum complecti debent.*

10 *Idẽ ſi quis tenetur de conſuetudine, fama, ſtipulatione.*

11 *Teſtis non eſt iudicare de rebus, quæ iuris definitione contineatur.*

12 *Etiam in multis rebus, quæ plurimum facti habere videntur, rationes vltro reddendæ ſunt, idq; multis exemplis illuſtratum.*

13 *Si quis ſecuritatem in ſcriptis acceperit, & illa peremta, de ſolutione docere velit, quæ eidem probanda ſint?*

TRia potiſſimũ pronuntiata præſens conſtitutio exhibet: ſolutionẽ debiti in ſcriptis cõtracti nõ poſſe impleri, niſi per quinq; teſtes. *Secundo*, generaliter requiri, vt teſtis ſuæ depoſitionis rationem reddat. *Tertio*, q; ſi ſecuritas in ſcriptis capta ſit, eaque fortuito caſu perierit, hanc ſolemnitatem quinq; teſtium neceſſariam non eſſe, ſed ſufficere duos teſtes.

Primum pronuntiatum in difficultatem incidere videtur, quod generaliter definitum ſit, tantum poſſe duos fratres, quantum inſtrumenta, *l.in exercendis, infr.de fid.inſtrumentor.l.vbi numerus teſtium, ff. de teſtibus, cap. cum Ioannes, ext.de fide inſtrum.* † Sed reſpon- 1
ſio ex noſtræ legis verbis depromi poterit, intereſſe, vtrum quis ſolemnem cõtractum, qui ſcriptis comprehendatur, interpoſuerit, *vt l.contractus, infr.de fide inſtrument.* an vero de aliis diſpoſitionibus, quæ ſine ſolemnitate tali inſtitutæ ſunt, vt hic nimirum duo teſtes ſufficiant, *dict.l.vbi, ff.de teſtibus.* Illic autem quinque teſtes requirantur, quod ſecuritatem in ſcriptis capere potuerit, cum nihil tam naturale ſit, quam eo genere quidque diſſolui, quo colligatum eſt, *l.nihil, 35. ff. de regulis iur. l.fere, & l.omnia, eodem titul.* idque iuſtiori ex cauſſa admiſſum eſt, quod non tam procliuis ſit ratio, falſum
† inſtrumentum fabricandi, quam ſubor- 2
nandi teſtes viles fortaſſis, & lucri ſpe impulſos. Porro ne teſtium aſſertiones leges hoc caſu plane viderentur contemſiſſe, Iuſtinianus certum modum, & quodammodo mediam viam eligendam arbitratus eſt, vt ſi quinque integræ opinionis teſtes paratos habuerit, qui ſolutionem factam cõtendit, audiatur. Hinc Mynſinger. *lib.1.obſeruat.5.* auctor eſt, Senatum Spirenſem, quo caſu ſtatuta nullam probationem, niſi per inſtrumenta reciperent, nihilominus quinque teſtium depoſitionem admittendam cenſuiſſe, idque argumento noſtræ legis.

Secundum pronuntiatum † multis aliis 3
auctoritatibus innititur, *vt l.ſolam, hoc noſtro tit. quam multi ibidem ita accipiunt, vt Bartolus ibidem num.4. Baldus num.1. Ang.num.1. Salyc. num.1. & 2. Fulg.num.1. Sichard.nu.2. Alberic. n 1.* eodemq; referri debet *c.cum cauſſam, extra de teſtib. item §. ſed licet, Nouell. de teſtib. §. hinc nobis, Nouell.1. verſ ſi vero abſunt*, in verba ſequentia: *Licentia ſit, veritatẽ non ſolũ per examinationẽ ſeruorũ quærere, ſed etiã per iuſiurandũ teſtiũ dicentiũ, ſe adfuiſſe iis, quæ geſta sũt, & vidiſſe, quæ tunc agebantur.* Vnde cõmunis

Digitized by Google

theorica elicitur, teſtem dicta ſua debere
4 confirmare per rationem † a ſenſu corporis petitam, nimirum, quod ſi illa ſint, quæ oculis percipi poſſint, quod viderit; quæ auribus, quod audiuerit; quæ guſtu, tactu, aut odore, quod ſenſu ad hanc rem deſtinato, eadem apprehenderit. *Bart. in hac noſtra l. n. 3. Angel num. 4. argum. l. qui teſtamento, §. final. ff. de teſtam. Fulgoſ. hic num. 3. Innocent. in c. cum cauſſa, extr. de teſtib. num. 2. Bald. num. 1. Felin. num. 5. Specul. in tit. de teſte, §. nunc tractandum, num. 13. in fin. Maſcard. concl. 1369. num. 53.* ſecundum quæ videbatur inferri poſſe, rationem in textu noſtro relatam, quod ſcilicet cum Sacramenti religione diſponant ſub ſua præſentia debitum eſſe ſolutum, conuenientes partes accommodare non poſſe, q non adiiciant, ſe vidiſſe pecuniam numerari, cum aliquis corā eſſe poſſit: & tamen non perpendere, quid actum ſit, *l. diem proferre, 27. §. coram, ff. de recept. arbit.* Tamen hac dubitandi cauſſa nihil prohibente exiſtima-
5 mus, rationem teſtis, quod † ſe præſente aliquid ſolutum ſit, reſpuendam non eſſe, *vt oſtendunt hoc loco Angel. num. 4. Salyc. numer. 7. Caſt. num. 11. Fulgoſ. n. 6. Sichard. num. 16 Baldus in c. cum cauſſam, nu. 34. & ibidem Felin num. 8. Imol. in c. 1. de teſtib. cog. in prin. Abbas n. 1. Maſcard. de probat. concluſ. 1369. Farinac. in ſuo tractat. de teſtib. q. 70. num. 152.* Ratio huius definitionis eſſe videtur, q ex quo profiteantur, factum eſſe ſub præſentia ſua, neceſſario videantur includere ſenſum corporis, *argum. d. l. diem proferre, §. coram, ff. de recept. arbit. quæ hoc modo in cōtrarium retorquetur.* Porro ſi Iudex ex officio, vel in ſuis interrogatoriis vlteriorem rationem a ſenſu oculorū vel aurium petitam deſideret, & teſtis hoc minime faciat: exiſtimarim, huiuſmodi teſtimonium cōuenienti pondere carere, quod teſtis ad interrogationem factam, illud recuſare non poſſit, *vt tradiderunt Cynus in l. ſolam hoc noſtro titul. in princip. Bartol. numer. 2. Bald. num. 1. Salyc. in ſummario. Alberic. num. 1. Caſtrenſ. num. 6. Sichard. num. 4. Miranta in tit. de teſtium productione, nu. 9. Maſcard. concluſ. 1369. num. 49. Farin. in ſuo tract. de teſtibus, quæſt. 70. num. 4.* vbi multos alios recenſet: ſed
6 ſi nulla † interrogatio interceſſiſſet, atq; teſtis aliquid de his, quæ ſenſu corporis percipiuntur, depoſuiſſet, aliud iuris eſſe pronuntiant *Gloſſ. ſupr. in l. ſolam, & ibidem Cynus nu. 1. Bartol. num. 13. & 14. Caſtrenſ. num 6. Farinac. in ſuo tract. de teſtib. quæſt. 70. num. 92. argum. l. fin. ſupr. de precib. Imper. offerend. item l. de pupillo, §. qui nuntiat, ff. de oper. noui nunt. c. cum dilectus, extr. de accuſ.*

Quod ſi autem in iure † conſiſterent, ratio ex communi Doctorum traditione, etiamſi de hac non interrogetur, reddenda eſſet, de qua Salyc. *in d. l. ſolam, num. 3. Baldus nu. 1. Bartol. num. 3. Caſtrenſ. num. 6. Sichard. nu. 4. Maſcard. concl. 1369. Farin. lib 3. tit. 7. q. 70. num. 6. Iaſon l. cum hi, §. vult igitur, num. 3. ff. de tranſact. poſt Fulgoſ. Bald. & alios ab eodem relatos. Alexand. in l. 1. ff. de oper. noui nunt. in princ. num. 14. Felin. in c. cum cauſſam, num. 2.* qui nituntur auctoritate Gloſſæ *d. l. ſolā, hoc tit. item Gloſſa in cap. cum cauſſam, extr. eodem.* Sed cum admoneamur *l. nemo, infr. de ſentent. & interloc. omn. iudic. item c. ego, diſtinct. 8.* rem ad ſuffragia † Interpretum deflecti non debere, 7 8
niſi hactenus, quo ea, quæ proferunt legibus, aut legi cognitis rationibus docere poſſint: idcirco operę pretium eſſe duximus, vt, quod ab iiſdem omiſſum videmus, hāc concluſionem auctoritate legum tueremur. Offert itaque ſeſe in hanc ipſam ſententiam *l. ſiue poſſidetis, ſupr. de probat. in verb. vnde domini facti ſint, docere compellentur.* Quæ lex, quamuis concepta ſit in perſonas litigantiū: tamen conſequenter de teſtibus intelligenda eſt, quod illud alia ratione conſequi nequeant, niſi per teſtes, aut ſimiles probationes. Occurrit præterea in hanc rem *l. 1. infr. de vſur.* quæ ſola hoc officium ſuſtinere poſſe videatur, & ibidem Gloſſ. *in verb. non ſit, Bart. num. 1. Bald. num. 2. & 3. Alberic. num. 1.* vbi tamen ex mente Cyni diſtinguit Fulgoſ. *num. 2. & 3. Salyc. nu. 4. Caſtr. n. 3. Alex. in l. ſciendum, ff. de verb. oblig. Zaſ. nu. 17.*

Secundū quam ſentētiam † non intempeſtiue infertur dominium, quod illud non in facto conſiſtat, ſed potius in iure, nō probari per teſtes, qui ſimpliciter deponant, ſe ſcire, quod Titius dominus ſit, ſi rationē dictorum ſuorum etiam non interrogati, minime expediant, *d. l. ſiue poſſidetis, & l. cum res, ſupr. de probat.* Nam cum multos iuris Interpretes ſugere videamus, quomodo hęc probatio facienda ſit, idem facilius contingere poterit in teſte idiota, *Bartol. d. l. ſolam, num. 3. & ibidem Alban in apoſtill. Salyc. num. 2. Angel. in l. cum hi, §. vult igitur, ff. de tranſact. Baldus in c. cum cauſſam, extr. de teſtib. num. 1. Imol. num. 7. Aretin. num. 21 Abbas num. 6. Felin. nu. 2. Gomezius variar. reſol. tom. 3. c. 12. n. 10. Maſcard. concluſ. 1369 num. 5.* Pari ratione, † ſi teſtes aliquid conſuetudine inualuiſſe dicant, niſi cauſſam ſcientiæ ſuæ expromſerint, parum 9 10

rum hæc diſpoſitio præſtabit, *vt docet Bart. in l. de quib. ff. de legib. in ſua repet. n. 23. Alex. Stiat. in ſua pract. c. 16. n. 69. Decian. conſ. 51. n. 29. libro 2. Maſcard. concl. 1369. n. 9. Rol. a Valle conſil. 2. num. 123.* Ex eodem fonte & illud deducitur, quod teſtes in hoc adhibiti, vt de fama teſtentur, parum momenti faciant, niſi enunciationis ſuæ rationem complectantur. *Burſat. conſ. 10. n. 11. Rol. a Vall. conſ. 3. n. 52. Crauetta cõſ. 260. n. 7. Decian. conſ. 88. n. 8. vol. 3. Decius cõſ. 37. nu. 7. Maſcard. d. concl. 1369. Abbas in c. cum cauſſam, de teſtibus, n. 6. Felin. ibidem n. 3. Nell. in tract. de teſtib. num. 172. Farinac. in ſuo tract. de teſtib. tit. 7. quaſt. 70.* Huic definitioni præterea acceptũ referri debet, quod teſtis deponens Titium vſuras promiſiſſe, non intelligatur de promiſſione, quæ præcedente interrogatione ſolemniter ſit facta, *d. l. 1. inf. de vſur. & ibid. auctores a nobis relati.*

Sed quæſtionis eſt, *an idem obtineat, ſi teſtes confirment, illum promiſiſſe ſtipulanti?* Equidẽ Cynus poſt Vgolinum, & Petrum, *d. l. 1. C. de vſur. num. 1. verſ. neſcio quid ſeruetur in iudiciis,* conſtituit ſufficere, quod teſtes deponant, ſtipulationẽ interceſſiſſe. *Fulgoſ. n. 3.* In quam ſententiam etiã videtur inclinare Alberic. *nu. 2.* ꝙ ſcilicet ſtipulatio videatur aliquid facti eſſe, *l. cõſilio, § fin. ff. de curat. furioſ. l. 5. § ſtipulatio, ff. de verb. obl.* & ꝙ tabelliones etiã inſtrumẽta cõficere debeant, de his, quæ ſenſu corporis perceperint, *l. hac cõſultiſſima, inf. qui teſt. facer. poſſ. l. Domitius ff. de teſtam.* Cum tamen ſufficiat, ſi ſcribãt, ſtipulationem, aut fideiuſſionem, aut quid ſimile interueniſſe, *l. ſciendum, 30. ff. de verb. oblg.*

Ceterum, hanc ſententiam refellit Bart. *ibid. n. 4.* Caſt. *n. 3.* Sichard. *n. 4.* Ang. *n. 1.* Abbas *in c. ſicut, ext. de re iudic. n. 19.* Boſſius *in tit. de oppoſit. contr. teſt. n. 73. ad fin.* Proſp. Farin. *in tract. de teſt. q. 70. n. 75.* Ang. Aretin. *in § ſi ſcriptum, Inſt. de inut. ſtip.* vbi eam cõmunem eſſe dicit. Alex. *conſ. 173. n. 7. vol. 7.* Maſcard. *concl. 1334. n. 1. & 6.* Mouentur aũt, quod teſtis non
11 ſit iudicare, aut de rebus, quæ † iuris definitione cõtinentur, pronuntiare: ſed de facto, ex quo ius naſcatur, *l. vt congruũ, ſupr. de trãſact. & l. ex plagis, § in diuo, ff. ad leg. Aquil.* deponere, & adſertiones ſuas per rationem a ſenſu corporis deſumtã, confirmare, *vt hac noſtra l. & multis aliis, quarũ ſupra mentionẽ fecimus.* Sũt, qui in hac difficultate diſtinguãt, *vt Bald. hic n. 6. Salyc. n. 4.* intereſſe, an teſtes, qui in cauſſam aduocati ſint, periti iuris, aut ita in praxi verſati, vt facile aſſequãtur, quid verbũ ſtipulationis indicet, an vero rudes, & qui ꝓbabiliter ignorare poſſint, quid hæc, & ſimilia verba contineant, vt hic ſcil. Bartoli ſententia defendenda ſit, illic vero Cyni opinio locũ habeat, a qua diſtinctione non videtur eſſe alienus Bart. *in d. l. de quibus, ff. de leg. n. 23.* de conſuetudine loquens Aretin. *in c. cum cauſſam, ext. de teſtib. nu. 21. Farin. d. q. 70. n. 50. item Gloſſ. in verb. non ſit, d. l. 1. Alberic. ibidem nu. 2.* Et hanc quoq; diſtinctionẽ veram puto in his, quæ facile a mediocriter peritis intelligi poſſint, vt in ſtipulatione, emtione, locatione, mandato, ſocietate, mutuo naturali, commodato, depoſito, & id genus aliis contractibus, quæ in promiſcue vſu verſantur. Etenim abſurdum eſſet, in his omnibus ſemper percontari, ex quibus ſubſtantiam ipſius contractus, aut naturam metiantur, cum hæc vulgo nota eſſe ſoleant apud mediocris vſus atque peritiæ homines. Plane ſi auditor cauſſæ animaduerteret, teſtes adeo ſimpliciter verſatos, vt ne hæc quidẽ intelligere viderentur, poſſit hunc ſcrupulum percontando de ſingulis eximere, *arg. l. 1. 2. & 3. & l. quaſitum, ff. de teſtib. c. cum cauſſam, ext. eod.* ita tamen, ne inciuilitas aliqua cõmittatur, *arg. l. ſi in rem, § fin. ff. de rei vind.* Nam in his, quæ maiorẽ diligentiã requirunt, veluti ſi agatur de verbis inſtrumenti, quod amiſſum eſſe dicitur, & teſtes deponant, quale argumentum fuerit inſtrumenti, & in quæ verba conceptũ, *c. cum olim, ext. de priuil.* itẽ ſi agatur de conſuetudine, cum nedũ multos procuratores, & notarios, ſed etiam nonnullos aduocatos eſſe videamus, qui non intelligant, quæ propria ſint conſuetudinis requiſita, aliud dicendũ eſſet. Idem de dominio, fama, notorio, iuriſdictione, & id genus aliis accidere poteſt, quæ prima facie omnibus nota videntur. Si aũt ad diligentiam legũ & naturæ ſuæ conditionem reuocentur, ignorantiam multorum conuincent. Accipio itaq; doctrinam Bartoli, de cõſuetudine loquentis, de inſigniter peritis *l. ſeptimo menſe, ff. de ſtat. hom. l. pater ff. de ſolut. l. antiqui, ff. ſi pars hereditas pet.* Plane ſi dubitatio oriatur, an teſtis vim verborũ intellexerit, ne hoc modo veritas rei periclitetur, non inconſultum eſſe exiſtimarem, ſi ex traditione *cap. cum clamor, & c. per tuas. extr. de teſtib.* teſtis repetatur, & de cauſſa ſcientiæ quæratur.

Quæ dicta ſunt de vocabulis, & quæſtionib. iuris, eadẽ etiam transferri poſſunt ad alias quæſtiones, quæ licet plurimũ † facti habere videãtur: tñ iudicio intellectus percipi 12
debent; veluti, ſi deponant aliquẽ furioſum

eſſe vel dementem, aut ebrium ſecundum traditionem Baldi, *in d.l.ſolam, num.1. ſup. hoc tit. Salycet. num.2. Maranta in ſuo ſpecul. rubric. de teſt. product. num.13. Menoch. conſil.313. num. 28. lib.4. Maſcard. concluſ.1363. num.3. & ſeq. Farin. d.q.70. nu.59.* qui infinitos alios recenſent, vbi idem etiam procedere oſtendunt teſtibus deponentibus, de eo, quod intereſt, de æſtimatione rei, de doctrina alicuius, præſcriptione, & id genus aliis quæſtionib.

Supereſt, vt de vltimo pronuntiato legis noſtræ nonnulla diſſeramus, quid iuris ſit, ſi quis doceat, ſecuritatem in ſcriptis acceptã,
13 incendio, vel ſimili fortuito † caſu peremtã, & præterea teſtes exhibeat, qui confirment ſolutionẽ in ſua præſentia factam. Hæc poſitio ex duab, cauſſis periclitari videtur: Primo, quod videatur ſatis eſſe, ſi teſtes deponant, quod inſtrumento comprehenſum erat, *cap. cum olim, extr. de priuileg.* Secundo, ꝙ abſurdum videatur, ſi amiſſo inſtrumento duplici onere prematur, vt doceat, documentum intercidiſſe, & nihilominus per quinque teſtes fidem ſolutionis implere cogatur. Sed vtrumque ſcrupulum facile ſubmouebimus. Primo, quod, *vt oſtendit hic Baldus num.5. Angel. num.1. Fulgoſ. num.4. Cynus num.2. Odofred. Caſtrenſ. num.13. Sichard. num. 5. Salycet. num.3. Alberic. num.2. Gloſſa in verbo, probantibus, Bart. num.14. lectur. antiq.* hic duo probanda eſſe conſtet, amiſſionem inſtrumẽti, ſcilicet, & ſolutionem factam. Secunda difficultas ceſſabit, ſi meminerimus, hic duos teſtes ad probationem ſolutionis interpoſitæ, ſufficere, iuxta definitionem *l. vbi, ff. de teſtibus, ita Gloſſa in verbo, probantibus, Cynus, Bartolus, Baldus, & omnes alii Doctores ſupra a nobis relati.*

Authentica, Rogati.

SVMMARIA.

1 *Teſtes etiam non rogatos ad fidem rei geſtæ faciendam ſufficere.*

2 *Tres caſus, in quibus teſtes rogati requiruntur.*

3 *An in cauſſa diuortii neceſſarium ſit, vt teſtes rogentur?*

4 *An contra confeſſionem admittatur exceptio non numeratæ pecuniæ.*

1 QVamuis generaliter † definitum videatur, ad fidem rei geſtæ faciendam, etiã ſufficere teſtes non rogatos: tamen hac noſtra authent. *item Nouell. de teſtibus, §. licet*, vnde ea depromitur, tres
2 † caſus definiuntur, in quibus rogari teſtes debent, id eſt, interpellari, & admoneri, cuius officii cauſſa adhibiti ſint. Requiruntur itaque huiuſmodi teſtes in teſtamentis in ſolutione debiti, ꝙ in ſcriptis contractum eſt, & in confeſſione eiuſdem. Hanc regulam cum ſuis exceptionibus confirmant hoc loci Gloſſa *in verb. vt in teſtamentis, Alberic. in princip. Bartol. num.3. Odofred. num.2. Cynus num.1. Baldus numer.3. Angel. in princp.* vbi oſtẽdit, quod etiam facit Cynus nõnullos dubitaſſe, an idem ſit in confeſſione, *Fulgoſ. in princip. Maſcard. concluſ.1354. Mantica de coniectur. vltim. volunt. lib.2. tit.11. Farinac. quæſt.62. num.137.* Addit autem Gloſſa & quartum caſum deſumtum
† ex *l. nullum, ff. de diuort.* vbi & hæc verba ad 3
rem pertinentia occurrunt: *Nullum diuortium ratum eſſe, niſi ſeptem ciuibus Romanis puberibus adhibitis.* Et quamuis hanc interpretationem Gloſſæ repudient, Cynus *numer.2.* Angel. *num.1.* confirmant tamen Bartol. *nu. 3.* Fulgoſ. *in princip.* Odofred. *num.2.* Sichard. *num.2.* Proſper Farinac. *d quæſt.62. num.148.* Obſeruandum præterea eſt ex definitione noſtræ gloſſæ *in verb. confeſſioni*, contra huiuſmodi confeſſionem adeo ſolemniter factam, non admitti exceptionem non numeratæ pecuniæ, de qua *in l. contractibus, §.1. infr. de non num. pecun.* quam Gloſſæ ſententiam probant hoc loco Caſtrenſ. *num.5.* Sed aliter hanc Gloſſam accipiunt Bartolus *hic numero 5. Cynus num.5. Angelus num.2. Fulgoſ. circa finem*, vt † ſcilicet primam opinionem 4
probare intelligatur, ſcilicet, poſt triginta dies opponi nequeat, antea poſſit. Singulare tamen eſſe, ex eius annotatione, quod exceptio non numeratæ pecuniæ æque reſtringatur per confeſſionem ſine ſcriptis, quam ea, quæ ſcripto comprehenſa ſit, de qua re nos ſuo loco.

Lex, Si quando, 15.

SVMMARIA.

1 *Teſtes etiam inuiti compelli poſſunt ad teſtimonium ferendum, & an id etiam in cauſſis criminalibus procedat?*

2 *Quid obtineat de iure canonico.*

3 *Eſſe perſonas, quibus inuitis teſtimonium denuntiari non poſſit, & an id obtineat, ſi veritas aliter inueſtigari nequeat.*

4 *Teſtes non eſſe vinculis coercendos, ne recedant, ſed ſacramento committendos.*

5 *Argumentum a minori in iure noſtro frequens.*

6 *An in cauſſis criminalibus teſtes in carceres impingendi ſint?*

7 *Nemini officium ſuum damnoſum eſſe debet.*

8 *An ſi certum tempus probationi definitum effluxerit, ſufficiat, quod intra tempus iurauerint, cum auctoribus, & quatuordecim argumentis affirmatiuæ partis?*

9 Con-

Digitized by Google

9 *Contraria ſententia defenſores cum nouendecim argumentis.*
10 *Intellectus l. nullum, hoc titul. teſtes in ſecreto audiendos.*
11 *Difficultas ex auth. qui ſemel, ſupr. de probat. & ibidem ponderata aduerſæ ſolutiones Duareni atque Donelli.*
12 *Partem aduerſam dum teſtes examinantur, præſentem eſſe poſſe, ſed hoc facientem excidere beneficio vlterioris productionis.*
13 *Ex inueterato ſtylo, & fori cōſuetudine partes duntaxat adeſſe, cum iuramentum a teſtibus exigitur.*
14 *Error cauſidicorum, qui diebus feſtis teſtes audiunt, exiſtimantes ad iudicii cauſſam duntaxat iuramentum pertinere.*
15 *Error aliquando iuſ facit.*
16 *An ſi Iudex certum tempus ad teſtes producendum conſtituerit, ſatis ſit, quod citra diſpoſitionem intra tempus iurat?*
17 *Quid ſi Iudex terminum probationi præfixerit?*
18 *Si tempus conſtitutum ſit ad producendum teſtes, & examinandum, vtrumque impleri debere.*
19 *Idem ſi tempus deſignatum ſit ad probandū, & probatum habendum.*
20 *Qua actione Iudex, ex cuius temeritate teſtes damnum aliquod ſenſerint, conueniri poſſit.*
21 *An teſtis non citatus teſtimonium dicere poſſit?*
22 *Diſtinctio auctoris.*

1 MVltæ enunciationes ex præſenti conſtitutione eliciuntur: Prima eſt, quod † teſtes inuiti, ſi euocati non pareant, compelli ad teſtimonium dicendū poſſint. Et quamuis per argumentū a contrario ſenſu videatur inferri poſſe, quod in criminalibus aliud iuris ſit, cum mentionē faciat de cauſſis pecuniariis: tamen id generaliter admittendū eſſe, edocemur ex *l. inuiti, ff. de teſtibus, vbi §. 1. & l. ſequent.* certæ perſonæ enumerantur, quibus tribuitur, ne teſtimonium in cauſſa legis Iuliæ, de vi dicere cogantur, *l. 2. §. ſimili modo, ff. ſi quis caut. iud. ſiſt. cauſſ. fact. non obtemper.* qui declarat, ſubueniendum illi eſſe, qui diem iudicii obſeruare nō potuit, quod ad teſtimonium deſideratus ſit. Eodem pertinet *l. 2. ff. de iudic. §. legatis*, vbi teſtimonii nomine acceſſiti, ex neceſſaria cauſſa veniſſe intelliguntur, & propterea domum reuocare poſſunt. His reſpondet *l. ſi per prætorem, §. final. ff. ex quibus cauſ. mai. in integrum reſtit.* per in integrum reſtitutionem illi ſuccurri, qui ex hac cauſſa læſus ſit. Nouiſſime ſe in hanc rem expreſſus textus offert *Nouell. de teſtibus, § & quoniam, item authent. apud eloquentiſſimum, infr. de fide inſtrument.* Nec reclamat præſentis legi definitio, quod Imperator officii ſui eſſe duxerit, illum caſum decidere, qui plus dubitationis haberet. Et ita hanc noſtram legem accipiunt Gloſſa *in verbo, ſi quando.* Alberic. *num. 1.* Fulgoſ. *num. 5.* Caſtrenſis *in princip.* Pacius *num. 1.* Donellus *num. 5.* Odofredus *num. 4.* Cynus *nume. 5.* Bartolus *num. 6.* Baldus *in leg. Iulia, ff. de teſtibus.* Clarus *lib. 5. ſentent. §. final. quæſt. 24. numero 21.* † Conflictantur tamen canoniſtæ, 2
quorum Hoſtienſis *in ſua ſumma, in titul. de teſtib. cogen. §. in quibus cauſſis, nu. 2.* Bellamera *in rubric. de teſtibus cogend. num. 6.* Ioann. Andr. *num. 11. in cap. dilectorum, extr. de teſt. cog.* Anchoran. *num. 2. & multi alii,* quos refert Proſper Farinacius *lib. 3. tit. 8. quæſt. 78. num. 116.* exiſtimant, non eſſe introducendam differentiam inter ius ciuile & canonicum, nec committendum, ne temere nos eiuſdem erroris labe contaminemus, qua antiquiores inuolutos eſſe animaduertimus. Impoſuiſſe enim illis cap. *dilectorum, extr. de teſt. cog.* quod non loquitur de criminibus, quorum nomine partes acceſſerentur: ſed quæ ipſi teſtes deſignaſſent. Refelli autem hanc traditionem per *cap. peruenit, 5. eodem tit. item cap. ſuper his, cap. cum contra, eodem tit. cap. ad falſariorum, extr. de crimine falſi.* Contrariam vero ſententiam defendunt Gloſſ. *in verb. ſuper criminibus, in c. dilectorum, extra de teſtib. cog.* & ibidem Innocent. Bald. *nu. 1.* Imol. *nu. 5.* Abb. *num. 3.* Felin. & infiniti alii, quos in hanc rem congerit idem Farin. *quæſt. 78.* Præcipuum fundamentum conſtituunt *in d. c. dilectorum in rubr. h. tit. de teſtib. cog. vel non.* Quis arma iuſtiora induerit, vbi eius rei vſus eſt, quis diligentius inueſtigare poterit. In quibus enim prouinciis iuri ciuili locus eſt, hæc diſceptatio parū vtilitatis adferre poteſt. Sūt tamē † quædam perſonæ, 3
quibus inuitis teſtimonium denuntiari non poteſt *l. inuiti, ff. de teſtib. l. inuiti, 19. eo. tit. cum §. & l. ſeq. item l. parentes, l. libertorum, cū multis aliis legib. hoc noſtro tit.* Obſeruandum tamen hoc loco eſt, non deeſſe, qui hos teſtes, qui ex priuilegio non coguntur teſtimoniū dare, ſtatuant eo caſu compelli poſſe, quo veritas aliter explorari nequeat. *Bald. in l. inuiti ff. de teſtib. Odofred. ibid. n. 1. Alberic. n. 4. Gomez de delict. c. 12. tit. de probat. delictor. nu. 24. Andr. Gail obſer. 100 num. 15. lib. 1. Hoſtienſ. c. 1. num. 2 extr. de teſtib. cog. Imol. ibidem nu. 3. Abb. num. 4 Felin. n. 8. Farinac. in tract. de teſtib. lib. 3. tit. 8. q. 78. Clarus lib. 5. ſentent. §. fin. q. 24. nu. 22. verſ. ſcias tamen:* vbi tñ monet iudicem, vt omnia experiatur potius, quam vt facile eo conſilii progrediatur, exiſtimans, nō inconſiderate illum facturum, ſi antea Princi-

Digitized by Google

pem conſulat: nihil allegat, quo hanc ſententiam fulciat: poteſt tamen non intempeſtiue huc deflecti *l. diui, ff. de pœn. item l. 1. §. fi. ff. de quæſt.* Quid autem de hac quæſtione ſtatuendum exiſtimemus, non diſſimulauimus in *l. parentes, hoc noſtro tit.*

Secunda concluſio, quam hæc conſtitutio ſuppeditat, eſt, teſtes, etſi inuiti vocati ſint, & propterea timendum, ne facile rece-
4 dant, nō † eſſe propterea cuſtodia coercendos, aut latumiis, vt quidam inhumani Iudices facere ſolent, vel ſacramento cōmittendos. Cuius rei Iuſtinianus euidentem rationem expromit: abſurdum eſſe, quod cōtrouerſiæ ſuæ periculum ad iuſiurandum teſtiū
5 deducat, ita vt in maiori cauſſa † iiſdē credat, ſi in minori eorundē iuramēto acquieſcere nolit. In quam ſententiam multæ aliæ leges ſeſe offerūt, *vt l. ſi non ſinguli, ſupr. ſi cert. petat. l. fin. qui ætate ſe excuſent, infr. lib. 10. auth. multo magis, ſupr. de ſacroſanct. eccleſ. l. penult. ff. ſi quis caut. iud ſiſt. c. iuſ. fact. nō obtemper. c. cum in cunctis, extr. de elect. cap. quemadmodum, ext. de iureiur. Nicol. Euerhard. in ſuis locis legal. argumento a minori.* Quod ſi autem teſtes venire recuſent, hoc caſu Iudex ſuam iuriſdictionem defendere poterit pœnali iudicio, *l. 1. ff. ſi quis ius dicent. non obtemper. & ibidem Bart. in §. is videtur, num. 5. Odofred. hic num. 5. Salyc. num. 4. Specul. in tit. de teſte, §. de teſtium compulſion. num. 6. Andr. Gail obſeruat. 100. nu. 1. Miſcard. concluſ. 5. nu. 47.* Nec audiendum puto hoc loco Fulgoſ. *nu. 4.* qui diſtinguens inter cauſſam criminalem, & ciuilem, exiſtimat etiam ſuperiori caſu teſtes in carceres impingi poſſe, ſi cauſſa criminalis intercedat, idque conſuetudine receptum teſtatur.
6 † Reſpōdeo enim, non debere nos animaduertere, quid vno aut altero in loco perperā inualerit, ſed quid fieri cōueniat. Vnde nihil diſtinguendū exiſtimo vtroq; caſu, ſi teſtes ſeſe ſubtrahant, & periculum ſit, ne hoc modo rei geſtæ veritas ſupprimatur, poſſe Iudicem hoc remedio vti, *arg. l. 1. infr. de exact. libro 10. item l. tutor, §. qui pecuniam, ff. de ſuſpect. tutor.* Porro in eo differentia conſiſtere poteſt, quod in criminalibus non inueniamus certum tēpus definitum, quo morari teſtes poſſint: de qua re in ſequenti quæſtione.

Tertia definitio, quæ ex lege noſtra depromitur, eſt, quod Iudices cogantur teſtimonia capere intra quindecim dies, vtraq; parte admonita, vt ſui præſentiam faciant.
7 Ratio definitionis eſt, quod † nemini officiū ſuum damnoſum eſſe debeat *l. ſi ſeruus communis, 61. §. quod vero, ff. de furt.* Quod autem vtraque pars aduocetur, quorſum hoc pertineat, non apud omnes interpretationem eandem habet. Inclinant autem Doctores noſtri, *vt Gloſſ. in verb. noluerint, Cynus nu. 6. Odofred. n. 3. Bart. n. 8. Alberic. nu. 5 Bald. nu. 18. Ang. nu. 1. Caſtr. nu. 4. Pacius nu. 10. Salyc. n. 8.* in illam ſententiam, quod intereſſe debeant, cum iuſiurandum ab iiſdem exigitur. Vnde iidem Doctores, excepto Baldo, qui vacillat, *Speculat. tit. de teſte, §. qualiter. Antonius de Butr. in cap. licet cauſſam, num. 12. Aretin. nu. 47. Felin. nu. 16. Abbas, Miſcard. q. 5. nu. 95. & ſeq. Nellus in tract. de teſtib. nu. 70. Maranta de ordin. iudic. part. 6. c. 40. n. 19. Farin. in ſuo tract. de teſtib. q. 80 nu. 77. Mynſing. cent. 6. obſer. 57. nu. 1.* rem ad praxin deducentes ſtatuunt, quod ſi certum tempus probationi a Iudice definitū ſit, idq; effluxerit, poſſe nihilominꝰ teſtes
audiri, modo † intra tempus deſignatū, præ- 8
ſentibus partibus, vel per contumaciā id facere recuſantibus, iurarint. In fulcimentum huius opinionis adducūt primo diſpoſitionem huius legis. Secundo adducunt *clem. 1. de offic. deleg.* quæ tamen in præſenti caſu parum præſtare poterit. Tertio, nituntur arg. *l. damni infecti, §. Sabini, ff. de dam. infect. item l. huic ſcripturæ, ad. ff. l. Aquil.* quæ demonſtrant in his, quæ neceſſariam conſequentiam habent a certo initio, ipſum principiū ſpectare: depoſitionem autem teſtium pendere a iureiurando, tanquam fundamento ſuo, *leg. iuriſiurandi, ſupr. hoc titul.* Quarto commendare hanc ſententiam *l. 1. in fin. ff. de bon. poſſeſſion. ex teſtamento militis*, vbi cauetur, militem ad iuramentum admiſſum, pro milite accipiendum eſſe. Quinto, huc etiam transferunt ea, quæ comprehenduntur *l. nullum, hoc titulo*, teſtimonia ſecreta eſſe ſolere. Sexto, partem admitti non poſſe, vt cognitis teſtificatis alios teſtes producere poſſit, *auth. qui ſemel, ſupra, de probation.* Septimo allegant exemplum Danielis, qui depoſituros de facto Suſannæ ſeparari curauerit. Octauo, quod res quælibet à ſuo initio, maxime, ſi illud neceſſarium ſit, cenſeatur, *leg. Pomponius, 15. ff. de negotiis geſt. l. ſub conditione, ff. de ſolution. leg. ex placito, infra, de rerum permutation.* Vnde etiam videmus, ratihabitionem referri ad id tempus, quo res principalis geſta eſt, *l. final. infr. ad Senatuſconſult. Macedonia.* Nono, quod cuiuſque rei potiſſima pars ſit initium *l. 1. ff. de origin. iuris.* Decimo, quod qua ratione ea, quæ in codicillis ſcripta ſunt, *leg. ſi ita ſcripſero, 88. ff. de condit.*

Digitized by Google

tondit.& demonſtr.l.inſtitutio talis,10.ff.de condit.inſtit.l.aſſe toto,ff.de hered. Eadem ratione dicta teſtium reuocentur ad tempus iuriſiurandi. Vndecimo, quod res ex eo cenſeri debeat, vnde vires mutuetur, *leg.ſi quis priore,ff. ad SC.Trebellian.l.2.§.omnia,ſupr.de veter. iur. enucl.* depoſitionem autem teſtiũ ex iureiurando confirmari. Duodecimo concinnatores deciſionum Rotæ *tit. de teſtibus,c.13.quod alias eſt 495.num.5.in nouis*,ita argumentãtur,quod eo pacto,quo actio per ſolam citationem perpetuetur,*l.ſicut, inf.de præſcript. 30. vel 40. annorum*, eodem modo etiam videatur teſtium receptio ex iureiurãdo conſeruari. Decimo tertio, quod probationum facultas anguſtãda non ſit, *l.quoniam,ſupr.de hæretic.* Decimo quarto, quod Iudex elapſo tempore conſtituto,nihilominus gratificari partibus poſſit, *argum.c.conſuluit, extr.de offic.delegat. item l.ſi cum dies, ff. de recept.arbitr.* Decimo quinto,quod negligentia Iudicis, cuius eſt curare, vt poſt productionem & iuramentum præſtitum cognitionem ſuſcipiat, non debeat partibus eſſe præiudicio,*l.non debet,74.ff.de regul.iur. item l.ſi cum dies, §.ſi quis ex litigatoribus,ff. de recept.arbitr.l.etſi poſt tres,ff.ſi quis caut.iud.ſiſt. cauſ.fact.non obtemp.*

9 Diſſentiunt† autem Fulg. *hic nu.5.& 6.* quamuis fateatur ,conſuetudinem contrariam ſententiam multis in locis confirmaſſe, *Donell.num.18. Duaren. hoc tit. c.4.* Exiſtimant enim, vtramque partem præſentem eſſe poſſe, nedum cum teſtes producuntur, & iuramentum ab illis exigitur, ſed etiam, cum quæ illis cognita ſunt, enuntiant, neque eſſe vim teſtimonii in iureiurando conſtituendam, ſed potius in ipſa depoſitione: ita vt vtrobique ſit eadem ratio,& tranſacto tempore, quod definitum cognitioni erat, neutrum explicari poſſit. Quamuis itaque comparatione facta hinc pauciores, inde vero numero plures conſtitiſſe videamus: tamen non dubitauerim,hanc ſententiam, quod partes tempore depoſitionis adeſſe poſſint: item quod non ſufficiat, intra terminum iuraſſe, & poſtea deponere, definitioni noſtri iuris magis conſentaneam pronuntiare: quippe, quæ confirmetur diuerſis legibus:Principio auctoritate noſtræ conſtitutionis: ſecundo, per expreſſa verba *l. iudices, infr. de fide inſtrument.* in hæc verba: *vt depoſitionibus ſub vtriuſque partis præſentia factis res ad eos referatur.* Tertio *§.vltim. Nouell.de teſtibus*, vbi hæc verba propoſito ſeruientia occurrunt: *Oportet autem illum admonitum a Iudice,ſiue a defenſore,præſentem eſſe, & audire teſtationes.* Quarto pugnat non mediocriter *l.poſtulauerit,27.§.quæſtioni*, qui ita conceptus eſt: *Quæſtioni intereſſe iubentur reus reave, & patroni eorum, quique crimen detulerit, interrogandique facultas datur patronis.* Quinto ſuperioribus reſpondet *l.ſi ſine, 9.§.1.* interrogatum, ait Iuriſconſultus,non ſolum a Prætore accipere debemus, ſed etiam ab aduerſario.Sexto *cap.in primis,verſic. deinde cauſſarum, 2.quæſt.1.* cauſſarum qualitas eſt examinanda,ſi eo præſente,qui accuſatus eſt, ſub iureiurando contra eum teſtimonium dictum ſit.

Mouent deinde auctoritates clariſſimorum virorum. Fuiſſe enim ius patronis teſtes interrogandi, edocemur ex Quintiliano *lib.5.cap.7.* item Cicerone *in Oratione pro Flacco.* item eodem Cicerone *lib.2. de Orare.*vbi Craſſi ſolertiam commendans,oſtendit, illum ſubtili percontatione teſtem ad confeſſionem eius, quod plane contrarium erat,compuliſſe, in verba ſequentia: *At hoc vero Craſſo nihil facetius; cum læſiſſet, teſtis Silius Piſonem, quod ſe in eum audiſſe dixiſſet: poteſt fieri, inquit, Sili, vt is,vnde te audiſſe dicis, iratus dixerit? annuit Silius: poteſt etiam, vt tu non recte intellexeris? id quoque toto capite annuit, vt ſe Craſſo daret: Poteſt etiam fieri omnino,vt quod te audiſſe dicis,nunquã audieris. Hoc ita præter expectationẽ accidit, vt teſtem omniũ riſus obrueret.* An autem mos ſciſcitandi,quẽ inſinuauimus, perpetuo tenore in Iuſtiniani tempora manarit, non auſim confidenter aſſerere, cum *l.3. §. idem diuus,ff. de teſtib.* edoceamur,id Iudicis officio potius incumbere, exemplo Imperatoris,qui profiteatur non teſtimoniis ſed teſtibus credere conſueſſe,quod ipſe eos interrogare ſoleat. Potuit itaque fieri,quod,vt ex dialogo, qui Tacito adſcribitur, & quem Quintiliani fuiſſe Iuſtus Lipſius exiſtimat, intelligimus, libertas oratoria iudiciali ordine in anguſtum compulſa, non habuerit in facienda interrogatione amplius locum:ſed ſola præſentia conceſſa fuerit, vt Iudicem, ſi quid in inquirendo defeciſſet, inſtruere ciuili ratione poſſet, aut etiam idipſum per ſe,aut aduocatos explicare, modo interrogatio captioſa non eſſet, *dict.l.ſi ſine, §. 1. ff. de interrogat. in iur. fac. item §. illud quæritur, §.final. l.cuſtodias, 12.ff. de public. iud.d.l. ſi poſtulaueris, 27. §. quæſtioni, ff. ad legem Iuliam, de adulter.*

Digitized by Google

Octauo, id ipſum euincere præſens conſtitutio bene ponderata videtur, dum ait, licentiam eſſe Iudici, quod ſi litigantes admoniti adeſſe noluerint, nihilominus teſtes accipere, & alterutra parte pręſente, qui eos introducit, teſtimonia illorum capere. Abſurdum plane videri debet, quod his verbis hanc ſignificationem adſcribere velimus, vt de iureiurando duntaxat præſentibus partibus exigendo Imperator intelligendus videatur, cum teſtimonii vocabulum huiuſmodi commentum, & gloſſema plane repudiet. Quid enim aliud teſtimonium eſt, quam eius, quod teſtis de cõtrouerſa re cõpertum habet, enarratio, *l. 1. in princ. l. 2. & l. 3. §. idem diuus, l. inuiti, 8. l. quæſitum, 13. l. qui falſo, 16. l. inuiti, 19. l. ob carmen, 21. & l. ſi teſtes, ff. de teſt. l. nullum, & l. fin. hoc tit.* Cicero in orat pro Milone: *Legite teſtimonia teſtium veſtrorum.* Item de inuentione: : *Teſtimoniũ & grauior quadam confirmatio.* pro Sylla: *Ego, qui teſtimonium de coniuratione dixi.* de natura deorum: *Petere teſtimonia veritatis ab aliquo.*

Nono obſeruandum eſt, quod in hac ipſa lege conſtituatur, *quod debeant intra quindecim dies cognitionem ſuſcipere.* Porro alienum a ſenſu legis eſt, vt illum cognitionem ſuſcipere dicamus, qui ſolo iureiurando exacto, rei merita per narrationem non audiuerit, contra *l. iudices, ſupr. de iudiciis, & l. 1. ſupr. de lite conteſtat. l. de qua re cognouerit, ff. de iudic.*

Decimo, quod magna abſurditas hanc interpretationem conſecutura ſit, ſi, cum Iuſtinianus certum tempus definierit, quo teſtes retineri poſſent, patiamur ſaluberrimam legem fraudulenta quadam interpretatione circumueniri, vt ſtatuamus, ſatis eſſe, ſi teſtes intra quindecim dies iuriſiurandi religione obſtricti ſint: nihil autem prohiberi, quo minus emenſo hoc temporis ſpatio adhuc deponere cogantur, nedum contra mentem legis, ſed expreſſam eiuſdem definitionem, dum ait: *Quod ſi per iudicem ſteterit, quo minus teſtimonia intra illud tempus præſtentur, ipſum parti læſa omnem iacturam ſarcire compelli,* & contra infinitas alias leges, quæ conatus eorum, qui hoc modo legem eludere nitantur, deteſtentur & ſubmoueant, *l. non dubium, ſupr. de legibus, l. contra legem, ff. eodem titul. l. ita fidei, ff. de iure fiſci, l. qui teſtamentum, 27. ff. de probation.* neque indirecte concedendum eſſe, quod directe non permittatur, *l. ſcire oportet, 21. ff. de tut. dat. ab his, cap. quanto, extr. de priuileg. & exceſſ prælat.*

Vndecimo, quod certa ſit iuris deciſio, ꝙ ea, quæ tranſacto tempore, quod ad rem explicandam cõſtitutum ſit, ſuſcipiuntur, nullius ſint momenti, *l. eum, ff. de iuriſd. omn. iud. §. 1.* adeo, vt ſi alius eadem procurarit, rata poſt tempus haberi nequeunt, *l. bonorum, ff. rem rat. haber. & de ratih. l. mancipiorum, ff. de ademt. legat. l. Titia, ff. de accuſat.*

Duodecimo, quod illud non poſſit perfectum dici, cum aliquid agendum reſtat, *l. fin. infr. de his quib. vt indig.*

Decimo tertio, quod qua ratione is, qui aliquem in iudicium vocat, actionem edit, & in aliis præparatoriis iudicii expediundis occupatus eſt, non poteſt videri ante veram cauſſæ narrationem quid agere, aut petere, vel denique iudicium inſtituiſſe, *l. amplius, ff. rem ratam haber. & de ratihabit. ſup. de lit. conteſtat.* ita etiam, qui iurauit, ſe veritatem de negotio dicturum eſſe, non ſubſecuta narratione. Accedit, quod is, qui ad duo præſtanda obligatus eſt, explicando vnum minime dicatur feciſſe, quod ei incumbit *l. Celſus, 23. ff. de recept. arbitr. cap. cum dilecti, extra, de dolo & contumacia,* in probatione, ne, dum iuſiurandum teſtis, ſed & ipſam depoſitionem, atque alia eodem pertinentia requiri, certum eſt, *l. teſtium, hoc noſtro tit. l. ob carmen, §. fin. ff. eodem.*

Decimo quarto, quod cum cõmemoratio eius, quod quis exploratum de re controuerſa habeat, præcipuum teſtis officium contineat, *cap. cum cauſſam, extr. de teſtibus.* & quæque res ab eo, quod excellit, nomen accipiat, *l. quæritur, ff. de ſtat. hom. l. eum, ff. ad municip.* non poſſit iuſiurandum de teſtimonio præſtando teſtimonium dici.

Decimo quinto, quod parum cõueniens videatur, ſi cum iuſiurandum eo cõſilio exigatur, vt teſtes in officio contineantur, & teſtes incuſſa religione diuini numinis, & ſi quid fallant eiuſdem vltionis, tanto melius moueantur ad veritatem dicendam, ſi ea, quæ coniuncta eſſe debeant *leg. iuriſiurandi, hoc noſtro tit.* ſeparemus, & malitioſis hominibus ſpatium cogitãdi præbeamus, quo pacto auctoritatem ſacramenti, quæ teſtibus, vt ſacroſancta propoſita fuit, extenuent, vel muneribus teſtium fidem expugnent. Accedit, ꝙ ipſa dilatio languidiora omnia reddere ſoleat, cum iniecta religione ex trepidatione, item variatione, & ſimilibus Iudex ad illuminandã rei veritatem officium ſuũ impertiri debuerit, *l. de minore, 10. ff. de quaſt. §. plurimũ,* admiſſa & illa conſideratione, ꝙ is, qui

Digitized by Google

is, qui promittit aliquid per iuramentũ, quo prius ex interuallo ſeſe obſtrinxerat, nõ teneatur ex debito præſtiti iuramenti, *cap. penult. extr. de iureiur. vbi Panormitanus numero 3. & 4.*

Decimo ſexto, quod quoties effectus rei a fine dependet, tunc non ſatis ſit, eius quædam fundamenta iecisse, vt actus a principio cenſeri poſſit, *l. quæ legata, 18. ff. de reg. iur. l. receptum, ff. commun. prædior. l. in concedendo, ff. de aqua plu. arcend.* Probationem autem effectum ſuum ſortiri ex plena & conſummata teſtatione, non autem iuramento.

Decimo ſeptimo, iuris eſſe manifeſti, ꝙ in rebus inſeparabilibus, qui aufert, aut tollit vnum, videatur totum tollere. Vnde quẽadmodum ſi in ædibus, quæ nomen ex conſummatione accipiunt, quis tectum, aut parietes non ædificarit, aut eadem ſuſtulerit, *l. ſi is qui quadringenta, 80. §. 1. ff. ad legem Falcid.* nullam videtur domum tradidiſſe: ita etiam qui non curauerit, vt teſtes, quæ ad rem pertinebant, vna cum iureiurando deponerẽt, nihil probaſſe intelligitur, maxime cum depoſitio confirmet probationis & iuriſiurandi cauſſam.

Decimo octauo vrget definitio probationis, quod ſit rei dubiæ per argumenta oſtenſio, de qua re diſſeruimus *in præludiis tituli de probat.* Hæc autem definitio ad cauſſam iuriſiurandi nullo modo deflecti poteſt. Vnde illa regula, quod cum quo non cõuenit definitio, nec definitum conueniat, *l. 1. ff. de dol. mal. l. Quintus Mutius, 27. §. qui aurum, ff. de aur. & arg. leg l. Fulcinius, §. quid ſit autem, ff. quib. ex cauſſis in poſſ. eatur.*

Decimo nono, quod ius ciuile vigilantibus ſcriptũ ſit, *l. pupillus, 24. ff. quæ in frau. cred. geſt. ſunt, l. non enim, ff. ex quib. cauſ. mai. in integ. reſt* vnde ſibi vitio vertere debet, qui intra tempus deſignatum nõ curauerit teſtes examinari, *l. ſiue pars, ſupr. de dilat.*

Si in hac argumentorum conflictatione rem ad normam legum, & verum conſtitutionis noſtrę intellectum reuocare velimus, facile adſequemur vltimam ſententiã priori præferendam eſſe, cum argumẽta pro diuerſa parte in cauſſam deducta, per contraria facile elidantur. Vnde etiam ſuperuacuũ eſſe ſtatuimus, ſi ſingulis argumentis ordine reſpondeatur, ſatis eſſe exiſtimantes, ſi ſcrupulum quinto & ſexto loco motum ſubmoueamus.

10 Quod itaque † *l. nullum, hoc tit.* commemoratur, teſtem ad ſecretum Iudicis accedere: hæc dictio nõ videtur ſubmouere perſonas neceſſarias, ſed differentiam introducere inter actus, qui publice & palam populo explicari ſolent, *l. fin. infr. comminat. epiſt. epigramm. l. fin. ff. de iuſt. & iur. l. cum ſententiam, 6. infr. de ſentent. & interloc. omn. iud.* & illos, qui in conclaui Iudicis apud ſacroſancta Dei Euangelia *l. rem non nouam, ſupr. de iudic* exerceri conſueuerint, ſemotis arbitris & ſtrepitu populari, ne quid ſit, quod facile Iudicis aures offendat. Qua de cauſſa improbatur etiam factum Iudicis, qui vno tempore plures teſtes examinare velit, *cap. venerabilem, in fin. de teſtib. & ibid. Gloſſa in verb. ſigillatim, Abbas n. 3. Aretin. nu. 3. Felin. n. 3. Caſtr. in l nullum, hoc tit n. 3. Sichard. nu. 1. Farin. in tract. de teſtib. quæſt. 80. nu. 94.* Plus negotii itaque exhibere † videtur authent. *at qui ſemel, ſupr. de probat.* 11
qua de cauſſa ad tollendam hanc difficultatem exiſtimat Duaren. *in explicat. h. tit. c. 4.* teſtes palam interrogari poſſe, prę́ſente parte, *vt in hac noſtra lege:* non tamen inde conſequens eſſe, quod audire, quæ reſpõdeant, poſſint. Quæ expoſitio ſatis aliena eſſe videtur, & per *l. ſi poſtulauerit, 27. §. quæſtioni:* deinde per exempla a nobis relata refellitur. Alia igitur ſolutio eſt, quam ſuggerit Donellus, aduerſarium præſentem eſſe poſſe, cum teſtes interrogantur, modo omnia teſtium nomina ediderit. Nouellam enim *de teſtib. §. quia vero,* de illo intelligendam eſſe, qui cum ſemel teſtium nomina ediderit, & certo die vel tempore produxerit, rurſum alia nomina edere velit: vnde ſi teſtium dicta ſemel perceperit, ſiue per ſe, ſiue per alios, propter periculum ſubornationis id vlterius facere prohibetur. Et hæc interpretatio mihi non diſplicet, niſi quis contendere velit, Iuſtinianum reformidantem difficultates & incommoda, quæ cognitis teſtimoniis ex vlteriori productione teſtium naſci ſolent, hãc facultatem partibus ademiſſe. Sed, quia nulla noui iuris, a ſe introducti, quod ad hanc cauſſam attinet, mentio infertur, & *§. final. eiuſdem tit.* in recipiendis atteſtationibus aduerſarium nõ excludit, id facere prohibeor. Statuo † itaque, partem poſſe adeſſe, 12
non ſolum cum teſtes producuntur, vt excipere contra eoſdem poſſit, an admittendi ſint. De qua re *in authent. ſi teſtis, hoc tit.* item ſi iuſiurandum præſtatur, *l. iuriſiurandi, ſupr. de iureiur.* ſed etiam cum teſtes audiuntur, vt ſi Iudicem in conceptione interrogationũ, de quibus *in l. 2. 3. & multis aliis legibus, ff. de teſtib.* nec nõ aliis in locis, minus inſtructum

Digitized by Google

eſſe animaduertat, id ſupplere per ſe.vel pa-
tronum ſuum poſſit, *d.l.ſi poſtulauerit,§.quæ-
ſtionem,ff. ad legem Iuliam, de adult.l.9. §. 2. ff.
de interrogat. in iure fac. hac noſtra lege, item
l.iudices, infra,de fide inſtrum.* Sed hoc facien-
tem excidere beneficio vlterioris editio-
nis, & productionis, *dict.§.ſi vero, Nouell. de
teſtibus.*

13 Hæc ſi veram iuris † noſtri interpreta-
tionem ſequi velimus. Etenim ſi conſue-
tudinem ſpectemus, longe aliam formam
ex minus cōſiderata expoſitione Interpre-
tum inuaſiſſe videmus, vt ſcilicet partes vo-
centur ad videndam teſtium productionē,
& iuramēti præſtationem. Præterea vt pro-
ducens directorium exhibeat, aduerſarius
autem interrogatoria ſua ſcripto compre-
henſa, *cap.quærentium, de teſtib.in 6.* quæ ratio
loco antiquæ interrogationis admiſſa vide-
tur, *Andr.Gail.obſeru.94.lib.1.nu.4. item obſer.
95.n.1.& ſeq. Mynſing cent.6.n.57.* W*urmſer.
lib.1.ſuæ prax.tit.18.obſer.19.Hart. Hartman.in
ſua praxi, titul.18.obſer.6.* de qua re nos copio-
ſius, volente Deo, *in l.iudices, infr.de fid.inſtr.*

14 Pari ratione & alium errorem † inuaſiſſe
animaduertimus, vt ſcilicet, quāuis actus iu-
ridici die Dominico explicari nequeant, *l.
omnes iudices,l.actus,l.fin.ſupr.de feriis, idem c.
fin. extr.eod. tit.* tamen iidem audiri poſſunt
die feriato, modo die profeſto iurauerint,
ita Bart. *hic n.10.Salyc.n.8.Ang.n.1. Caſtr.nu.3.
Pacius n.11.Alberic.n.1.l.1.ſupr.de feriis,n.4.Sa-
lyc.n.5. Albert.de Malet. in tract.de teſtib.c.7.n.
78.Marant.in ſuo ſpecul in rubr.de teſtium pro-
duct.nu.4.Menoch.lib.1.arbitr.quæſt.q.30.n.15.
Specul.in tit.de fer. §.ſequitur, verſ.quid ſi ſciuit
Gloſſa in clement.1.in verb.iudices,de offic.deleg.
Maſcard.lib.1. quæſt.5.nu.92.Farinac.q.80. nu.
55.Rutg.Roland.in tract.de commiſſ.lib.6.cap.5.
num.7.Lanfranc.in repet.cap.quoniam, in verb.
teſtium Proſper Carauit. ad rit.mag.cur.rit.148.*
Aduerſatur enim huic traditioni vera huius
legis expoſitio: repugnat deinde *cap.conque-
ſtus,extr. de feriis,item l.fin.ſupr.eodem tit.* quæ
huiuſmodi cognitionem inhibet, dum ait:
Sit ille dies a cognitionibus alienus, in exami-
ne teſtis verſari cognitionem, edocemur ex
verbis noſtræ legis, quæ ita ſe habent: *Intra
quos dies iudices prouideant, quatenus cognitio-
nem ſuſcipiant, in qua teſtes neceſſarii viſi ſunt.*
Arguit hoc ipſum *cap.quoniam contra, de pro-
bat.* vbi teſtium depoſitiones inter actus iu-
dicii recenſentur: *item l.ne cauſſas,15. C.de ap-
pellat.* ſed vt ſupra monui, fruſtra cum inue-
terata praxi pugnamus, quæ cum certa iuris
diuini diminutione, a tabellionibus aliiſque
Commiſſariis, lucri dulcedine impulſis, ita
confirmata eſt, vt amplius cōuelli nequeat:
Poſſet tamen hæc interpretatio eo caſu ex-
cuſari, quo partes ſponte id facere paratæ eſ-
ſent, quod intelligo ſine iactura rei diuinæ,
ne, dum illis intereſſe debent, temere auo-
cētur, aut quod peius eſſe duco, ſponte pro-
fanis negotiis ſeſe miſceāt, ita intelligo eos,
quos refert Speculat. *in tit.de feriis, §.ſequi-
tur,num.6.item Annibal Trois,ad ritum magnæ
curiæ,ritu 149.* Porro ſi neceſſitas aliud poſtu-
laret, diuerſum probandum eſſe cenſerem,
c.fin.extr.de feriis.

Cum itaque videamus, hanc violentam
expoſitionem Doctorum in iudiciis occu-
paſſe, & vt colligere licet ex *l 3.§.fin. ff. de ſu-
pell.legat.* aliquando † error ius faciat: idcirco 15
operæ pretium eſſe duxi, nonnihil inquire-
re in diſtinctionem ab iiſdem Doctoribus
hoc fundamentum ſecutis, introductam. Et
quidem ſi certa dies conſtituta ſit, intra quē
teſtes produci, aut recipi deberent, ſi litiga-
tores eoſdem exhibuerint, atque Iudex illos
ad iurandum † receperit, elapſo tēpore eoſ- 16
dem nihilominus audiri poſſe, tradiderunt
Spec. *in tit.de teſte, §.qualiter,n.13. Abb.in c.li-
cet cauſſam,n.20.Felin.n.23.Imol.n.29.Berous n.
76.Deciſ.Rotæ tit.de probat. n.13. Bart.in l.dāni,
§.Sabini,n.8.Marant.de ord.iudic.part.6.c.40.
nu.10.Andr.Gail cent. 6.obſer.57.n.3. Farinac.q.
80.nu.79.* quod diuerſa ſint, producere teſtes,
& eoſdem examinare, *l.produci,ff.de teſtibus,
l.qui teſtamento, §.mulier, ff.de teſtament.cap.2.
§.ſi vero. de teſtib. lib.6.* Sed ſane, quāuis ver-
ba hanc interpretationem admittere vide-
antur: tamen mens ſtatuentium aliena cen-
ſeri poteſt, quod de productione cum effe-
ctu ſenſiſſe videantur, *l.1. §.final.ff.quod quiſ-
que iur.alt.ſtat.l.2.§.inſpectio,ff.quemadmodum
teſtamen.aper.* Niſi quis ad ſuſtinendam opi-
nionem communem, prætendat Iudicis
verba ſecundum ſtylum, qui ex interpre-
tatione familiaris ſit factus, accipienda eſ-
ſe, *cap.ex literis,de conſtitution. l.final. infr.de
iniur.l.1. §.final.ff.de teſtibus.* Secundus caſus
eſt, cum Iudex † terminum præfigit ipſi 17
probationi, & litigator teſtes intra termi-
num produxerit: illi tamen præſtito iura-
mento nondum depoſuerint, adhuc illos
examinari poſſe, etiam decurſo temporis
ſpatio, videntur innuere Bartolus *hic nume-
ro 11.* Angel. *num.1.* Caſtrenſ. *num.4.* & multi
alii, quos refert Farinac. *in ſuo tract. de teſtib.
quæſt.80.num 80.* Ceterum Baldus *hic num.7.*
Fulgoſ.

Fulgoſ. *nu. 6.* Abbas *in cap. licet cauſſam, nu. 20.* Felin. *nu. 23.* Aretin. *nu. 49.* Bart. *in l. damni. §. Sabini, nu. 8. ff. de damno infect.* vbi ſeipſum declarat Crotus *in tract. de teſtibus, num. 271.* vbi profitetur hanc ſententiam cõmunem eſſe, Proſper Farinac. *d. q. 80. num. 81.* Mynſing. *d. cent. 6. obſeru. 57. nu. 5.* hoc caſu intereſſe putant, an partes diligentiam adhibuerint in monendo iudice & conuenienter inſtando, vt teſtes audirentur. Hic enim poſt terminum teſtes examinari poſſe, quo caſu etiam conſultum arbitrantur, ſi litigatores proteſtationem adhibitæ diligentiæ interponant, *argumen. eorum, quæ notantur in leg. properandum. §. ſin autem vtraque. ſupr. de iudici. item l. 1. ſupra. de dilat.* Quod ſi vero teſtes tam ſero producti ſint, vt cõmode examinari nequeant: negant amplius cognitionem ſuſcipi poſſe. Et quamuis hæc non videantur incolorata eſſe; exiſtimarim tamen, quod cum terminus probationi deſtinatus peremtorius intelligatur, *l. 1. ſupra. de dilat. l. fin. ff. de feriis.* conuenientius eſſe, ſi ipſi per reſtitutionem in integrum ſubueniretur, *l. ſed etſi per prætorẽ, 26. ff. ex quibus cauſ. mai. in integr. reſtit. in princ. §. fin.* De qua re tamen quid noſtræ ſententiæ ſit, fuſius perſecuti ſumus *in l. 1. ſupra. de dilation.*

18 Tertius caſus eſt, ſi definitũ † ſit tempus ad teſtes producendum & examinandum, tũc enim niſi vtrumque interuenerit, dies, facultatem vlterius id explicandi, præcidit, *Bald. hic num. 22. Salyc. num. 8. Abbas in cap. licet cauſſam, num. 20. Felyn. num. 21. Farinac. d. quæſt. 80. num. 83. Mynſing. d. obſer. 57. cent. 6. nu. 4. Ang. in l. Antiſtius, in princ. de adquir. hered. Alex. conſ. 101. lib. 2.* Quartus caſus eſt,

19 ſi † conſtitutæ induciæ ſint ad probandum ꝗ probatum habendum, hoc caſu etiam vlteriorem cognitionem amputatam tradiderunt *Angel. hic nu. 1. Salyc. nu. 8. Caſtrenſ. nu. 4. Imol. in cap. licet cauſſam. circa fin. Abbas ibidem nu. 20. Felyn. nu. 22. Rota deciſ. 13. de probat. in nouis. Mynſin. dict. obſer. 57. centur. 6. num. 7.* vbi tamen excipit teſtes in longinquo degentes, & ad illos excludẽdos requirit clauſulam exactiorem, vt ſcil. conſtituatur illum debere probatum habere per omne genus probationis, quæ forma procedendi iuris noſtri definitioni accepto referri non poteſt, ſed conſuetudini ac ſtylo, vt recte obſeruauit Caſtrenſ. *hic nu. 4.* qui ex ſiniſtra interpretatione cauſſidicorum, tam ambitioſam rationem in concipiendis ſententiæ interlocutionibus inuexit.

Occurrit hic & illa inſpectio, quod cum Imperator decernat teſtes hoc dierum ſpacio euoluto diſcedere poſſe, neque iudici eſſe auctoritatem eoſdem retrahẽdi, an teſtes a teſtimonii datione ex hac cauſſa plane liberentur? & videntur noſtri Doctores ita legem noſtram intelligere, vt Gloſſa *in verb. retrahere.* Alberic. *nu. 6.* ſed tamen non puto reprobandam eſſe obſeruationem *Iulii Pacii hic nu. 19.* exiſtimantis, teſtes per longum iter amplius reuocari non poſſe, *l. 1. §. fi. ff. de teſtibus.* Sed tamen ſi quis deſideret, vt in locis, vbi degunt, ſine ſuo incommodo veritati teſtimonium perhibeant, non probe eundem illud recuſare, cum ceſſet ratio, in hac lege conſiderata: & peccatum ſit veritatem celare, *c. 1. extr. de falſ.*

Præterea ex hac noſtra lege colligimus, iudicem, † ſi ex hac cauſſa aliquid damni litigantes contrahant, id ſarcire debere, ſed quæſtionis eſt, qua actione? Et Gloſſ. *in verbis omnem iacturam*, videtur innuere, quod Iudex litem ſuam faciat, & propterea tanquam ex maleficio conueniri poſſit *ex §. 1. Inſtit. de oblig. quæ quaſi ex delict. naſc.* atque Gloſſæ hic ſubſcribit Iul. Pacius *nu. 20.* Ceterum Bart. *nu. 15. lectur. antiq.* defert ipſi condictionem ex *l. præſenti*, quod & ipſum videtur ſentire Alberic. *n. 7.* expreſſius Ang. *nu 3.* oſtendens multas differẽtias inter hæc duo interlucere. Iudicem enim, qui litem ſuam faciat, hactenus cõueniri poſſe, quoad illud æquum videatur, *l. ſi Iudex. extr. de variis & extraord. cognit.* qui vero ratione negligẽtiæ interpellatur, vniuerſum damnum, quod ſenſit pars læſa, exſoluere, *vt hic & l. ſi quos. ſupr. de offic. præf. prætorio orient. l. properãdum. §. ſin autem alterutra. ſupr. de iudiciis.* 20

Coronidis loco illam † quæſtionẽ tractandam duximus, *an teſtis non citatus teſtimonium dicere poſſit?* Requiri admonitionem coarguit lex, in cuius enucleatione verſamur. item ratio §. *ſi vero ignoti, Nouell. de teſtib. 90.* quo ſignificatur teſtem, qui ſe vltro ingerat, ſuſpectum videri. Accedit conſideratio *l. qui omnia. §. 1. ff. de procur.* Citationem neceſſariam eſſe tradiderunt Nellus *de teſtibus num. 43. Boſſius in tit. de oppoſ. contr. teſt. num. 29. Pract. Conradi titul. de teſtibus. in princip. Maſcard. concluſ. 1358. nu. 63. Decian. conſ. 55. nu. 7. Schenck de teſtib. num. 1. Farinac. in tract. de teſtib. q. 80. num. 8.* Sed aduerſantur ea, quæ memoriæ prodidit Gloſſa *l. poſt legatum. §. his vero. in verb. adiuuauerunt, Alberic. in l. nec honore, C. de Epiſcop. & cleric.* vbi 21

illud ſpeciale eſſe tradit in epiſcopo. *item argum. l. lege Iulia. in prin. ff. de teſtibus, & dict. l. poſt legatum. §. his vero. ff. de his, quibus vt indign. Albert. de Malet. c. 7. num. 35. Maſcard. quæſt. 5. nu. 29. & ſeq.* quem tamen Farinac. *d. q. 80. num. 9.* certa ratione declarat, aſſerens primam opinionem veram eſſe: ſecundam autem ſententiam tunc procedere, quando quis a parte productus eſt, *arg. d. l. poſt legatum. §. his vero nu. 1. Caſtrenſ. in d. l quæ omnia. num. 4. Anton. de Butr. in c. 2. num. 10. extra. de teſtibus. Abbas nu. 15. Felin. num. 24. & 25.* allegans Baldum *in cap. 1. §. porro. in 3. col.* quæ fuerit prima cauſſa beneficii amit. *item deciſ. Rotæ 356. in nouis, Bald. in cap. tertio loco, ſupra de probat. arg. cap. cum in tua. in prin.* adducens præterea in eandem ſententiam, Bartolum, Hoſtienſem, Speculatorem & alios. Maſcard. *d. quæſt. 5. num. 30. Cæſar de Graſſis, deciſ. 22. num. 5.* imo quod magis eſt Florianus *in l. lege Iulia, nu. 2. ff. de teſtibus. Baldus in l. presbyteri. ſupra. de epiſc. & cler. Anton. de Butrio d. c. 2. de teſtib. num. 10. Abbas nu. 15. Felin. num. 24. Decius nu. 67. Maſcard. d. quæſt. nu. 31.* videntur conſtituere quod ſatis ſit, ſi Iudex illis iuramentum deferat parte ſcilicet præſente & non contradicente: idemque repetit Farinac. *in ſuo tract. de teſtib. quæſt. 80. nu. 13. & 16.* Quod ſi ita ſeſe habeat, non video, quid regula ab illis conſtituta multum facere poſſit. Ego autem exiſtimarē, quod cum
22 materia † teſtium ex variis circumſtantiis ſit arbitraria, *l. iuriſiurandi, circa fin. hoc tit. l. 3. § eiuſdem, l. ob carmen, 21. §. fin. ff. eodem. cap. in noſtram, & cap. cum cauſſam, extra eodem.* Iudex quoque perpendere ſecum poſſit, an ad extenuandam fidem hoc ipſum pertinere videatur, quod de denuntiatione teſti facta non appareat. Qua interpretatione admiſſa reſponderi ad legem noſtram poterit, quod eadem intelligenda ſit de teſtibus inuitis. Cum enim voluntate eorum hoc impetrare nequeat, conſequens eſt, vt Iudex conuenientes partes accommodet: idemque colligitur, *ex l. lege Iulia,* qua cauetur, quod teſtibus ibidem enumeratis teſtimonium inuitis denuntiari nequeat. Commendat tamen meo iudicio eadem lex regulam conſtitutam, potius, quam vt infringat, quemadmodum Doctores a nobis deſignati tradiderūt. Coarguit enim illis non inuitis teſtimonium denunciari poſſe. Qua de cauſſa ſecurius eſſe ſtatuerem ſi regulæ pareretur. Quod ſi tamen ea obſeruata non ſit, nō temere reiecero teſtimonia, niſi perſonæ qualitas, veluti, q̀ ignotus ſit, & ſponte ſeſe ingerat, aliud ſuadere intelligatur. Quid enim aliud denuntiare teſtimonium eſt, quam illos ad dicendum teſtimonium vocare, vt apparet *l. 6. ff. ad l. Iul. repet. l. vlt. ff. de concuſ.* Cicero in orat. 3. in Verrem, niſi quis contendere velit argumentum a contrario ſenſu ibidem commode ſumi non poſſe, quod ex Quintiliano *lib. 5. c. de teſtib.* intelligamus eſſe duo genera teſtium, voluntariorum, item eorum, quibus Iudex in publicis iudiciis lege denuntiare ſolet.

Authent. ſed etſi quis.

Summaria.

1 *An ſecundum iuris ciuilis diſpoſitionem teſtes ante litem conteſtatam, audiendi non ſint.*

2 *Innumeræ pene exceptiones circa regulam propoſitam.*

3 *Iure pontificio quæſtionem definitam eſſe, quod ante litem conteſtatam teſtes regulariter audiendi non ſint.*

4 *Praxin quoq; cotidianam hanc interpretationem confirmaſſe.*

5 *An in præſenti authentica exceptio huius regulæ contineatur.*

6 *Scopum noſtræ authenticæ eo pertinere, vt tergiuerſatio eorum tolleretur, qui teſtimonia ex eo impugnare ſolebant, quod ipſis abſentibus recepta erant*

7 *Quas quæſtiones hæc authentica dirimat.*

8 *Auctoritates quibus defenditur ſi periculum ſit in mora, repræſentandam cognitionem teſtium lite non conteſtata.*

9 *Quæ dubiam iure ciuili interpretationem habent, ex auctoritate iuris canonici confirmari ſolere.*

10 *Nedum reum, ſed & actorem teſtes ſenes & valetudinarios, ante litem conteſtatam producere poſſe.*

11 *Diſtinctio Bartoli in propoſita quæſtione.*

12 *Quid iuris ſi actorem nihil impediat quo minus confeſtim experiri poſſit.*

13 *Qui teſtes ſenes & valetudinarii intelligantur in propoſita quæſtione.*

14 *Qui ſint valetudinarii, iudicis arbitrio relinquendum, & quomodo illud inſtituendum.*

15 *Quæ abſentia diuturna intelligatur.*

16 *An reo præſente actor impetrare poſſit vt huiuſmodi teſtes audiantur.*

17 *Exceptiones quæ ante litem conteſtatam proponi ſolent, etiam ante litem cōteſtatam probari poſſunt.*

18 *Cauſſa matrimonii etiam hoc priuilegii habet.*

19 *Idem in cauſſa inquiſitionis & multæ aliæ quæ hic ordine commemorantur, quoq; in illa conditione ſunt.*

20 *Quid in his iudiciis obtineat in quibus lis conteſtari non ſolet.*

21 *An reo indiſtincte permiſſum ſit, vt huiuſmodi teſtes producere poſſit.*

22 *Etiam ſanos & integros a reo produci poſſe.*

23 *An eo caſu illud actori quoque indulgendum ſit, diuerſa doctorum ſententia.*

24 *Diffe-*

Digitized by Google

24 *Differentia inter examen teſtium ad perpetuam rei memoriam, & quæ futura litis ergo ad cautelam fieri ſolet.*

25 *Tria requiſita in perſona iudicis vel partium, vt iudex competentem iuriſdictionem habeat, vt adhibeat cauſa cognitionem, vt aduerſa pars vocetur.*

1 RVrſum confligendum † nobis erit cum interpretatione eorum, qui hanc auth. illuſtrare ſuis comẽtariis conati ſunt. Conſtituunt regulam, quam putaut inſinuari l. præcedenti, *ſi quando*, ante litem conteſtatam teſtes recipi nõ poſſe. Ceterum ſi quis legem bene excutiat, huius traditionis veſtigium conueniens nõ deprehendet. Qua de cauſſa propius accedere videtur, *l. 2. ſupr. de iureiur. propt. cal. dand.* quæ manifeſtat allegationes rei admittendas non eſſe ante litem conteſtatam: multo minus itaque teſtium productiones, quæ ad comprobationem articulorum pertinere ſolent. Accedit vſitatus iudicii ordo; quod libellus offerri ſoleat, & inde lis conteſtari: *authent. offeratur, ſupr. de lit. conteſt. & l. 1. eodem tit.* Poſtea vlterius reſponderi & exceptiones proponi, & deinde ad probationem procedi, *l. ſiquidem, infra. de except. l. exceptionem, ſupr. de prob. l. emtor. infr. de vſucap. pro emt.* ſed mouet e diuerſo quod hæc in perſona rei duntaxat videantur procedere, cui tamen magis ſubueniẽdum eſſe videatur quam actori, *l. fauorabiliores. ff. de regul. iur.* Quod ſi autem actor, reo abſente, ad confirmationem eorum, quæ allegauit, teſtes ſiſtere nequeat, id eſt, quod controuerſum cenſeri poſſit, cum ad ſubueniendum huic difficultati innumeras pene exceptiones Doctores noſtri con-
2 gerere cogantur, quarũ † triginta quatuor recenſet Nellus *in ſuo tract. de teſtib. num. 73.* Qua de cauſſa etiam Fulgoſ. *in l. ſi quando, num. 5. Duaren. in explicat. hoc tit. cap.* ● nihil certi iure ciuili de hac re conſtitutum eſſe profitentur.

Ceterum ne videamur minus tempeſtiue hoc loco aduerſari Doctoribus noſtris, idipſum largimur, adhibita illa cõſideratio-
3 ne † quod iure Pontificio hæc quæſtio defi-
nita ſit, *vt c. 1. cap. accedens, ca. quoniam, & toto*
4 *tit. extr. de lite non conteſt.* † quodque praxis hanc interpretationem receperit, *Andr. Gail. obſer. 92. lib. 1. nu. 1. Mynſing. centur. 4. obſer. 71. Wurmſerus in ſua pract. lib. 1. titul. 18. obſer. 18.* Quod autem Scriptores in enarratione huius authent. *vt Gloſſa in verb. publicare, Cynus verſ. ſecundo caſu, Odofred. nu. 2. Bar. n. 2. & ſeq. Caſtr. nu. 1. & ſeq. Bald. in ſuo ſummar. & nu. 2. Ang. n. 1. Alberic. nu. 1. Salyc. nu. 1. & 2.* hanc noſtram authent. eo deflectũt, vt certam exceptionem propoſitæ † regulæ com- 5
plectatur, id eos parum circumſpecte facere conſtituo, vt etiam animaduerterunt. Fulg. *hoc loco nu. 2. verſ. & hæc ſunt pulchra auctoritate magis magiſtrali introducta, Donell. n. 1. & 2.* expedire enim noſtri interpretes antea debuerant, de quo caſu Imperator *in hac auth.* & deinde *§. fin. Nouell. de teſtibus.* vnde Irnerius eandem depromiſit, loquatur. Etenim de teſtibus ſenectute confectis, aut ex graui valetudine laborantibus, vel peregre profecturis, altum vtrobique ſilẽtium eſt, vt recte expendit Cuiacius *in explic. d. Nouell. circa fi. Donell. hic nu. 1.* Iuſtinianus † tergiuerſatio- 6
nem tollere voluit, qui teſtimonia ex eo impugnare ſolebant, quod ipſis abſentibus recepta erant. Incidit tñ hæc ipſa expoſitio in ſcrupulum, quod idem in præcedenti lege deciſum fuerit, & abſurdũ videatur nouam Iuſtiniani conſtitutionem ita accipere, vt nihil præſtet contra *l. 1. ff. ad municip. l. 2. C. de veter. iur. enucl.* item procœmiũ Inſtitutionũ, & infinitas alias leges, quæ res forte noſtris interpretibus occaſionem dedit, vt nouum ſenſum, & verbis minime conuenientem eidem adſcriberent. Sed ſubmoueri hic obex poterit, ſi ex definitione, *l. fin. infr. de indict. vid. toll.* repetamus, non infructuoſum eſſe, ſi ea quæ ſemel deciſa ſunt, & ex pertinacia litigantium in cauillationem deduci poſſent, clarius definiantur. Deinde negare poſſumus hic † nihil peculiare decidi. Nam 7
ſtatuitur huiuſmodi atteſtationes æque valere, ac ſi alia pars adfuiſſet, & eas etiam publicari poſſe, quod *in leg. ſi quando & ſimilibus* determinatum non fuit, quamnis Gloſſa, Bartolus & alii contra verba eius textus negant publicationem faciendam, de qua re poſtea copioſius. Oſtendit præterea, non omnes exceptiones, quæ ab abſentibus, vt examen differatur, prætexi ſolent, id impetrare *l. oratione. ff. de feriis.* Sed ita demum, niſi ineuitabilis neceſſitas has ipſas commendet. Non negamus tamen, traditionem Doctorum noſtrorum veram eſſe, ſi alias iuris auctoritates † intueamur; *vt l. in* 8
lege Aquilia, 40. ff. ad leg. Aquil. l. 3. §. duæ. ff. de Carbon. edict. qui egregie ad commendationem huius iuris facit, in hæc verba conceptus. *Duæ autem ſunt cauſſæ cognitiones, vna danda Carbonianæ poſſeſſionis, quæ habet commodum illud, vt perinde, atque ſi nullam controuerſiam pateretur impubes poſſeſſionem accipiat,*

Digitized by Google

alia cauſſa cognitio illa, vtrum differri debeat in tempus pubertatis cognitio an repræſentari. Hoc autem diligentiſſime prætori examinandum eſt, an expediat pupillo repræſentari cognitionem, an potius differri in tempus pubertatis, & maxime inquirere hoc a cognatis, matre tutoribusque pupilli debet. Finge eſſe teſtes quoſdã, qui dilata cõtrouerſia, aut mutabunt conſilium, aut decedent, aut propter temporis interuallum non eandem fidem habebunt: vel finge eſſe anum obſtetricem, vel ancillas, quæ veritatem pro partu poſſunt inſinuare, vel inſtrumenta ſatis idonea ad victoriam, vel quædam alia argumenta: vt magis damnum patiatur pupillus, quod differtur cognitio, quam compendium, quod nõ repræſentatur. Finge, pupillum ſatiſdare nõ poſſe, & admiſſos in poſſeſſionem, qui de hereditate controuerſiam faciũt, multa poſſe ſubtrahere, nouare, moliri: aut ſtulti, aut iniqui prætoris erit rem in tempus pubertatis differre cum ſummo incommodo eius, cui conſultum velit. Diuus autem Hadrianus ita reſcripſit: Quod in tempus pubertatis res differri ſolet, pupillorum cauſſa fit, ne de ſtatu periclitentur antequam ſe tueri poſſint. Ceterum ſi idoneos habeãt, a quib. defendantur, & tam expeditam cauſſam, vt interſit mature de ea iudicari: & tutores eorum iudicio experiri volunt, non debet aduerſus pupillos obſeruari, quod pro illis excogitatum eſt: & pendere ſtatus eorum, cum iam poſſit indubitatus eſſe. Nec moueor, quod in pupillum conceptus ſit §. *hic.* Non n. fauor pupilli hoc conciliat, ſed ratio naturalis, quæ non patitur, quem temere periclitari facultate probationis ſublata, *d.l. 4 ff. ad leg. Aquil. item d.cap. quoniam extra, vt lite non conteſt. cap. ſignificauit, extr. de teſtibus.* Repræſentatur itaque *in d. §. cognitio*, quæ fauore pupilli in tẽpus pubertatis differre debuerat. Cognita deinde apud iuris anteceſſores eſt illa enũtiatio: Quæ dubiã iure ciuili interpretatio-
9 nem habent, ex definitione iuris † canonici confirmari ſolere, de qua re diſſerimus, *l. decernimus, ſupr. de ſacroſanct. eccleſ.* Accedit, quod praxis pene vbique locorum hanc cautelam comprobarit, de qua re Andreas Gail, Mynſingerus, Wurmſerus *in locis ſupra allegatis*, quibus adiicio Rolan. a Valle *conſ. 80. num. 8. volum. 3. Maſcard. concluſ. 683. Farinac. in ſuo tract. de teſtib. libr. 3. tit. 8. q. 70. part. 1. num. 10. & ſeq.*

Pro euidentiori explicatione ſatis perplexi tractatus, operæ pretiũ eſſe duximus, vt huius explicationis merita paulo accuratius exſequeremur. Regula igitur ſit, ante litem conteſtatam teſtes produci, aut cum effectu audiri non poſſe, *dict. capit. quoniam. extra, vt lite non conteſtata.* Hæc regula exceptionem recipit per plura membra, vel caſus ſe fundentem, vt in omni caſu, in quo ſi cognitio differetur, veritas occultaretur, & probationis copia ſubtraheretur, examinari teſtes ante litis conteſtationem queant. Hanc exceptionem confirmat ratio, *cap. quoniam*, quam generaliter ibidem intelligunt Hoſtienſ. *num. 4.* Imol. *num. 1.* Marian. *num. 11.* Baldus *nu. 4.* & plures alii, quos refert & ſequitur Farinac. *in d. tract. de teſtib. quæſt. 75 nu. 10.* Hinc inferimus, quod nedum reo,
ſed † etiam actori hoc beneficium deferatur, 10
ſi probationis facultas periclitetur, vnde non inſcite meo iudicio in perſona actoris,
hic num. 3. diſtinguit † Bartolus intereſſe, v- 11
trum actori quæſita obligatio præſens, an in diem vel ſub conditione. Hic enim illum audiendum eſſe: illic vero poſtulata ipſius repudianda, *d. l. in l. Aquilia ſi deletum, 40. ff. ad leg. Aquil. & ibidem Gloſſa & alii Doctores. Bartol ſubſcribunt, Baldus hic num. 2. Fulg. num. 2. Angel. num. 3 Salyc. num. 3. Innocent. in cap. quoniam frequenter extra. vt lite non conteſtat. in verbo, abſens. Hoſtienſ. nu. 9. Abbas nu. 6. Marian. Socin. nu. 11. Andr. Gail. d. obſeru. 92. lib. 1. nu. 9. Mynſing cent. 4. nu. 1 & ſequen. Rutg. Ruland. libr. 1. de commiſſar. ad perpetuam rei memoriam, capit. 3. nu. 5. Farinac. in ſuo tract. de teſtibus, quæſt. 76. num. 14. Alberic. d. l. 40. ff. ad l. Aquil. num. 2. Fulgoſ. ibidem nu. 1.* qui declarant illud etiam procedere in his teſtibus, de quorum morte aut abſentia nihil timeatur, quod ipſum confirmant hoc loco Baldus *nu. 1.* Salyc. *n. 3.* Viuius *in theſaur. commun. opin. in verb. teſtis. Mynſing. d. obſeru. 72. centur. 4. num. 5.* vbi tamen illud relinquit arbitrio Iudicis. *Farinac. d. quæſt 76. num. 18.* vbi plures alios in hanc rem accerſit, quamuis Bartolus *hic nu. 4.* Angel *d. l 40. ff. ad leg. Aquil.* & multi alii, quos idem Farinac perſequitur, contrarium hoc caſu defendãt. Statuit itaque Bartolus conuenientius exemplum peti poſſe, ex *l. 2. infr. de bonor. poſſeſſ. l. publ. cati. infr. de teſtamen. l. 2. ff quomod. teſtamen. aper.* in quibus ius agendi non poteſt competere niſi teſtes examinentur & publicentur. Præterea ex *l. de ætate. ff. de min. in int. reſt.* quod exemplum etiam probãt *Fulgoſ. num. 2. Angel nu. 3. Salyc. num. 7.* Prior tamen ſententia, vt *ex Franciſco Viuio in theſauro. commun. opin. in verb. teſtium examinationem*, qui in hanc ſentẽtiam laudat Gloſſam & Abbat. *in cap. ſignificauit, col. fi. Imol. & Capit.* qui

pit. qui illam magis communem eſſe deprædicant, edocemur, & æquior & receptior videtur.

12 Porro, ſi nihil ſit quod actorem † experiri prohibeat, hoc caſu non facile eius voluntati, obtemperabitur, ſi ad hoc beneficium adſpiret, niſi periculũ in mora verſetur, quo caſu poterit impetrare, vt pducat teſtes ſenes, valetudinarios, aut diu abfuturos, *d. cap. quoniam. item arg. d. l. 3. §. duæ. ff. de SC. Carbon. Bart. hic nu. 3. Alber. nu. 1. Cynus, verſ. ſi cauſſa eſt inchoata, Odofred. n 2. Baldus nu. 26. Ang. nu. 1. Salyc. nu. 2. Fulgoſ. nu. 2. Caſtrenſ. nu. 1. Gloſ. in verb. præſente. Nouell. de teſtib. 90. § & hoc vero. Ang. ibidem num. 27. Anton. Gomes. tit. de delictis cap. 1. nu. 19. Mynſing. obſer. 72 in prin. Menoch. arbitr. quæſt. lib. 1. caſ. 59. nu. 6 & caſu 60. nu. 1. & ſeq. caſu. 61. nu. 2. caſ. 62. num. 1. item libr. 2. præſumt. 54. nu. 1. Maſcard. concluſ 683. n. 2. vbi hanc opinionẽ cõmunem tradit Mynſin. d. obſer. 72. num. 2. Andr. Gail, libr. 1. obſer 92. num 1. & ſeq.* W*urmſer in ſua pract. lib. 1. tit. 18. obſeru. 18. numer. 2. Damhoud. in ſua praxi ciuil. cap. 162. num 3. Alexand. Stiat in ſua praxi iudicial. cap. 16. num. 81. Specul. tit. de teſte. §. nunc tractemus, num. 1. Farinac. quæſt. 76. numer. 82. Innoc. in dict. cap. quoniam. num. 1. Abbas ibidem num. 1. Baldus nu. 3. Imol. verſ. fallit cum timeatur, Marian. Socin. nu. 9. verſ. primo fallit, item verſ. ſecundo fallit.*

13 Qui autem teſtes ſenes videantur † non facile fuerit conſtituiſſe. Sin autem, qui exiſtiment hoc caſu ſenem vocari, cum quinquageſimum quintum annum impleuerit, *argum. l. 2. §. fi. ff. de decur. item l. 3. C. eodem tit. l. ſi infr. qui ab ætat. vel profeſ. ſe excuſ.* Sunt qui contra arbitrentur, ſeptuageſimum annum ſpectandũ eſſe, *arg. l. 3. ff. de iur. immunit. Præterea §. item maior, Inſtit. de excuſat. tut* Receptior tamen ſententia cenſetur id arbitrio iudicis committendum eſſe. *Innocent. in d. c. quoniam, extr. vt lite non conteſt. Marian. Soc. ibidem nu. 9. verſ. ſecundo dicit Hoſtienſ. Felyn. nu. 5. verſ. ad tertiam quæſtionem Abbatis. Iacob. Menoch. d. caſu 59. nu. 3 lib. 1. arbitr. quæſt. Florian. de S. Petro. l. 40. ff. ad l. Aquil. Farin. d. q. 77. nu. 83. Hart. Hartman obſeru 10. libr. 2. tit. 15. num. 5. Rutgerus Ruland. libr. 1. de commiſ. ad perpetuam rei memoriam, cap. 6. num. 4. Andr. Gail lib. 1. obſer. 92. nu. 7.* vt ſcil. is habita ratione conſtitutionis perſonæ, de qua audienda tractatur, conſtituat, an admittenda ſit an minus. Porro, ſi ſeptuaginta annos exceſſerit, hic arbitrio iudicis vix locus erit, cum vir eius ætatis non poſſit non ſenex exiſtimari, *argum. l. fin. C. qui ætat. ſe excuſ. §. item maior. Inſtit. de excuſ. tut. l. 2. ff. eodem tit. l. 3. ff. de iur. immun.* Porro Andr. Gail. *d. obſer. 92. n. 7.* teſtatur in conſiſtorio Spirenſi receptũ eſſe, vt ſenes hoc caſu videantur, qui annum quinquageſimum egreſſi ſunt. Potuit fortaſſis aſſeſſores mouiſſe auctoritas Galeni, quam refert Brecheus *in leg pueri, num. 9. ff. de verborum ſignific.* ſenectutem a quinquageſimo anno incipere.

Quæ dicta ſunt de † ſenibus, eadem non incommode transferri poſſunt ad valetudinarios, vt & hic iudicis arbitrium verſetur, qui in ea cauſſa conſtituti videantur, *ita Menochius caſu 60. num. 5. Baldus hic, num. 29. verſ. quæro ſi Iudex recepit, Abbas in capit. quoniam contra num. 19. Hoſtienſ. num. 3. Farinacius dict. quæſtio 77. n. 86.* qui inquiſita opinione Medicorum, *l. ſemel, Cod. de re militar. & l. officium. ff. eodem tit. cap. propoſuiſti, extra. de probatio.* recte ſecum perpendat, qui valetudinarii ſint. Quæ de graui ætate & valetudine dicta ſunt, eadem etiam nonnulli transferunt ad alias cauſſas, ex quibus quis in periculum mortis incidere poſſit, *vt l. 1. 2. & 3. ff. de donation. cauſſa mort. l. qui petitorio. §. fin. ff. de rei vind. capit. cum per bellicam, 34. quæſt. 1. Innocent. dict. capit. quoniam, numero tertio. Hoſtienſ. numer. 9. Baldus numer. tertio, Abbas numer. 19. Marian. Socin. num. 9 verſ. quarto, declaratur, Iacobus Menochius libro primo, caſ. 61 num. 10. & libro ſecundo, præſumt. 54. num. 2. Speculat. titul. de teſte. §. nunc tractemus, numer. 3.* quæ & ipſa a definitione Iudicis pendere videntur, vt is ſcilicet exiſtimet, quando dubiam vitæ aleam quis ſubire videatur, de quibus nonnihil *in l. licet ſupra de pact. & l. quotiens. in fin. Cod. de naufrag.* 14

Porro, cum quæritur de longinqua abſentia, *dict. cap. quoniam frequenter*, vbi etiam arbitrium Iudicis verſari videtur, in decernenda abſentia † diuturna ſecundum cauſſæ circumſtantias. *Abbas in d. cap. quoniam frequenter num. 17. Marian. Socin. numer. 10. verſ. tertio declaratur.* Vnde is teſtes, quos recipit etiam ſigillatim de abſentiæ interuallo percontari poteſt, & iuramentũ ab illis exigere *Farinac. d. q. 77. n. 95.* vbi plures auctores in hanc rem refert, quamuis *nu. 96.* id declaret de Romanæ curiæ ſtylo procedere. 15

Hæc autem quæ dicta ſunt de prouectioris ætatis hominibus, item valetudine † laborantibus, locum habent, ſi actor propter abſentiam rei litẽ conteſtari non poſſit. *Specul. in tit. de teſt. §. nũc tractemus, n. 7. Lanfran-* 16

Digitized by Google

cus de teſtibus.nu.34.conſ.23.nu.17.lib.3. Farin. d.q.77.num.104. ſin autem ipſum reum præſentem ponamus, aliud probandum eſſe videretur, vt ſcriptum reliquit *Marian.d.c.quoniam nu.11.Bald.in hac authent.nu.6.Spec.nu.5.* Quod ſi vero timor ſit teſtes poſſe decedere ante litem conteſtatam hoc caſu ſine diſtinctione perſonarum audiendi eſſent, *Capoll.cautel.72.Socin.conſ.34.nu.7 Farin.d.q.76.nu.106.* Obſeruatur tamē in iiſdem teſtibus, vt ſi tempore motæ controuerſiæ adhuc viui ſint, repeti poſſint, vt ſcribit *Butrius d.cap.quoniam,n.6. Alex.Stiaticus in pract. iudicial. c.16.nu.88.Farinac.num.109.d.q.76.* idque defendi poteſt *arg.l.fin.hoc noſtro tit.*

17 Tertio, conſtituo actorē † etiam audiendum eſſe in omnibus illis exceptionibus, quæ ante litem conteſtatam proponi ſolēt, vt ſunt exceptiones declinatoriæ & dilatoriæ, item quædā exceptiones peremtoriæ, de quibus *in l.exceptionem, ſupra de probat.* Etenim cum hæ ante litem conteſtatam plerumque finiri ſoleant, *l.pen.& l.fin. infra. de exception.* per conſequens etiam ad regulas cauſſæ principalis alligari non poſſunt, *ita Innocent.d.c. quoniam. extr. vt lit. non conteſt. nu.1. Hoſtienſ.nu.3. Abbas nu.3.Bald.hic nu.11. Fulgoſ.n.1. Alberic.nu.7.Specul.in tit.de teſt.§. nunc tractemus, num.2. Farinac.dict. quæſt.76. num.46.*

18 Quarto huc referre poſſumus † cauſſam matrimonii & electionis de quibus late *Marian.Socin.d.c.quoniam extr.vt lit.non conteſt. verſ.ſeptimo fallit, nu.16. & ſeq. Farin. d. q.76. nu.24.& ſeq. Nellus num.73.in ſuo tract. de teſt. Lanfranc.in tract.de teſtib.nu.25.*

19 Quinto huc referendi ſunt † nonnulli alii caſus, qui comprehenduntur eodem tit. *c. quoniam frequenter. extra vt lit. non conteſt.* vt eſt cauſſa inquiſitionis, *& ibidem Gloſſa in verbo regulariter, Innocent, num.1. Hoſtienſ.numer.3. Marian.Socin.num. 21. verſ. duodecimo fallit. Speculat.in tit. de teſte. §. nunc tractemus nu.1.Farinac.in dict. quæſt. 76. numer. 116.* item cauſſa nunciationis, *cap.nouit. extra.de iudic. Gloſſa in cap. quoniam frequenter, in verbo regulariter, & ibidem Marian.num. 22. Farinac.dict. quæſtio.76.num.34. item in reſtitutione quartæ ex Senatuſconſulto Trebellian. l. penult.§. cum autem.C.ad Senatuſconſ.Treb. Specul.tit.de teſte.§.nunc tractemus, num. 2. Farinac.dict.quæſt.76.num.40.* item in petitione legati & fideicommiſſi, *argum. l. 2.Cod. de vſur. & fruct.* item in iudicio fin.regundorum *argum.l.3.infr.fin. regund. dict. §. nunc tractemus.num.2. Conradus in ſua pract.tit. de teſtib. rubr.de recept.ante lit. conteſt num. 48. Alberic.in l.40.ff.ad leg. Aquil.num. 4. Farinac. num. 41.* item in caſu authent. *qui ſemel, infr. quomod. & quand.iudic.ſenten.proſ.deb. auth. ſi omnes.ſupr.ſi min.ab here.ſe abſtin.* & in multis aliis caſibus, quos vſque ad triginta quatuor perſequitur, Nellus *in ſuo tract. de teſt. num. 73.* quorum etiam Farinacius triginta, *in d. quæſt.76.* Speculat. triginta ſex, Marian. Socin. *in dict. cap. quoniam*, octoginta duos percenſent, quo etiam congeri poſſunt illa, quæ traduntur a Gloſſa, *in dict. cap. quoniam frequenter in verb. regulariter, Hoſtienſ. nu. 26 Anchor. num. 8. Bartholom. Socin. regul. 242. Monticell. in rubric. vt lit. non conteſt.* Nos autem in præſentia vnam exceptionē duntaxat in diſceptationem vocabimus: an ſi huiuſmodi iudicio † experiamur, in quo lis 20
conteſtari non ſolet, cuius rei exempla peti poſſunt ex clement. *diſpendioſam. de iudic. & clement. ſæpe contingit, de verb. ſignific.* teſtes aliquid peculiaris iuris habeant, quod ſane videntur inſinuare Hoſtienſ. *in cap. quoniam. extra. vt lit. non conteſt. num.25. Abbas, num. 3. Marianus Socin. num. 26. verſ. decimo octauo, Farinac. dict. quæſt. 77. num. 21. Speculat. in tit. de teſte §. nunc tractemus, dum. num. 4.* auctores ſunt generale hoc pronunciatum in his caſibus locum non habere: ſed ſalua tot Doctorum auctoritate non animaduerto, vnde hic caſus ad regulam applicari poſſit. Si enim huiuſmodi iudicia litis conteſtationem non admittunt, fruſtra inter exceptiones recenſentur: meminiſſe tamen debemus, quod cum ſecundum definitionem *d.clem. ſæpe contingit, §. verum,* aliqua petitio in huiuſmodi iudiciis facienda ſit, quod actus proximus, qui hāc ſequatur, & reſponſionem ad petita contineat, officium litis cōteſtationis ſuſtinere videatur. Qua conſideratione admiſſa, conſequetur quoque huiuſmodi actiones, quæ ſine figura iudicii exerceri ſolent exceptionibus adſcribi non poſſe, quod id nuſquam cautum videatur, præterquam ſi tractetur de his caſibus, qui cum ſummatim explicantur, nominatim hac prærogatiua donati ſint, puto ꝙ ipſum tamen maturiori deliberationi ſeruandum in præſentia exiſtimo.

Hæc de perſona actoris † dixiſſe ſufficiat 21
reliquum eſt, vt de reo nōnihil diſſeramus, & quidem Bartol. *hic num. 5. in prima lectur. item numer. 3. in ſecunda lectur. Cynus verſ. ſecundo caſu Odofred.num.2.Bald.num. 18. Alberic.*

Digitized by Google

beric. num 2. Salyc. num. 1. & 3. Caſtrenſ. num. 2. Fulgoſ. num. 2. verſ. ſed ſi reus Speculat. in tit. de teſte. §. nunc tractemus. Gomes. titul. de delict. cap. 1. numer. 19. Mynſing. obſeruat. 72. verſ. ſecundus articulus. centur. 4. Andreas Gail. obſeruat. 92. num. 8. libr. 2. Maſcard. concluſ. 683. nu. 1. libro ſecundo. Roland. conſ. 23. num. 16. libr. 3. Alexand. conſil 131. in fin. volum. 7. Farinac. quæſt. 76. num. 63. Rutger. Roland. lib. ſingul. de commis. ad perpet. rei memor. cap. 13. numer. 4. Hart. Hartm. obſeru. 2. tit. 25. conſtituunt id reo indiſtincte permiſſum eſſe, cũ in ipſius poteſtate non ſit experiri quando velit, *l. qui in alterius, 47. ff. de reg. iur. l. ſi quando. ſupra. de dilation.* ita intelligit idem Bartolus hunc noſtrum textum, Baldus *num. 26.* Caſtrenſ. *nu. 2.* & nonnulli alii, qui illos ſequuntur: ſed, vt antea admonui, textus noſter huiuſmodi interpretationem non recipit, vnde hoc officii melius ſuſtinere poterunt, *ca. ſignificauit, 41. & capit. Albericus. de teſtibus,* quæ ab eodem Bartolo & aliis interpretibus ad confirmationem huius ſententiæ etiam allegantur.

Sciendum autem eſt hoc caſu nedum illos teſtes recipi poſſe qui ætate maiores ſunt aut valetudine aduerſa conflictantur, ſed
22 etiam † qui ſani & integri ſunt, *Gloſſa in cap. quoniam frequenter, §. ſunt & alii, & ibidem Abbas num. 87. Marian. num. 92. Salyc. hic num. 3. Caſtrenſ. numer. 2. Mynſing. obſeru. 71. cent. 4. Andr. Gail. obſeru. 92. numer. 8.* Imo quod magis eſt conſtituunt idem Bart. *nu. 5. Bald. num. 18. Fulgoſ. num. 2. Odofred. nu. 2. Farinac. dict quæſt. 22. n. 69.* Illud etiam fieri poſſe in eo, qui poſſit eſſe actor & reus, ſed illud meo iudicio recte declarant Hoſtienſis, *d. c. ſignificauit, nu. 2. Bald. n. 6.* ita demum admittendum eſſe, ſi ad defenſionis cauſſam per-
23 tineat. † Sed ſciendũ eſt hoc caſu, quo reus id deſideret, nedum ipſi reo hoc permittendum eſſe, vt ſe neceſſariis teſtibus muniat, verum etiam ipſi actori cum beneficium, ꝙ reo indulgetur per conſequentiam etiam ad actorem traducatur, *vt l. petendæ, ſupra. de temp. in integr. reſtit. l. ſi poſt mortem. §. fin. ff. de bon. poſſ. contr. tab. ita Bald. hic nu. 34. Aret. in cap. ſignificauit. nu. 19.* Quod ipſum tamen non incolorate oppugnat Caſtrenſis hic, quod cum in poteſtate actoris ſit experiri, quando velit, hæc ratio illum a tali beneficio ſubmoueat. Ego autem exiſtimo, illud arbitrio iudicis relinquendum, vt ſi videat aliquem probabilem cauſſam, ex qua actor iudicium differat, illum huius iuris etiã participẽ faciat. Quid enim ſi difficultas nummaria illum impediat? Quid ſi odium litigandi, verecundia, neceſſitudo, vel ſimiles cauſſæ intercedant, *vt l. quia poterat. ff. ad SC. Trebellian.* durum eſſet his caſibus aliquem damno rei ſuæ, ſublata facultate probationis afficere.

Porro, ſi actor hanc productionem teſtium impedire velit, poteſt ipſi reo offerre paratum ſe eſſe, vt incontinenti iudicium inſtituat. *Abbas in cap. ſignificauit, nu. 4. Bellamera ibidem num. 1. Farinac. dict. quæſtio. 76. num. 74.* vbi excipit tamen teſtes ſenes & valetudinarios, *Rutger. Ruland. libr ſing. de commiſſ. ad perp. rei memor. cap 3. num. 11.* idemque ſentire videtur Mynſing. *obſeruat. 71. num. 7.*

His ita ſubductis † committendum nobis non eſt, vt teſtium examinationem, qui 24
ex au ctoritate *cap. ſignificauit. & cap. Albericus, extr. de teſtibus,* ad perpetuam rei memoriam inſtitui ſolet, ab ea, quæ futuræ litis ergo, ad cautelam, *vt dict. cap. quoniam, extr. vt lit. non conteſt. item l. 40. ff. ad legem Aquil.* & multis aliis caſibus, ſupra a nobis commemoratis ſuſcipi conſueuit, temere commiſceamus, cum inter hæc duo multum ſit differentiæ: Primo, quod vt obſeruauit Mynſingerus *centur. 4. obſeru. 70. num. 4.* in caſu anteriori teſtes nedum ſenes & valetudinarii, ſed etiã alii nulla lite conteſtata, audiri poſſint, cuius rei ratio euidẽs eſt, quod hic non ſit propoſitum litigare, ſed ſe aduerſus iniuriam temporis & fortuitos caſus munire. Quæ ratio plerunque in rei perſona vrgere ſolet: quare etiam antea generaliter concluſimus, pinguius ipſi reo quam actori ſubueniendũ. Secunda differentia eſt, vt idem Mynſing. *d. obſeru. 71. cent. 4. num. 5. & ante eum Gloſſa in cap. quoniam frequenter, in verb. timetur, extra vt lit. non conteſt. Hoſtienſ. nu. 9. Imol. num. 3. Abbas nu. 7. Bartol. hic nu. 2. Bald. num. 18. Alberic. num. 2. verſ. ſed nunquid teſtes. Salyc. num. 4. Caſtrenſ. num. 1. Andr. Gail. lib. 1. obſeru. 93. nu. 6.* tradiderunt, quod poſteriori in caſu dicta teſtium publicari non ſoleant, ſed a Commiſſario vel iudice ſigillis obſignata aſſeruari, vt demum ſecuto iudicio ſuo tempore edantur, & aduerſarius, ſi velit contra teſtes, quæ ad fidem ipſorum extenuandam facere exiſtimet, ante publicationem proponere poſſit, vt declarant Imol. *d. cap ſignificauit nu 5. Abbas nu. 3 Felyn. num. 4. Farinac. d. quæſt. 76. n 81.* Poſtea enim hoc non licere ſatis aperte inſinuat Baldus *hic nu. 33.* & auctores a nobis relati, quamuis

Digitized by Google

hæc traditio non careat ſcrupulo & ſuam interpretationem requirat, vt oſtendimus ſupra *in l. ſi quis teſtib. hoc tit.* cum tamen in teſtibus ad perpetuam rei memoriam examinatis, publicatio non impediatur, *c. ſignificauit, extr. de teſtib. & ibidem Abbas, Imol. Felyn. item Myn ſing. & Farinac. locis iam deſignatis.* Tertia differentia eſt, quod hoc vltimo caſu teſtimonia recepta poſt annum videantur concidere, niſi actor intra annũ litem moueat, vel ſolennem denũtiationem, de qua *in c. quoniam contra, extra vt lit. non conteſt.* interponat, vt apparet ex eodem textu, & ibidem Gloſſa, *in verb. infra annum, Ioan. Andreas nu. 2. Abbas nu. 1. Marian. nu. 11. Alberic. hic nu. 2. Caſtrenſ. nu. 2. Andr. Gail. obſeru. 92. nu. 4. libr. 1. Menoch. lib. 2. præſumt. 54. num. 4. Farinac. & Mynſing. in locis allegatis, hic nu. 6. ille nu. 167. item nu. 178.*

Hæc itaque de differentiis, quæ inter actorem & reum, & inter caſus a nobis relatos intercedere poſſint, dixiſſe ſuffecerit:
25 conſequens † eſt, vt de officio iudicis & partium, vt tale examẽ in tuto collocari poſſit, nonnihil diſſeramus. Principio itaque neceſſario videtur requiri, vt teſtes ab eo recipiantur, qui in cauſſa controuerſa competentem iuriſdictionem habeat. *Panorm. dict. cap. quoniam frequenter, numer. 7. verſ. & aduerte: idem Panorm. in c. ſignificauit, nu. 10. & ibidem Aret. num. 14. Bart. l. cum hi. §. tranſactiones ff. de tranſact. nu. 1. arg. d. § & l. 2. de vſur. pupil. l. 1. infra. vbi & apud quos, Iaſon. §. ſi prætor, eadem leg. n. 4.* vbi in hanc ſententiam allegat Ang. Fulg. Anton. de Butrio & alios Roland. *conſ. 23. nu. 11. lib. 3. Alex. Static. in ſua practic. iudic. cap. 16. nu. 92. Farinac. in ſuo tract. de teſtib. tit. 8. quæſt. 76. numer. 133. Hart. Hartm. lib. 2. tit. 15. nu. 1. poſt Farrarienſ. Anchoran. & alios, Schrader. in tract. de feud. part. 2. nonæ partis, prin. ſect. 13. num. 11. poſt Socin. Kilian. Koning Blarerum, & alios ab eodem adductos Alexand. conſ. 103. lib. 5. nu. 3.* vbi multa argumenta ad hãc cauſſam pertinentia refert. *Rutg. Rulan. libr. ſing. de commiſſ. ad perp. rei mem. c. 2. nu. 4.* idque conſtare videtur ex auctoritate, *l. iudices. infra. de fid. inſtrum.* vbi Iudex in cuius territorio teſtes verſantur, non cenſetur ad cognitionem ſuſcipiẽdam idoneus eſſe, niſi hoc nominatim, ipſi a magiſtratu cauſſæ controuerſæ mandetur, vel eius rei gratia requiratur. Accedit pronunciatum genera e, *l. factũ. ff. de reg. iur.* factum a iudice, quod ad iuriſdictionem ipſius non pertineat, nullius momẽti eſſe, *l. fi. ff. de iuriſd. omn. iud.* Recipit tamen hæc doctrina certam declarationem, vt extraneus Iudex etiam has partes accommodare poſſit, ſi periculum in mora verſetur, *argum. l. ait prætor, 10. §. ſi debitorem ff. quæ in fraud. cred. fact. ſunt, item cap. ſi Iudex laicus, 12. de ſentent. excomm. in 6. l. 1. & l. 4. §. duas, & §. ſi tam vicinum. ff. de damn. infect. item l. capite quinto, 25. ff. ad leg. Iul. de adult. l. quotiens. C. de naufrag. libr. 11. item l. 7. §. fin. ff. de furt. cum ſimilibus, Panormitan. dict. cap. quoniam frequenter, numer. 13. Roland. conſil. 23. numer. 12. libr. 3. Socin. conſil. 244. verſ. ſecundo reſpondetur, Bertrand. conſil. 103. num. 3. volum. 2. Farinac. quæſtio 76. part. 5. num. 136. Andreas Gail. obſeru. 93. libro primo, num. 3. argumen. l. de pupillo. §. ſi quis riuos. ff. de oper. nou. nuntiat. l. ſi quis filio exheredato. §. hi autem. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt. leg. diuus ff. de petit. hered.* quæ quidem arguunt in cauſſa neceſſitatis peculiare ius locum habere, nihil tamen commemorãt de præſenti caſu, vt leges ſupra a nobis allegatæ, Idem obtinere ſtatuunt, Panormitanus *in cap. quoniam frequenter, num. 13. Roland. a Vall. conſ. 23. num. 12. libr. 3. Andr. Gail. libr. 1. obſeru. 102. numero quarto,* ſi teſtes in lõginquis regionibus degant, idque defendi poteſt, *arg. l. quotiens, C. de naufrag. lib. 11.*

Secundum requiſitum eſt, vt Iudex adhibeat cauſſæ cognitionem, *l. 40. ff. ad leg. Falc. Caſtrenſ. hic nu. 2. Odofred. nu. 1. Bald. circa fin. Menoch. lib. 2. præſumt. 54. n. 3. Roland. conſ. 23. nu. 20. Proſper Farinac. d. quæſt. 76. part. 5. num. 129.* vbi illud certis modis declarat.

Tertium requiſitum eſt, vt pars aduerſa ad huiuſmodi examen vocetur, *cap. quoniam frequenter. §. porro. vt lit. non conteſt. item arg. præſentis authent. & cap. 2. extra de teſtibus, & Gloſſa hic in verbo: vna parte, Caſtrenſ. numer. 1. Salycet. num. 1. Angel num. 3. Bald. num. 1. Panormit. in cap. quoniam frequenter num. 3. Marian. ibidem num. 9. Andr. Gail. obſeru. 94. nu. 2. & 4. libr. 1. Alex. conſ. 112. numer. 1. vol. 4. Spec. tit. de inſtrum. edit. § poſtquam, cum ſeq. Proſper Farinac. d. q. 76. par. 5. nu. 141.* vbi plura requiſita perſequitur, quæ ex differentiis ſupra a nobis relatis colligi poſſunt.

Lex finalis.

SVMMARIA.

1 *Ex multis cauſſis compromiſſum ſolui poſſe.*

2 *An quis teſtimoniis quæ recepta ſunt apud arbitrum in iudicio ordinario vti poſſit.*

3 *Solennitas quãdo pactis priuatorum tolli poſſit, aut minus.*

4 *Intellectus l. antepen. ff. de teſtib.*

5 In

5 *In teſtimoniis apud arbitros receptis, illud peculiare videri, quod poſt publicationem repeti queant, & rationes.*

6 *An teſtis repetitus dicere poſſit ſe deponere prout antea depoſuerat, diuerſæ ſententiæ.*

7 *Cum teſtibus tam inciuiliter non eſſe agendum, vt deponendi officium illis cedat in captionem vel periculum periurii.*

8 *Non nouum eſſe vt teſtis ſecundo examinatus expeditius deponat quam antea, & quomodo id fieri poſſit.*

9 *Cautela qua teſtis ſecundo repetitus ſi dubitet, ne incidat in aliquod periculum, vti poſſit.*

10 *Diſtinctio inter factum recens & antiquum.*

11 *Vitioſam eſſe relationem tabellionis aut commiſſarii, qui vnum teſtem ita ſcripſiſſe commemorat vt alium, conſuetudine tamen quorundam locorum id inualuiſſe videri.*

12 *Teſtem qui per relationē depoſuit repeti poſſe: idem, ſi nulla ratione dicta ſua confirmauerit.*

13 *Si depoſitiones repetitæ inter ſe pugnent, an priori, an poſteriori an denique neutri credendum ſit.*

14 *Exceptiones contra perſonas teſtium etiam poſt publicationem fieri poſſe.*

1 CVm ex multis cauſſis † compromiſſum
ſolui poſſit, *l. quid tamen, 21. §. ſi cum dies,*
qui alias legis caput eſt, l. diem proferre, 27. §. 1. l.
non diſtinguemus, 32. §. ſumma, cū §§. ſeqq. imo
ſatis ſit ad tollēdum compromiſſum, ſi quis
pœnam exſoluerit, & rem in iudicium de-
duxerit, *l. ſi quis rem, 30. ff. eodem tit.* Quidam
cum apud iudicem cōpromiſſarium teſtes
2 quoſdā produxiſſet, & deinde † ſoluto cō-
promiſſo iudicium accepiſſet, iiſdem teſti-
moniis ad cauſſam ſuam fulciendam vti vo-
lebat, quærebatur, an poſſit? Qua in diſce-
ptatione cum apud veteres variatum eſſet,
Iuſtinianus hac ſua conſtitutione omnem
ambiguitatem dirimendā eſſe exiſtimauit.
Declarat itaque intereſſe, an de hac re no-
minatim conuenerit, pactis enim ſtandum
eſſe. Obſeruandū itaque eſt, quod quamuis
ius publicum priuatorum pactionibus con-
uelli nequeat, *l. ius publicum. ff. de pact. l. ſed*
quia veremur, 2. ſupra. de iureiur. propt. cal. dād.
l. prolatam. infr. de ſentent. & interlocut. omn.
3 *iud.* Vnde colligimus formam † iudiciorum
eſſe iuris publici, neque partium conſenſu
remitti poſſe, tamen aliud obtinere in pro-
bationibus, in quibus placita priuatorum
rem eo deducere poſſunt, vt minor ſolem-
nitas ſufficiat, quod Albericus *hic n. 1.* Ful-
goſ. *in princ.* deflectit ad cauſſam ipſius, qui
promiſit ſe crediturum eſſe ſacramento ad-
uerſarii, quos ſumtus & expēſas ex dilatione
ſolutionis fecerit. *Profp. Farin. in tract. de teſt.*
q. 62. nu. 21. idq; confirmari pōt, *arg. l. fin. C. de*
fideicom. item l. ſed venditio. ff. de contrah. emt.

Quod ſi vero nihil de hac re expreſſum
ſit, eſſe in optione litigantium, an his teſti-
moniis vti velint, an curare, vt ex integro
audiantur. Et quamuis videātur duæ legum
diſpoſitiones repugnare, vt † *l. antepenult. ff.* 4
de teſtibus, quod is teſtis amplius produci ne-
queat, qui ſemel in reum teſtimonium di-
xit, item authent. *qui ſemel. ſupra. de prob.* poſt
publicationem teſtimoniorum nō eſſe am-
plius productioni locum, tamen facile ſub-
ueniri his difficultatib. poſſet, ſi ſecuti Dua-
renum, *lib. 1. diſput. 29.* eandem legem in pu-
blicis iudiciis ſecundum inſcriptionem in-
telligamus, vt ſcilic. is, qui ſemel teſtimonio
ſuo in cauſſa criminali reum eſſerit, amplius
contra illum produci nequeat, quod ipſius
inimicus eſſe cenſeatur. Pari ratione quod à
ſecundo obice periculi eſt, diſcutietur, ſi
memoria repetamus, quæ de publicationis
cauſſa, *l. nullum, hoc noſtro tit.* ex Quintiliano
& Cicerone, atque aliis auctoribus perſecu-
ti ſumus. Plane ſi communem ſententiam,
quam defendunt hoc loco Gloſſ. *in verb. ite-*
rum, Bart. nu. 3 lectur. nou. item nu. 7. lectur. an-
tiq. Baldus in ſuo ſummar. n. 10. Alberic. num.
2. Fulgoſ. nu. 1. Sichard. nu. 6. Salyc. n. 2. Caſtrenſ.
nu. 1. Pacius nu 2. Cynus nu. 4. Roland. conſ. 45.
nu 3. lib. 2. Anton. Gabriel. tit. de teſtib. concluſ.
21. nu. 63. Farinac. in ſuo tract. de teſtibus, quæſt.
75. num. 112. ſequi velimus † dicendum erit 5
hoc peculiari iure receptum eſſe, qui tamen
non expediunt, quænam eius rei poſſit eſſe
ratio. Statuo itaque multas eaſque proba-
babiles huius rei cauſſas reddi poſſe. Ete-
nim cum in arbitro nō requiratur qualem
ſententiam ferat, modo ſuo iudicio ſatisfa-
ciat, *l. qualem. ff. de recept. arbitr.* tamen hoc
in iudicibus, qui ad formam iuris nedum
naturalis ſed ciuilis adſtringuntur, *l. rem non*
nouam. ſupra de iudiciis, non procedit. Dein-
de in receptis arbitriis ſolum pœnæ pericu-
lum verſatur, *l. ſi quis rem, 20. ff. de recept. arbit.*
in iudicio autem dimicatur de tota cauſſa
principali, *dict. l. 30. & Inſtit. de offic. iudic. to-*
to tit. vnde exſtitit illa iuris definitio, magis
aduigilandum eſſe, vbi diſcrimen grauius
propoſitum ſit, *capit. vbi de elect. in 6.* Quæ
conſideratio etiam † aliam quæſtionem di- 6
rimere videtur, an ſatis ſit teſtem ſecundo
productum reſpondere, ſeu teſtificari eo-
dem modo, & in eadem verba, quibus an-
tea depoſuerit, quod hic obiter attingit *Bar-*
tolus n. 6. & aperte confirmat in *l. eos. ff. de*
recept. arbitr. cui ſubſcribunt *Angel. hic nu-*
mer. 3. Ceterum Bartoli opinionem repu-

Digitized by Google

diant Baldus *hic num.12.Salycet.numer.3.Ca-*
ſtrenſ.nu.8.Sichard.nu.7.Felin.cap.cum in tua,
extr.de teſtib.num.1.verſ.hoc autem limitatur
Andr. Gail.lib.1.obſeru.104.num.4. Moue-
tur Bartolus,quod ſi tractetur de teſtamen-
ti prius facti repetitione,ſufficiat, quod quis
vtatur his verbis : confirmo teſtamentum
ante factum:non referens illius teſtamen-
ti ſententiam,*l.poſthumus,12.§.1.ff.de iniuſt.*
rupt & irrit.fact.teſt.item l.qui ex liberis,11.§.
fin.ff.de bon.poſſ.contra tabul. collectio Baldi
eſt,quod hoc modo futurum ſit, vt præſen-
tis legis conſtitutio luſoria reddatur. Hac
in diſceptatione exiſtimo non inconſidera-
te reſpondiſſe Bartolum,*in ſua lectura anti-*
qua,numer. 12. cuius interpretationem hoc
loci etiam amplectitur Iulius Pacius *numer.*
12. id arbitrio iudicis relinquendum eſſe.
Verum enimuero ex cauſſis illud moderan-
dum putamus, ſi longum tempus intreceſ-
ſiſſet,ita vt eorum, quæ depoſita ſunt, obli-
uio pro certa parte obrepere potuerit, *l.per-*
egre.ff de adquir.vel amit.poſſeſſ.l.hac conſultiſ-
ſima, infr.qui teſtamentum facere poſſ.l. ſecun-
da.ſupra de veter. iur. enucl. verſ.ſed etſi quid
forſitan.item §.ſi quid autem in tanta, vel ſi ne-
gotium per ſe ita implicatum fuerit, vt non
facile inde quis ſe extricare poſſit,non arbi-
tror teſtem repulſam ferre debere, ſi deſi-
deret ſibi copiam præcedētis depoſitionis
fieri,vt hoc modo memoriam facti reuoca-
re poſſit. Nam & in teſtamentis aperien-
dis,teſtibus ſigilla ſua offerri videmus, vt ea-
dem recognoſcant, *l.1.in fin.& l.2.l ſi quis*
ex ſignatoribus.ff. de teſtam.aper. Neutiquam
7 enim teſtes ita † vrgendi ſunt, vt deponēdi
officium cedat in captionem atque pericu-
lum periurii,*ſecundum ea quæ notantur in l.a-*
lias,18.ff.de iureiurand.item, quæ ſcripſimus in
lege ſecunda,ſupra.de iureiurand. Qua in re ca-
uendum eſt,ne decipiamur ex verbis Saly-
ceti *hic num.3.*item Andreæ Gail.*obſeru.104.*
num.4. qui videntur conſtituere differen-
tiam inter teſtem ab arbitro receptum, &
illum quem alius Iudex in forma iudicii au-
diuerit. Etenim quamuis interſit inter eos,
qui rite examinati ſunt apud Iudicem, &
eos qui ab arbitro ſunt recepti, & propter-
ea in teſtibus a Iudice receptis poſſit ex illo-
rum ſententia procedere controuerſa rela-
tio,non ſunt intelligendi de cautela, cuius
mentionem fecimus, quæ in vtraque cauſſa
communis eſt, vt oſtendit idē Salyc. *in l.iu-*
riſiurandi,num.9. hoc titul. aperte Felyn. in tit.
dict.capit.cum in tua.verſ.ſecundo limita.Bar-
tol.in l.eos.ff.ad leg.Cornel.de falſ.numero ſe-
cundo, Pacius hic numer.27.Caſtrenſ.numer.8.
Sed de ſimplici relatione ad primam depo-
ſitionem ſine vlla ipſius prælectione reco-
gnitione & noua iudicis examinatione. Et-
enim fieri poſſet,vt ante † non ſatis de facto 8
inſtructi dubitanter depoſuerint: nunc au-
tem re melius explorata certius reſpondere
poſſint. Vnde etiam nouum iuramentum
ab illis exigitur,*argumen.l.qui bona.§.ſi quis*
ſtipulaturus.ff.damn infect. Gloſſa hic in verb.
iterum.Bartolus in lectur. antiq.numer.10.Sa-
lycet.numer.5.Baldus numer.10.Sichardus nu-
*mer.7.*Præterea cum ex traditione,*legis 3.§.*
*eiuſdem.ff.de teſtibus,*non teſtimoniis ſed te-
ſtibus credendum ſit, vt Iudex ex ipſa nar-
ratione colligere poſſit, vtrum vnum eum-
que meditatum ſermonem attulerint, an
vero ad interrogata, veriſimilia reſponde-
rint:item,an conſtanter perſeuerent in ſua
aſſertione, an vero varient: rurſum, an ex
mutatione coloris, trepidatione deponen-
tis,iudicis diligentia ad illuſtrandam rei ve-
ritatem quid momenti afferre poſſit, *l.de*
minori, §.plurimum.ff.de quæſtionibus, & le-
gis noſtrę de iudicibus atque magiſtratibus,
qui cum accurata morum atque prudentiæ
inueſtigatione deſignari ſolent; *l.penult.in-*
fra ad leg.Iuliam repetund. pro lumine inge-
nii ſui plus confidere ſoleant, *l.1.ff.de offic.*
præfect.prætor. non debemus cōſtituere, vt
cōtra definitionem,*l.cum hi,8.ff.de tranſact.*
*§.ſi prætor,17.*res negligenda non excutien-
da commiſſa videatur. Eſt & alia † cautio, vt 9
petant ſibi certum tempus decerni, quo ſe
colligere poſſint, & inquirēdo memoriam
pactorum repetere. *argum.l.iuriſiurandum,*
34.ff de iureiurand. Pacius hic numer.27.Saly-
cet.nu 3. Quod ſi autem hoc ipſum a Iudice
inciuiliter in perſonis hōneſtis vrgēte, im-
petrari non poſſit, poterit deponens ad
aliam cautelam confugere, quam tradidit
Bart.*in l.eos.ff.ad leg.Corn.de falſ.nu.6.Salyc.*
in l.iuriſiur.nu.9.hoc tit.Felyn.in c.cum in tua,
*nu.1.Andr.Gail.lib.1.obſer.104.*teſtimonium
reddo prout præſens memoria ſuggerit, ꝙ
ſi quid me fugerit, aut quid aliter pronun-
ciem, quam in prima depoſitione compre-
henſum eſt, volo hoc vltimū teſtimonium
meum ad primam depoſitionem exigi atq;
reduci.

Quod ſi vero tractetur de † facto recēti, 10
cuius memoria veriſimiliter non ſit oblite-
rata, exiſtimarim hanc humanitatē locum
non habere,niſi perſonæ ſplendor honeſtas
atque

Digitized by Google

atque grauitas aliud ſuadeant, cum regulariter videatur definitum eſſe, teſtimonium non per relationem, ſed per explicitam facti narrationem debere perhiberi, *d. l. 3. §. eiuſdem, cum §. ſequen. ff. de teſtibus*. Etenim in teſtamentis, *auth. quod ſine infra. de teſtamen. item in legibus* hanc cautelam vitandæ falſitatis ergo obſeruari videmus, vt non per ſignorum obſcuritatem, vel relationem, ſed per literarum conſequentias conſcribi debeant: cur idem vt argumentatur Hoſtienſ. *in c. nihil obſtat. de verb. ſign.* in teſtimoniis, quorum conueniens & ſolemne exemplar nō exſtat, reſpuemus? Quā explicationem Hoſtienſis ibidem ſequuntur Ioan. Andr. *nu. 3.* Zabarel. *nu. 1.* Abbas *nu. 1.* Farin. *in ſuo tract. de teſtib. q. 80. nu. 99.* vbi plures recenſet, qua de cauſſa etiam Andr. Gail. *d. obſer. 104. nu. 5.* illos tabelliones & cōmiſſarios imperite verſari concludit, qui parcendo laboribus
11 † ſcribunt primum & ſecundum teſtem per omnia ad certum articulum ita deponere, vt priores teſtati erant, imo talem depoſitionē nullius eſſe momenti, ſi ius ipſum ſpectemus, pronuntiat idem Hoſtienſ. *d. c. nihil obſtat, Ioan. Andr. num 3. Zabarell. num. 1. Butrius num. 3. Specul. tit. de teſte, §. nunc tractandum nu. 8. Tyndarus in ſuo tract. de teſtibus, part. 3. cap. 10. num. 4. Boſſius in ſuo tract. crimin. tit. de oppoſit. contr. teſt. nu. 87.* Et hanc ſententiam magis communē eſſe tradiderunt Felyn. *in c. cum in tua, 44. nu. 2. verſ. & in effectu videtur eſſe communior opinio, Alex. Stiatic. in ſua prax. iudicial. cap. 16. nu. 44.* Fatetur tamen idem Andr. Gail. *d. obſer. 104.* nihil obſtantibus huiuſmodi auctoritatibus tales relationes pro tribunali Spirenſi admiſſas fuiſſe & in eandem ſententiam videtur inclinare Mynſing. *centur. 3. obſer. 64.* Præterea Franciſ. Mart. *deciſ. 90. par. 1. nu. 2.* ſtylo curiæ Delphinalis talem relationē receptam eſſe tradit. Præterea Abbas *d. cap. nec obſtat, extr. de verb. ſign. nu. 3. Felyn. d. c. cum in tua. extr. de teſt. n. 2.* & multi alii Doctores, quos refert Proſper Farinac. *q. 80. nu. 104.* contrariam ſententiam exiſtimant æquiorem eſſe, maxime ſi conſuetudine notariorum inualuerit.

Conſtituo autem, nos contra definitionem, *l. nemo, infra. de ſentent. & interlocu. omn. iud. item cap. ego. diſtinct. 8. l. ſed licet 12. ff. de offic. præſid.* non debere intueri, quid perimperitiam tabellionum irrepſerit. Sed quid ius ipſum atque eius ratio dictet. Vnde non putarim, eum tabellionem vel auditorem excuſari, qui circa articulum, in quo cardo negotii verſetur, hac relatione nitatur, ꝙ fides & auctoritas teſtimoniorum ſæpe etiam ex minimis circumſtantiis pendeat. Porro in aliis articulis, qui negotii merita vix attingunt, nullum vitium contrahere illos exiſtimarim, ſi verboſas ſuas commentationes amputarent.

Ceterum, ſi ponamus, † talem relatio- 12
nem etiam in ſubſtantiali articulo factam, & propterea, quid ambiguitatis incidere, arbitrarer non incommode deſiderari poſſe, vt teſtis tanquam minus plene examinatus rurſum audiatur, *argument. capit. cum clamor. extra, de teſtibus.* Quod & ipſum etiam probarim in nō multum diſſimili quæſtione: Quid iuris ſit, ſi teſtis dicat, ea quæ in articulum collata ſunt, vera eſſe? Huiuſmodi enim reſponſionem periculoſam eſſe teſtantur Iacobus Ægidius *in tractat. de teſtibus, numero vigeſimo quinto.* Bertachin. *in ſuo repertor. in verb. teſtes deponunt*, & multi alii, quos refert, & cum certa diſtinctione ſequitur Farinacius, *dicta quæſtione 80. numero 100.*

His conſtitutis exoritur alia quæſtio, quid iuris ſit, ſi ea, quæ apud Iudicem de te-
ſte † commemorantur non cohæreāt cum 13
priori depoſitione: quæ dicta ſcilicet, quibus præponderent? Videtur enim prima aſſertio præferenda, *capit. ſicut nobis, extra. de teſtibus*, & quod abſurdum videatur, quod illud, quod quis ſemel iureiurando confirmarit, *leg. iuriſiurandi, hoc titul.* poſſit contrario teſtimonio ſubuertere, *l. generaliter, infra. de non numer. pecun.* Accedit communis Doctorum ſententia: primum ſcilicet teſtimonium præualere, *Didacus Couarruuias var. reſolut. libro ſecundo, capit. 15. numero octauo. Clarus libr. ſentent. 5. §. final. quæſtion. 53. verſ. prædicta omnia. Menochius libro ſecundo arbitrar. quæſt. caſu 108. nu. 9. & 10. Farinacius in ſuo tractat. de teſtibus. quæſt. 66. part. 4. numer. 124. Mynſingerus centur. ſecunda, obſeruat. 85. numero quarto*, aut potius dicendum: neutrum teſtimonium ratum eſſe, *argument. l. qui falſo. ff. de teſtibus. item capit. præterea. de teſtibus cogend.* deinde, *l. eos. ff. ad leg. Cornel. de falſ.* vltimo, *l. ſcriptura, 14. infra. de fide inſtrument.* Certum enim eſt, huiuſmodi teſtes periurium contrahere.

Porro peierantibus non ſolet fides accommodari, *canon. conſtituimus, 3. quæſtio. 5. canon. quocunque, 6. quæſtio. prima. canon. paruuli, 22. quæſt. quinta*, idque aperte hoc loci, *numer. 25.* conatur defendere Iulius Pacius

Digitized by Google

Abbas *in capit. præſentata, extra. de teſtibus, numero decimo.* Contrarium tamen hoc caſu verius eſſe conſtituunt, Fulgoſius *hic numero ſecundo, Caſtrenſ. numer quinto, Alberic. numer. 2. Sichardus numer. 9. Bartolus in l. eos. ff. ad legem Cornel. de falſ. Felynus in capit. præſentata, numer. ſexto, extra de teſtibus,* Contendentes, legem noſtram fruſtra membranas occupaturam, ſi hanc interpretationem admittamus. Et quamuis reſponderi poſſit, ſecundam productionem in hoc proficere, vt quæ ab arbitro inquiſita non ſunt, vel minus diligenter conſcripta, noua diſpoſitio ſancire poſſet, tamen hanc vltimam ſententiam, quam omnium pene conſenſu approbatam Pacius fatetur, veriorem eſſe conſtituo ex rationibus, quas ſupra perſecutus ſum. Nec puto procedere conſiderationem Bartoli, *in dicta lege eos, Alberici hic numero ſecundo, Fulgoſ. numero ſecundo, Caſtrenſ. numer. 5. & 8.* deſiderantem, vt teſtes ex integro audiātur, videri renuntiare prioribus depoſitionibus, & ſibi ipſi imputare debere, quod illis vſus non ſit, *argumen. l. 1. §. fin. ff. de ſepar.*

Enimuero non tractatur ſolum de præiudicio eius, contra quem teſtes producti ſunt: ſed etiam illius, qui eos ab initio produxerat: Deinde certum eſt, huiuſmodi teſtem admiſſa tali interpetatione non deſinere eſſe periurum, vel ſaltem varium, quæ res teſtimonii auctoritatem extenuare ſolet, *l. 2. ff. de teſtibus, & l. qui falſo. ff. eodem tit.* deinde non obſeruarunt noſtri interpretes, Iuſtinianum hic innuere, quod contra huiuſmodi teſtes exceptiones, & omne ius legitimum ſeruetur, ex quibus tandem infero, huiuſmodi teſtimonium admittendum quidem eſſe, ſed non recipere tantum auctoritatis, quantum habere potuiſſet, ſi nulla varietas interueniſſet, vt in ſimili quæſtione declarant Alciatus *regula ſecunda, præſumt. 29. Antonius Gabriel libro ſeptimo. concluſ. 29. numer. 24. Tindar. in tractat. de teſtibus capit. 14. numer. tertio, Mynſingerus obſeruat. 86. numer. 7.* Nec mouent ea, quæ ſuperius dicta ſunt, primam depoſitionem potius attendendam. Hæc ſententia enim intelligenda eſt de illa depoſitione, quæ apud iudicem ſubſecuta ſit, & quamuis non deſint, qui etiam hoc caſu vtrumque teſtimonium elidi conſtituant, quos videre licet apud Alciatum *regul. 2. præſumt. 29. nu. 6.* tamē receptius eſt, vt prius teſtimonium quidem admittatur, multū tamen de fide ipſius propter varietatem diminuatur, *Abbas cap. cum in tua. extra, de teſtibus, numer. 9. Felin. num. 4. Farinac. quæſt. 66. num. 164.* vbi plures recenſet. Præterea, ex † hac lege animaduertendum eſt, exceptiones in perſonas teſtium, etiam poſt receptionem & publicationem poſſe fieri, contra ea, quæ ſcripta reliquerunt Doctores *in authent. ſi dicatur, hoc tit.* Hanc difficultatem ſenſerunt Cynus atque Salicetus *hic num. 3.* & propterea ita ſeſe expediunt, vt ſtatuant hic reſeruationem factam eſſe, quę ſolutio diuinatoria eſt, & ad præſentē caſum recte applicari nequit, cum aduerſarius non facile præuidere illos caſus potuerit, ex quibus compromiſſum ex poſtfacto ſolueretur, & in iudicium deduceretur. Quare repetenda ſunt ea, quæ ſupra, *in l. ſi quis teſtibus,* a nobis ſunt commemorata. 14

Titulus vigeſimus primus.

De fide inſtrumentorum, & amiſſione eorum: & de Apochis, & antapochis faciendis, & de his quæ ſine ſcriptura fieri poſſunt.

Præludia.

SVMMARIA.

1 *Quo ordine hic titulus ſubſequatur.*
2 *Varia inſtrumentorum ſignificatio.*
3 *Inſtrumentum cum accipitur de ſcriptura quæ ad probationem pertinet, diuiditur in publicum & priuatum.*
4 *Quæ inſtrumenta publica dicantur.*
5 *Præcipua requiſita ex quibus inſtrumentum publicum conſtare debet.*
6 *An tabellio qui auctoritate Principis conſtitutus non ſit, inſtrumenta publica conficere poſſit.*
7 *Auctores & argumenta quibus negatiua opinio defendatur.*
8 *Contraria ſententiæ auctores & rationes.*
9 *Quare ſecurius videatur ſi quis ab ipſo Imperatore tabellio creetur.*
10 *Inuocationem domini in omni inſtrumento publico deſiderari.*
11 *Si illa quæ moribus recepta ſunt omittamus contractum irritum, vel inſtrumentum minus ſolemne reddimus.*
12 *Nomen Imperatoris in omnibus inſtrumentis publicis præponendum.*
13 *Indictionis quoq; deſignatio in omni inſtrumento neceſſaria eſt.*
14 *Anni editio in ipſis inſtrumentis facienda eſt.*
15 *Menſis & dies quoq; comprehendendus.*
16 *Locus, vbi quid geſtum aut contractum eſt, exprimendus.*
17 *An conſuetudine invaleſcere poſſit, vt locus omittatur.*

18 *An*

Digitized by Google

18 *An præter ciuitatem platea & domus deſignanda ſint?*
19 *Duo teſtes omnibus inſtrumentis adſcribendi.*
20 *Quid cauſſa ſit, quod cum duo teſtes fidem faciant, hic præter tabellionem duo requirantur.*
21 *Tabellionis ſubſcriptionem in omni inſtrumento neceſſariam.*
22 *An ſignum tabellionis ad ſolemnitatem pertineat?*
23 *Totum inſtrumentum a tabellione conſcribi debet.*
24 *Quo caſu ſubſcriptio tabellionis ſola ſufficiat.*
25 *Singula inſtrumenta, aut quid argumenti contineant, protocollo adſcribenda ſunt.*
26 *Ne dum tabellionem, ſed quemlibet ſucceſſorem, apud quem protocolla ſunt, ad editionem compelli poſſe.*
27 *Seriem negotii ex fide conſcribendam.*
28 *Pacta, renuntiationes, & ſingulas clauſulas contrahentibus prælegendas.*
29 *De quibus rebus tabellio interrogatus non ſit, inſtrumentum facere non debet.*
30 *An publica inſtrumenta in pergameno ſcribenda ſint?*
31 *Deſignata nonnulla alia requiſita, quæ tamen alibi explicentur.*

1 HVnc titulum ſuperiori ordine † cōnecti res ipſa & partitio ſupra a nobis *in tit. de probat.* inſtituta facile euincit. Porro cū *l. fin. ff. de iuſt. & iur.* admoneremur, pro euidenti cuiuſque rei explicatione largiter referre, vt verborum vim excutiamus: ne hac re temere neglecta in ambiguitatē incidamus, non abs re facturi videmur, ſi de ſignificatione
2 † dictionis *inſtrumentorum* (nam de ceteris ſuo loco) nōnihil diſſeramus. Principio neminem, vel mediocriter in iure noſtro verſatum, præterire poteſt, huius verbi alium in *titul. de fund. inſtruct. & inſtrum. legat.* alium vero in præſenti inſcriptione intellectū eſſe. Priori enim in loco omne id, quo fundus, domus, item aliæ res inſtrui ſolent, deſignat: Secundo vero loco refertur ad ea, quæ apud Iudicem fidem rei controuerſæ facere poſſunt: in quo ſenſu rurſum multiplicem ſenſum admittit. Latiſſime enim acceptum ne dum ſcripta, ſed etiā perſonas teſtium, quibus cauſſa litigantium inſtrui ſolet, complectitur, *l. 1. ff. de fide inſtrument. l. notionem, 99. §. inſtrumentorum, ff. de verborum ſignificat.* Secundo accipitur pro ſcriptura ſola, quæ ad probationem pertineat. Hac in ſignificatione præſens titulus exaudiēdus eſt. Et qui-
3 dem † hoc modo intellectū in duas ſpecies diuiditur, vt aliud ſit Publicum, aliud Priuatum. In priuata ſcriptura quid obtineat, certa ratione perſecuti ſumus *in l. inſtrumēta, & l. rationes, ſupr. de probat.* alia autem complectemur, *l. comparationes hoc tit. cum l. ſeq.* Inter
4 publica † inſtrumenta recēſentur libri cenſuales *l. cenſus, 10. ff. de probat. l. 7. & 8. inf. de donat.* acta publica, *l. 2. ſupr. de edend.* deinde illa documenta, quæ a publico tabellione ſolemniter conſcripta ſunt, *cap. 2. extr. de fide inſtrum. c. inter dilectos, c. cum P. tabellio, eod. tit. c. illud, de præſumt. l. ſcripturas, infr. qui pot. in pig. ſunt*, qua in cauſſa antiquitus fuerant ſcripta argentariorum, *l. Prætor, & l. argentarius, ff. de edend.* & plenam fidem obtinere ſolebāt.

Quibus ita prælibatis, & conſiderato effectu, de quo mentionem fecimus, operæ pretium eſſe exiſtimamus, vt vna cum multis aliis Doctoribus † præcipua requiſita at- 5
que ſolemnitates, ex quibus inſtrumentum publicum conſtare debeat, percenſeamus, Principio † Didac. Couarr. *pract. quæſt. c. 19.* 6
n. 9. verſ. auctoritas autem publica, videtur requirere, vt quis tabellio a Principe creetur *poſt Bald. Ioan. Lupum, Iaſ. & alios in hanc rem allegatos.* † Accedunt Innocentius *in c. cum P.* 7
tabellio, extr. de fid. inſtr. Iaſon in l. Barbarius, ff. de offic. Prætor. Alex. in l. imperium, ff. de iuriſd. omn. iud. num. 31. Pro cuius ſententiæ confirmatione in cauſſam deducunt legem *actuarios, C. de numerar. & actuar.* quo pertinet etiam *l. 6. item l. 9. C. de diuerſ. offic. lib. 12.* Ceterum, vt in his vltimis legibus peculiaris ratio Principis curam & auctoritatem efflagitauit, eodem modo id impetrauit actuariorū conditio. Quo pacto enim memoriales, & officia Magiſtratuum, de quibus mentionē fecimus, a Principe ipſo deſignantur, vt excuſſis illorum moribus, peritia, & aliis circumſtantiis, ſecum Princeps conſtituere poſſit, an rationes, quas conſcribere, aut dirigere ſolent, illis ſecure concredi poſſint, ita etiam & actuarii, quos propterea *l. nemini, 9. C. de numer. & act. lib. 12.* priuatos etiam idem Imperator manere conſtituit, vt nihil nundinationis, aut fraudis circa commendanda ratiocinia, quibus obnoxii ſint, cōmittere poſſint. Nam ſi illas pecunias accipere, & rationes conſcribere ponamus, ſiue ſolam cōfectionem rationū eiuſdem incumbere, magnopere Reipubl. & Principis intereſt, idoneos habere homines, qui cum aliis non facile colludant, & in eo cōſpirent, vt ſociis naualibus & claſſiariis temere ſtipendia ſubtrahantur. Et quamuis non deſint, qui in fulcimentum huius opinionis allegent *§. ſi vero Prætor, Nouell. de tabellion.* tamen ſi eundem §. bene perpendamus, contrarium potius euincet, cum inde edoceamur, illos hanc auctoritatem ab Imperatore, habere, vt adito magiſtro cenſus

poſſit vnum ex ſuis adiutoribus conſtituere, qui ſe impedito poſſit hoc officium implere. Quod & ipſum coarguit, non eſſe opus principali auctoritate in conſtituendo tabellione, cum exceptor ex ſola auctoritate ſui domini, geſtorũ teſtificatione apud magiſtrum cenſus habita, tantum poſſit, quantum tabellio.

8 Contrariam igitur ſententiam † & meo iudicio rectius defendunt Speculator *tit. de inſtr. edit. num. 22. verſ. dominus meus notat, Io. Andr. ibid. in apoſtill. Panorm. in cap. cum P. tabellio. num. 7. & 8. Felin. ibidem num. 14. poſt Hoſtienſ. Ioan. Andr. Anton. de Butr. Ioann. ab Imola, Anchoran. & alios ab eodem allegatos, Bartol. in l. nec ei, §. 1. ff. de adopt. Maſcard. concl. 1097. num. 1. & 3.* quæ opinio ſecundum Felinum & Antonium de Butrio communis eſt, idq; auctoritate *l. generali, C. de tabellion. l. duos, 13. C. de ſuſceptor. lib. 10. §. ex prouinciali, Nouell. de defenſ.* Et quamuis Alciatus *in l. imperium, ff. de iuriſdict. omnium iud. num. 193.* huius §. applicationem eludere conetur, quod intelligendus ſit de librario, qui publica acta præſidis vel defenſoris conſignet: tamen abſurdũ eſſe videtur Magiſtratibus id, quod maioris præiudicii eſt, committi, cum nõ liceat illud, quod minus detrimenti adferre poſſit, *l. contra legem non debet, 41. ff. de regul. iur. & cap. vbi de elect. in 6.* cum acta a diligentia huiuſmodi tabellionis pro inſigni parte pendeant, quod ibidem nulli teſtes requirantur *l. in donationibus, 31. infr. de donat. & ibid. Gloſſ. Bart. in princ. Bald. nu. 1. Angel. circa fin.* vbi teſtatur id generali conſuetudine totius orbis pene inualuiſſe, *Alberic. nu. 2.* qui illud communi calculo receptum teſtatur, *Salycet. nu. 2. Fulgoſ. num. 2. Caſtrenſ. in l. omnium, C. de teſtam. num. 3. Alexand. num. 4. Iaſ. num. 15.* cum tamen in aliis inſtrumentis ad minimũ duo teſtes adhibendi & inſcribendi ſint: *Panorm. in cap. 1. extr. de teſtib. num. 1. Felin. num. 14.* Neque ad rem pertinet, quod auctoritas Iudicis videatur numerum teſtium ſupplere. Quamuis enim hanc conſiderationem nõ repudiemus, tamen debemus e contrario obſeruare non ſemper Iudices adeſſe: maxime tot numero, quot in teſtamentis (quæ apud acta ſine ſolemni numero inſinuata valent, *l. omnium, C. de teſtament. & l. ſancimus, eodem tit.*) requiruntur. Commendat præterea hanc ſententiam ratio, quod cũ Magiſtratus tabelliones ab officio remouere poſſint, *l. iubemus, §. his tabellionibus, ſup. de ſacroſanct. eccleſ.* eoſdem nequeant conſtituere, cum tamen hæ poteſtates, deſtituere, & inſtituere, coniunctæ ſint, *cap. cum ex iniuncto, in fin. extr. de hæret. cap. ſin autem, 15. q. 7. & cap. felix, eadem.* Vnde colligimus, faciliorem rationẽ cõſtituendi eſſe, quam poteſtatem, quæ iam collata ſit, abrogandi. Accedit, ꝙ cum non inueniamus, hoc Magiſtratibus denegatum eſſe, per conſequens videatur illud eſſe conceſſum *l. nequidquam, ff. de offic. proconſ. l. ex omnibus, 10. cum l. ſequ. ff. de off. præſid.* Hæc cum ita ſeſe habeant, tamen animaduertendum eſt, Maximilianum Imperatorem anno 1512. facultatem deſignandi tabelliones admodum reſtrinxiſſe, idemq; factum eſſe per Ordinationẽ Auditorii Spirenſis *lib. 1. cap. 39.* nec immerito: cum tabellionum imperitia, item ſordes, & id genus alia vitia Reipublicæ multa vulnera infligere ſoleant. Cõcluſio † itaque eſt, ne dum Prin- 9
cipem, & alios, qui ſuperiorem non agnoſcunt: ſed etiam maiores Magiſtratus hoc ius exercere poſſe: ſecurius tamen eſſe, ſi ad Imperatorem confugientes hoc ius impetraremus, cum admiſſa communi opinione tamen inter notarios a Magiſtratu factos, & eos, qui ab Imperatore conſtituti ſunt, multum intereſſe: cum hi vbique locorum inſtrumenta, quibus fides accommodetur, conficere poſſint, nedum in Germania, ſed etiam in Italia, Hiſpaniis, Gallia. Illi autẽ extra territorium Magiſtratus, qui eoſdem conſtituit, non poſſint, *argum. l. 1. & 2. ff. de offic. proconſ. cap. per venerabilem, qui filii ſint legitim. l. deprecatio, ff. ad legem Rhodiam de iact. l. extra territorium, ff. de iuriſd. omnium iudic. ita Specul. in tit. de inſtrumen. edit. §. reſtat, verſ. quid de his, num. 25. & ibidem Ioan. Andr. in apoſtill. Panor. in cap. pen. de fid. inſtr. nu. 9. Fel. nu. 17.* de qua re nos copioſe in noſtro tractat. *de vſucap. & præſcript. part. 2. membr. 1. cap. 7. numero 79.*

Secundum requiſitum in † inſtrumento 10
publico eſſe videtur, vt tabellio incipiat ab inuocatione diuini numinis, *arg. §. ſi qua vero. Nouell. vt præponatur nomen Imperatoris documẽtis 47. verſ. & inchoetur mox auctore Deo, &c. Speculat. tit. de inſtr. edit. §. breuiter, num. 2. Ioan. Faber Inſtit. in proœm. Menoch. lib. 2. præſumt. 82. num. 1.* Et quamuis hic textus aliam interpretationem recipere poſſit, & propterea Baldus *in proœm. Cod. num. 9. Abbas in c. 1. de fide inſtrum. Alciat. lib. 6. parergon, cap. 6. Viuius in ſuis commun. opin. in verb. inſtrumentum,* ex communi opinione teſtetur, *vt etiam facit Didac. Couarr. pract. quæſt. c. 19. num. 1. Maſcard.*

Digitized by Google

Maſcard. lib. 1. de probat. q. 6. num. 81. omiſſionem huius ſolemnitatis inſtrumentum vitiare: tamen cum Imperator omnibus inſtrumentis publicis ſuũ nomen præponi iubeat, *d. Nouell. 47. §. vnde ſancimus*, abſurdum videri debet, ſi circa implorationem diuini numinis, quo omnia noſtra referri debent, *l. 1. ff. de concept. digeſt. l. 1. & 2. ſup. de vet. iur. enucl.* nos reſtrictiores præbere velimus, cum tamen ipſe Imperator in promulgatione ſui Codicis, *item l. 1. & 2. de vet. iur. enucl. l. 1. de off. præf. præt. Afric. & multis aliis in locis*, ſuo exemplo nobis præire voluerit, vnde etiam pia cogitatione, & generali cõſuetudine hominum, de qua teſtatur Felin. *in cap. 1. de fide inſtrum.* Item Imperator Maximilianus *Conſt. Imper.* quæ edita eſt anno 1512. Coloniæ, §. Vnd nachdem/ eo rem deductam eſſe animaduertimus, vt in conſcribendis huiuſmodi inſtrumentis initium ab inuocatione Dei
11 ſumatur. Porro ſi illa, quæ † moribus probata ſunt, omittantur, æque contractum irritum conſtituunt, atque ſi lege præfinita eſſent, *vt poſt Gloſſam, Romanum, Panormitanum, Innocentium docet idem Felinus d. cap. 1. de fide inſtrumen. num. 2.* Neque ad rem pertinere putamus, quod vnus aut alter ex tabellionibus hanc ſolemnitatem omittat, cum conſuetudinem non ex facto vnius, ſed omnium, aut maioris partis metiamar, *l. aliud, §. referuntur, ff. de reg. iur.*

12 Tertio exigitur, vt nomen Imperatoris † inſtrumentis præponatur, *Nouell. 47. §. vnde ſancimus, Gloſſa in l. generali infr. de tabular. lib. 10. Bartol. in l. ſi quis, §. ſi initium, ff. de edend. Specul. in tit. de inſtrum. edit. §. breuiter, num. 4. Franc. de Loriano in ſua praxi, c. 9. tit. de inſtrum. product. num. 16. Panorm. c. 1. de fid. inſtrum. nu. 3. Felin. n. 4. Maſcard. d. q. 6. nu 88. Didac. Couar. pract. quæſt. c. 20. nu. 1. Sichard. in rubr. hoc tit. n. 7. Ioan. Faber in princip. Inſt. Chriſtoph. Wintzler. in ſuo proceſſ. iudiciar. tit. 38. num. 24. & ſeq.* vbi haſce ſolemnitates diffuſe proſequitur, *vt etiam facit Emeric. a Rosbach. in proceſſ. ſuo iudiciar. tit. 62. de inſtrum. moment.* tamen Panormitanus, Felinus, Didacus, quod in regionibus ipſius Põtificatus Papæ nomen, & annus regiminis inſerendus ſit: & ſi verſemur in regione, quæ non ipſum Imperatorem, ſed Regẽ agnoſcat, eius ditionis Principem inſtrumento duntaxat adſcribendũ teſtatur Did. Couar. quod apud me dubium eſt, cum negari nequeat, Imperatorem eſſe caput totius Chriſtiani orbis Principum, vt merito hoc prærogatiuæ eidẽ inuideri nequeat. Vnde pro tollenda cõtrouerſia, quæ inde exſiſtere poſſet, animaduertimus nonnullos tabelliones vtriuſq; nomen ponere, & Imperatoris, & Regis. Sane ſi verſemur in huiuſmodi regionibus, vbi hæc ſolemnitas in deſuetudinem abierit, non exiſtimarim propterea inſtrumenta periclitari, quod eadem adhibita non ſit: de qua re fuſius idem Didacus in loco commemorato.

Quarto neceſſaria eſt deſignatio † indictionis *d. Nouell. 47. vt præponatur nomẽ Imperatoris, §. vnde ſancimus, in verb.* & poſt illa inferre conſulis appellationẽ, qui in illo anno eſt, & tertio loco indictionẽ, mẽſem, & diẽ. Sic em̃ per omnia tẽpus ſeruabitur, *item §. ſi qua, in verba ſeq.* Sed præſcribatur quidẽ Imperium, ſequatur vero (ſicut dictũ eſt) Conſul, & indictio, atq; menſis, & dies, ſecundũ quam geruntur, & cõſcribuntur, quæ aguntur, *d. l. generali, C. de tabular. lib. 10. Speculat. titul. de inſtrum. edit. §. breuiter, num. 5. Abb. d. c. 1. num. 3. Felin. nu. 5. & latius in c. inter dilectos, in verb. indictionis, n. 11.* vbi refert, omnes ita tenere, quod ſit de ſubſtantia inſtrumenti, *Didac. Couar. pract. quæſt. c. 20. nu. 1. item variar. reſolut. lib. 1. c. 12. num. 7. Maſcard. d. q. 6. num. 86. Sichard. in rubr. huius tit. num. 7. Pac. nu. 20.* Quod autem ſit inductio, & quo tẽpore cœperit, certo modo explicat Cuiac. *l. vnic. inf. de indict.* & nos perſecuti ſumus *in l. placet, ſupra, de ſacroſanct. eccleſ.* 13

Quinto requirimus † anni editionem *d. §. vnde ſancimus, & §. ſi qua vero, Nouell. 47.* idque aperte probant Specul. *in d. §. breuiter, tit. de inſtr. edit. n. 4. Maſcard. d. q. 6. n. 28. Pac. hic n. 20. Gloſſa in c. inter dilectos, extr. de fid. inſtrum. Ioan. ab Imol. l. 1. ff. de his quæ in teſtamen. del.* idque etiam ceteri fatentur, *vt Bartolus, Felin. Panorm. Didac. Couarr.* Sed difficultas in eo verſatur, quod antiquitus anni per Conſules, vel Faſtos deſignari ſolent; quæ res Iuſtiniano anſam dedit, vt Conſulis expreſſionem *in d. Nouell. 47. §. vnde ſancimus*, exigeret. Ceterum, cum mores & inſtituta inſequentis tẽporis hanc rationem repudiarint, non immerito receptũ eſſe videtur, vt anni, ex quo Redemtor noſter natus, vel cõcept[9] ſit, eius loco ſuccederent. Errant igitur meo iudicio Felin. & Panorm. qui exiſtimãt, anni mentionem iure non deſiderari. Illam n. eſſe neceſſariã, coarguunt text. a nobis relati, *item l. 1. §. editionis, ff. de edend. l. libellorum, ff. de accuſat. l. ſi qua, ff. de diuerſ. reſcript.* tamẽ hæc ſolemnitas illam mutationẽ ex tẽpore recepit, quod nulli Cõſules amplius crearentur. 14

Digitized by Google

Expeditior ratio eſſet per annos *Domini* ſupputandi. Notiſſima eſt illa iuris noſtri definitio: *Conſuetudinem in interpretando maximam vim habere, l. cum de interpretatione, ff. de de legib. l. cum de nouo iure, ſupr. eodem tit.* Cum itaque hæc conſuetudo, quacunque ſe diffundit orthodoxa Eccleſia, confirmata ſit, vt res ipſa indicat, & teſtantur Panorm. *d. c. 1. num. 3. Felin. num. 5. Didac. Couarr. pract. quæſt. cap. 20. nu. 2.* Conſequens quoque eſt, vt eadem ſolemnitas exacte obſeruetur, ne ſubuerti ex hac cauſſa inſtrumentū poſſit, quod poſt Alex. Deciū, Socin. idē Didac. teſtatur.

15 Sexto etiam menſis & dies † comprehendendus eſt, *d. Nouell. 47. §. vnde ſancimus, & §. ſi qua, item l. 1. §. editiones, ff. de edend. l. ſi qua, ſupr. de diuerſ. reſcript. cap. quoniam, extra, de probat. l. optimam, infr. de committ. & contrah. ſtip. l. 2. §. diem, ff. quemad. teſtam. aper. cap. quotiens cordis oculus, 1. quæſt. 7. Gloſſ. in d. l. generali, C. de tabular. lib. 10. Specul. in tit. de inſtrum. edit. §. breuiter, num. 7. & Ioan. Andr. ibidem in addit. Bartol. in l. ſi quis, §. ſi initium, ff. de eden. Panorm. in cap. 1. extr. de fide inſtrum. num. 3. Felin. num. 8.* vbi ex mente Speculatoris, Dominici, & Bartoli declarat, diem intelligendum eſſe, quo quis rogatus ſit, inſtrumentū conſcribere, non autem quo confecerit, *Io. Sichard hic in rubric. num. 7. Iulius Pacius num. 20 Didac. Couarr. pract. quæſt. cap. 20. nu. 2. verſ. quarto eadem ratione,* vbi ait hanc ſententiam communem.

16 Septima obſeruatio eſt, † quod locus, vbi quid geſtum ſit, exprimi debeat, *argum. l. optimam, infr. de contrahen. & committ. ſtipul. & ibidem Cynus atque Baldus cap. Abbate, de re iudic. in 6. & ibidem Gloſſ. in verb. cenſeretur, Gloſſa in l. generali, infr. de tabular. libr. 10. c quantum, Nouell. quib. mod. naturales effic. legit. cap. quoniam contra, extr. de probat. l. libellorum, ff. de accuſ. d. cap. quotiens, 1. quæſt 7 Angel. Nouell. vt præponatur nomen Imperatoris, 47. nū. 1. Speculat. d. §. breuiter, de inſtrum. edit. num. 9. & ibidem Ioan. Andr. in apoſtill. Abbas in d. c. 1. nu. 3. de fide inſtrum. Bartol. l. ſi quis, §. ſi initium, ff. de edend. Caſtr. ibidem. Felin. d. c. 1. de fide inſtrum. Roman. in l. de pupillo, § qui nuntiat, ff. de operis noui nuntiat. & ibidem Alexand. num. 4. Iaſ. nu. 3. Baldus in l. contractus, infr. hoc tit. verſic. modo quæritur, Sichard. hic in tituli inſcriptione n. 7. Pacius num. 20. Boer. deciſ. 32. nu. 37. Bart. in l. optimam, infr. de contrah. vel commit ſtipul. in fin. Alberic. ibidem num. 4. Fulgoſ. num. 5. Boer. quæſt. 33. num. 27. Franciſc. de March. q. 1182. Weſenbec. conſil. 14. num. 64. Crauett. conſil. 216. num. 2. Menoch. præſumt. 84. lib. 2. num. 2. Didac. pract. quæſt. c. 20. num. 3.* vbi poſt Decium, Stephanum Bertrandum. Roman. atq; Rotam exiſtimat, ne conſuetudine quidem inualeſcere poſſe, vt locus † omittatur. Idemq; 17 videtur ſentire Menoch. *præſumt. 84. num. 3.* poſt Corneum Bertrand. & alios in hāc ſententiam laudatos, aſſerens hanc opinionem magis receptam videri. Diſcedunt tamen ab hac ſententia Felin. *d. c. de fide inſtrum. n. 6.* poſt Dominic. Lapum, & Anton. de Butrio ab eodem in hanc ſententiā laudatos, *Barbat. in rubric. eiuſdem tit. num. 69. Alexand. l. qui de pupillo, §. qui nuntiat, ff. de oper. noui nuntiat. num. 10. Pariſ. conſil. 28. num. 10. lib. 2. Rolan. conſil. 38. num. 8. lib. 1.* & fortaſſis horum ſententia verior eſt, *argum. l. cum tabernam, §. 1. ff. de pignor.* Fatendum tamen eſt, talem conſuetudinem multis fraudibus & incommodis obnoxiam eſſe. Sed quæſtio eſt, an ſufficiat, † ciuitatem, in qua contractum eſt, expreſ- 18 ſiſſe. Et Speculator quidem *in tit. de inſtrum. edit. §. breuiter, num. 9.* Ioann, Andr. *in addit. ad Speculat. eodem tit. §. inſtrumentum, verſic. quid ſi locus, num. 5.* vbi in hanc ſententiam citat Vbertum de Bobi. *Angel. conſil. 220. Bald. conſ. 221. lib. 2. Alex. conſ. 54. lib. 2. & conſil. 123. lib. 1. Franciſc. Viuius in theſaur. commun. opin. in verb. inſtrumentum, Angel. d. Nouell. 47. nu. 1. Cynus l. optimam, C. de contrah. vel committ. ſtipul. Goffred. in ſua ſumm. tit. de crim. falſ. §. ſunt autem inſtrumenta, verſ. locum, Alberic. de nouo Cod. componendo, num. 27. idem Alberic. d. l. optimam, nu. 4. Fulgoſ. ibid. num. 5.* vbi ait, communi ſentētia hoc comprobatum eſſe, *Bart. in l. de pupillo, §. qui nuntiat, ff. de oper. noui nuntiat.* & ibidem Alex. *n. 4.* Caſtrenſ. Iaſon *n. 3.* requirunt etiam deſignationem domus, in qua res geſta eſt, *Boer. Franciſc. de March. Weſenbec. Crauett. Menoch. in locis alleg. argum. l. libellorum, ff. de accuſat. item §. quantum vero Nouell. quib. mod. nat. effic. legit.* Nō tamen adeo inciuiliter progredie mur, vt putemus etiam conclaue, vel triclinium, vbi contractus interceſſit, deſcribendum, *l. 1. §. 1. ff. de vi & vi armat. l. ſi in rem, circa finem, ff. de rei vindic. Ceterum Felin. in c. 1. extr. de fide inſtrum. n. 6. verſic. de modo autem expreſſionis,* allegans in ſententiam ſuam Gloſſam *in §. item verborum, Inſtit. de inutil. ſtip.* negat deſignationem domus neceſſariam eſſe, niſi actus requireret determinatum locum, vt ſunt ea, quæ pro tribunali explicanda ſunt *d. cap. allatæ, de re iudic. & d. cap. quoniam contra, extr. de probat. Bartol. l. de pupillo, §. qui nuntiat, ff. de oper. noui nunt.*

Digitized by Google

iunt. Et in hac ſententiam videtur inclinare Fulgoſ. d. l. optimam, inf. de contrah. & commit. ſtip. quod eadē lex illud minime requirere videatur. Et ſane ego hanc Felini animaduerſionē non puto facile contemnendam: tutius tamen eſt, a recepta ſentētia nō diſcedere: niſi cōſuetudo aliud patiatur. Etenim quamuis dubium ſit, an, vt antea dictū eſt, totam loci mentionem remittere poſſit: tamen non idem auctores a nobis relatos in caſu præſenti probaturos putarim, maxime, cum lex optimam, ff. de contrah. & comm. ſtip. præterea §. item verborum, Inſt. de inut. ſtipulat. contrarium innuere videantur, & ſolam ciuitatis mentionem requirere.

19 Octauo adſcribendi ſunt ad † minimum duo teſtes, qui contractui interpoſito adfuerint, Panormit. d. c. 1. num. 3. Felin. num. 14. Decius num. 12 Specul. in d. §. breuiter, de inſtrum. edit. n. 10. Crauett. conſ. 216. nu. 2. Pacius hic nu. 20. Ang. d. Nouell. vt præponatur nomen Imperatoris, n. 1. verſ. item debet opponi, Maſcar. d. quæſt. 6. n. 89. Couarr. pract. quæſt. c. 20. num. 4. Gloſſa in auth. de inſtrum. cautel. & fide. §. etſi inſtrumenta, in verb. adiiciatur Capitius, dec. Neapol. 29. & hanc opinionem communem renuntiat idē Did. Couarr. quāuis Gloſſ. in l. generali, C. de tabular. videatur ſubſcriptionē teſtium requirere, item Sichard. hic num. 7. Sed horum ſententia meo iudicio non immerito exploſa eſt, cum c. 2. extr. de fid. inſtr. ſi iungatur cum §. ſed etſi inſtrumenta, Nouell. de inſtrum. cautel. & fid. contrarium cōgruat, quod etiam dirimere videtur ambiguitatē, quæ naſci poterat ex conſideratione l. vbi, ff. de teſtib. quod regulariter duo teſtes ſufficiant, cum tamen præter tabellionem, qui & ipſe teſtium munus ſuſtinere poteſt, arg. l. Domitius Labeo, ff. de teſtam. item cap. quoniam, extr. de probat. cum duobus teſtibus compa-
20 ratur, hic † tamen adhuc duo teſtes deſiderentur, maxime cum ex l. in donationibus, infra, de donat. edoceamur, in huiuſmodi monumentis publicis teſtium præſentiam neceſſariam non eſſe. Sciendū eñ eſt, quod ſi de probatione alicuius cōtractus quæratur, duos teſtes ſufficere, ſiue tabellio inter hos ſit, ſiue non ſit, ſed neceſſarium hoc caſu eſt, vt teſtes in iudicio rei geſtæ ſeriē enuntient. Quod ſi vero medio temporis ſpatio ab hac luce ſubtrahantur, cauſſam probationis periclitari neceſſe eſt, quod ſane non euenit in publico inſtrumento, quod ſolemniter a tabellione confectū eſt. Implet eñ rei geſtæ fidē, quamuis teſtes adhibiti fato conceſſerint, d. c. 2. de fid. inſtr. Plures etiam alios effectus hęc res habet, de quibus Dei auxilio diſceptabimus l. in exercendis, hoc tit. Lex in donationibus, parum negotii exhibebit, ſi meminerimus præſentiam Iudicum, quod circa teſtes deſit, ſupplere, vt ſupra de hac re diſſeruimus.

Nono accedere debet tabellionis † ſubſcriptio, arg. Nouell. de inſtr. caut. & fid. in prin. 21
in verb. ſubſcriptionē ſubdentes: item c. 2. extr. de fid. inſtr. c. cum redemta, 12. q. 2. c. ego Berengarius, de conſecrat. diſt. 2. circa fin. Gloſſ. in d. l. generali inf. de tabul. lib. 10. Spec. de inſtrum. edit. §. breuiter, n. 11. Alex. conſ. 14. lib. 6. Crauett. conſil. 216. n. 2. Sichard. hic n. 7. Pacius n. 20. Didac. Couarr. d. c. 20. nu. 5. Maſcard. d. q. 6. nu. 91. Panor. c. 1. num. 3. Qua forma autem ſe ſubſcribere debeat, copioſe proſequitur Speculat. in loco ſupra allegato.

Decimo idem Spec. d. §. breuiter tit. de inſtrum. edit. n. 15. ſignum tabellionis † requirit, 22
arg. §. oportet, Nouell. de inſtr. cautel. & fid. §. oportet, item l. fin. ſupr. de aſſeſſor. l. 2. C. de conueniend. fiſc. debitorib. lib. 10. allegat & auctoritatem ſacræ ſcripturæ, vt Ierem. cap. 32. in fin. Agri pecunia ementur, & in libro ſcribentur, & imprimetur ſignum, & teſtis adhibebitur. Idem quoq; probat Gloſſ. in d. Nouell. 73. §. ſed etſi inſtrumenta. Bart. in l. ſi quis, §. ſi initiū, ff. de edend. Imol. l. a teſtiū, § ſi quis, ff. de teſtam. Bald. in l. nō aliter, ff. de adopt. Abb. in d c. 1. n. 3. Fel. ibid. n. 13. vbi multos in hanc ſententiā allegat, & illā magis cōmunem eſſe cōmemorat. Ceterum Ioannes Andr. in add. ad Spec. d. §. breuiter, nu. 15. in verb columna ſexta, ſub litera B. profitetur, hanc ſolemnitatem nulla certa iuris auctoritate conſtabiliri poſſe. Etenim §. ſeq. oportet, eadem conſtitutione, facere quidem mentionem ſigni a notario adſcripti, ſed incidenter, non vt ea res in legis neceſſitatē transferatur: Legem fin. ſupr. de aſſeſſor. conceptam eſſe in perſonam non notarii, ſed conſiliarii, qui mutato ſigno etiam aduocationis munus appeteret, idem quoq; obſeruarunt Anton. de Butr. & Ioannes ab Imol. vt cap. 1. de fide inſtr. Alexander in rubr. de operis noui nunt. num. 14. qui propterea arbitratur, hanc ſolemnitatem neceſſariam non eſſe, & ſubnectit id communi calculo receptum. Porro Nicol. Boer. deciſio. 37. Rebuff. in tract. de nominat. q. 10. nu. 11. quos, nec nō alios refert & ſequitur Did. Couar. pract. quæſt. 20. n. 5. hanc neceſſariam quidem eſſe ſolemnitatem ducunt, ſed eandē potiꝰ conſuetudini, q̄ legis auctoritati acceptā ferunt.

Digitized by Google

Quia de cauſſa & hic repetendum eſt, quod ſupra de effectu conſuetudinis complexi ſumus, de qua re nominatim Crauetta *conſil. 216.* & ita poteſt intelligi Maſcard. *d. quæſt. 6. num. 95.* dum receptiorem ſententiam eſſe tradit, vt talis ſolemnitas adhibeatur, ſecutus Viuium *in theſaur. comm. opin. in verb. instrumentum publicum confectum*, quamuis vterque ſimpliciter nulla conſuetudinis mentione facta loquatur.

23 Vndecimo, neceſſarium † videtur, vt ipſe tabellio manu propria totum inſtrumentum conſcribat, *authent. de tabellionibus, §. nos igitur, l. generaliter, C. de tabulariis, lib. 10. l. contractus, hoc tit. §. penult. Nouell. de inſtrum. cautel. & fid.* Etenim cum ipſe tabellio teſtimonium eius actus, quod propriis ſenſibus cognouerit, exhibiturus ſit, id per aliũ explicare non poterit. Habet tamen hoc requiſitũ declarationem ſuam, vt ſi quidem multitudine negotiorũ ita diſtringatur, vt operam ſuam in ſcribendo accommodare nequeat,
24 tunc huiuſmodi inſtrumenti † cõfectionem alteri cõmittere poſſit, modo tamen cognitionem negotii ab initio ſuſcipiat, & huiuſmodi ſcriptũ cum archetypo conferat, atq; illud propria ſubſcriptione & ſigno ſuo muniat, *arg. l. fin. §. ſin autem dubius C. de iur. delib. Panor. in c. inter dilectos, ext. de fid. inſtr. n. 7. itẽ Panor. in c. quoniam contra, de prob. n. 32. Decius n. 47. Bart. in l. diuus, §. item Senatus, ff. ad legem Corn. de falſ. Maſcard. concl. 711. n. 41. Did. Couarr. pract. quæſt. c. 21. n. 1.* vbi plures auctores allegat. Hæc tamen conditio conſuetudini potius accepto ferenda eſt, vt ipſe Didac. ingenue fatetur: Item vt comprehenditur *d. Conſtitut. Maximil.* § Vnd wiewol / quam apertæ iuris diſpoſitioni. Porro hoc caſu non inconſultum eſt, ſi notarius in ſua ſubſcriptione de impedimento, & de collatione a ſe facta, mentionem faciat, quæ neceſſitatis poſt Gabrielem & Imolam eſſe conſtituit, *Maſcardus d. concluſ. 711. nu. 43.* Didacus vero auctor eſt, etiam ſine impedimento hoc negotii alii delegari poſſe, qua in re credo illum de conſuetudine Hiſpaniæ loqui. Iuris enim definitio, *vt antea animaduerſum eſt*, aperte refragatur.

Duodecimo videndum erit, an de his,
25 quæ inſtrumento cõprehenduntur, etiam † protocollum interceſſerit, quod cum inſtrumento reſpõdeat, hoc enim tabellionis officio incumbere intelligimus, ex *§. illud, Nouell. de tabell.* § Fürter ſo befehlen wir / *&* §. Vnd wiewol von gewonheit / *tit. conſtit. Imperat. Maximiliani.* Sed quæſtionis eſt, *an ſi illum hoc omiſiſſe proponamus, inſtrumentum vitietur?* Diſtinguunt Baldus *in præludi. huius titul. num. 39. & 48. Decius in cap. quoniam contra num. 51. extr. de probat. Roman. conſil. 174. Alexand. conſil. 174. lib. 7. n. 4.* qui in eandem ſententiam etiam allegat Paulum de Caſtr *conſil. 130. dubitatur primo, an Comes Palatinus: lib. 2. quod apud me eſt, conſil. 125. nu. 15. in nouis*, intereſſe an contractus ſit, qui ſcripturam pro ſua ſolemnitate requirat, an minus: vt hic inſtrumentum publicum ſine archetypo, vel regiſtratione valeat: illic autem nullo modo ſubſiſtat. Sed hanc diſtinctionem meo iudicio non incircumſpecte reiiciunt Did. Couarr. *pract. quæſt. c. 19. nu. 3. verſic. huius opinionis auctor eſt*, Paulus Caſtrenſ. ſibi parum cõſtans, aut re melius ponderata *l. contractus n. 14. hoc titul.* Item Iulius Pacius *nu. 33.* ſtatuentes nihil mutare *§. illud Nouell. de tabell.* quod ſecundum Nicolaum de Materol. ciuitati Conſtantinopolitanæ tantum legem dixerit. Præterea quod *l. contractus*, quæ pro adaduerſa parte adduceretur, in contrarium torqueri poſſet, cum inde appareat, mundũ plenam impetrare fidem, non ſchedam, aut imbreuiaturam notarii, aperte refragatur. Quod cum ita ſeſe habeat, non tamen excuſatur tabellio, qui protocollum propria manu non concinnarit, vt colligimus ex *c. quoniam contra, extr. de probat. & c. penult. extr. de fide inſtrum. & l. argentarius, ff. de edend. leg. Prætor, & l. ſi quis, §. Prætor ait, eodem tit.* vt ſatis aperte contendit d. Conſtitutio Maximiliani § Fürter ſo befehlen wir. Illud autẽ † in- 26
dubitatum eſt, tabellionem, ſiue ſucceſſorẽ eius, penes quem protocolla deprehendantur, ad edendum compelli poſſe, *d. l. Prætor, item d. l. ſi quis, 6. § 8. l. quædam, 9 l. argentarius, 10. ff. de edend. Didac. Couarr pract. quæſt. cap. 19. nu. 3. verſ. tertio conſtat* Imo ſi aliqua ſuſpicio eundem tabellionem vrgeat, quod ſcilicet ſupprimat archetypum, vel circa illud aliquid falſi conflarit, poterit de eodem quæſtio haberi, *l. ſi quis decurio, infr. ad legem Cornel. de falſ. Bald. in præfat. huius tit. num. 50 Didac. Couarr. d. c. 19. num. 3. verſ. quinto & illud.* Hæc de protocollo: quod ſi illud cũ inſtrumento inde ſumto certa ratione diſcepter, quid tunc iuris ſit, commodius tractabimus *in l. ſcripturæ, hoc tit.*

Decimo tertio, res ipſa declarat † ſeriem 27
negotii ſubſecuti ex fide ſubſcribendam eſſe, *l. argentarius, 10 ff. de edend. l. contractus, inf. hoc tit. c. quoniam, ext. de probat. Ang. Nouell. vt*

præpo-

præponatur nomen Imperatoris, in princ. d. conſt. Imperatoris Maximiliani, §. die Notarii.

28 Decimo quarto † eadem cōſtitutio Maximiliani, §. Dann nachdem / adhuc aliam obſeruationem inſinuat, vt ſcilicet tabellio exponat, vel prælegat pacta, renuntiationes, & ſingulas clauſulas, quas contractus apud ſe inſtitutus natura ſui complecti videatur, & ab iiſdem conſenſum requirat. Hæc tamen cautela, vt ipſa conſtitutio minime diſſimulat, iure ciuili neceſſaria non eſt, quod contrahentes intelligantur ſecundū naturā cuiuſq; rei facile paciſci, *l. ex emto, ff. de act. emt. & vend. l. contractus, 23. ff. de reg. iur. l. ſi fundū, ff. de euict. l. quidam cum filio, ff. de verb. obl.* niſi contractus in ſcriptis concipiatur ſecundū definitionem *l. contractus*, tunc enim prælectio omnium clauſularum neceſſaria intelligitur, ſecundum ea, quæ ibidem latius perſequemur, vt etiam ipſa conſtitutio, §. Vnd am meiſten / diſerte præſcribit.

29 Decimoquinto committendum † notario non eſt, vt, de quibus rebus non ſit rogatus aliquod inſtrumentum contexat, cum ſubſtantia totius inſtrumēti a voluntate partium tabellionem interpellantium pendere noſcatur, *l. fi. §. ſin autem dubius, infr. de iur. deliber. §. vera, & ibi. Gloſſ. Nouell de tabel. c. cū P. tabellio, de fide inſtr. Spec. §. 1. verſ. & nota de inſtr. edit. Crauetta conſ. 216. n. 3. vol. 2. Cephal. conſil. 138. num. 10. Miſcard. concluſion. 1009. n. 35. Afflict. deciſ. 245. num. 8. in fin. Boer. q. 35. nu. 1. Iacob. Menoch. lib. 2. præſumt. c. 81. num. 4. & ſequ.* vbi copioſe oſtendit, quando notarius rogatus præſumatur.

30 Decimo ſexto adhuc aliam † ſolemnitatem præſcribit dicta conſtitutio Imperatoris Maximiliani, §. Item die Notarii ſollen / vt ſcilicet inſtrumenta publica in pergameno, vel in membrana, non autem papyro ſcribantur, *item Mynſing.* de inſtr. notariorum proceſſus exequentium loquens, præiudicium Auditorii Spirēſis allegat, quo inſtrumenta papyro comprehēſa reiecta fuerint, idemq; confirmat etiam Andr. Gail. *lib. 1. obſer. 119. n. 3.* vbi tamen monet, conſuetudine regionis aliud introduci poſſe, & huiuſmodi inſtrumēta in Camera attendi, modo appareat de cōſuetudine. Iure enim huiuſmodi obſeruationem nō requiri apparet ex *c. cum dilecta, extr. de fid. inſtr. & ibid. Panormit. n. 9.* quamuis cōſuetudine inoleuiſſe dicat, vt reſcripta in charta pecorina cōficiantur, *Specul. tit. de inſtrum. edit. §. reſtat, num. 38. & §. inſtrumentum, num. 21.*

Et hæc de ſolemnitatibus inſtrumēti publici ſuffecerint, nō ignari adhuc † plura re- 31
quiri, ſcilicet tabellionis probationem, veram facti narrationem, & id genus alia, quæ alibi commodius exponi poterunt.

Lex I. cum l. V. hoc Tit.

Svmmaria.

1 *Amiſſionem inſtrumenti non nocere contrahentibus, opus tamen eſſe aliis probationibus.*

2 *Verba quibuſcunque probationibus reuocari ad intellectum iuris.*

3 *Si inſtrumentum amiſſum ſit eius contractus, qui ſcripturam ad ſui ſubſtantiam requirit, duo neceſſaria ſunt, vt probemus inſtrumentum amiſſum eſſe. & rem ad eum modum, quem allegat, interceſſiſſe.*

4 *In aliis inſtrumentis ſatis eſſe, ſi ſimpliciter doceat, fidem ſuæ allegationi adeſſe.*

5 *Quid probare illi teſtes debeant, qui rei geſtæ non interfuerunt, ſed inde ſe ſcire contendunt, quod inſtrumentum amiſſum legerint?*

6 *Quatuor diuerſæ Doctorum ſententiæ.*

7 *Diſtinctio auctoris.*

8 *An teſtes nedum ſententiam inſtrumenti, ſed etiam dicere debeant, quale inſtrumentum fuerit, & cuius tabellionis manu conſcriptum?*

9 *An inſtrumentum ex eo corruat, quod teſtis omniū ſolemnitatum non recordetur?*

10 *Si aduerſarius inſtrumenta ſubtraxerit, ſufficit ad fidem allegationis noſtræ faciendam, probatio furti, & iuramenti oblatio.*

DVo præcipua capita harum legum definitione nobis inſinuantur, amiſſionem † inſtrumēti, quæ a fortuitis caſib. procedat, 1
non nocere creditori: deinde quod opus ſit probationibus aliis, vt ad ſolutionem quis compelli poſſit. Primum caput multis aliis legibus confirmatur, *vt l. 4. h. t.* vbi etiam idem conſtituitur in apochis amiſſis *l. 6. eod. tit.* quæ loquitur de profeſſione natali, *l. 7.* quæ concepta eſt in literas teſtimoniales *l. 8.* quæ mentionem facit inſtrumenti proprietatis, *l. 9.* quæ idem ſtatuit in tabulis diuiſionis per caſum interuerſis, *l. 10.* quæ hoc ius transfert ad venditionis inſtrumentum, *l. 11.* quæ idem amplectitur in actis, quibus de emancipationis tenore conſtabat.

Secundum caput etiam ſuas leges cōcordantes habet, *vt legem teſtium 14. ſupr. de teſtibus, leg. ſicut, l. ſi ſolemnibus, l. emancipatione, hoc tit.*

Qua in re notandum eſt, verba † textus, 2
quibuſcunque rationibus debere tibi pecuniam, ſi probaueris, reuocari ad intellectum iuris, vt ſcilicet accipiantur de probationibus idoneis, vt apparet ex aliis noſtræ legis verbis, ſi manifeſtis probationibus eos debitores

Digitized by Google

eſſe apparuerit, *item l.ſi ſolemnibus,7.hoc titul.*
in qua hæc verba occurrunt. Si aliis eui-
dentibus probationibus veritas oſtendi po-
teſt, *item l.emancipatione, nu.11.eod.tit.* Si ta-
men aliis indubiis probationibus vel ex per-
ſonis,vel ex inſtrumentorum incorrupta fi-
de factam eſſe emancipationem conſtiterit.

Quibus ita ſubductis in diſceptationem
venit, quid probandum, & quomodo hæc
probatio inſtituenda ſit. Prima quæſtio per
diſtinctionem expedienda eſt, intereſſe an
agatur de rei,quæ ad ſui ſubſtantiam ſcriptu-
ram videtur requirere,vt exemplum pr. po-
ni poteſt ex *l.cōtractus, hoc tit. item ex l.teſtiū.
14 ſup.de teſtib.l.hac cōſultiſſima,infr.de teſtam.
l ſtatuimus,infr.de ſenten.ex breuic.recit.* an ve-
ro tractetur de contractu,vel alia diſpoſitio-
ne, quæ hanc ſolemnitatem non exigat, vt
regulariter fieri ſolet, *l.cōtrahitur,ff.de pignor.*
3 *& l.4.ff. de fide inſtru.* Priori enim † caſu duo
probanda erūt, ſi de ſolutione quæratur, in-
ſtrumentum ſcilicet amiſſum eſſe, *d l.teſtiū,*
& ſolutionē ad eum,quem allegat, modū in-
terceſſiſſe, *vt hac noſtra leg. item l.4.5.6.7.11.
h.tit.* vt oſtendunt Gloſſ. *in d.l.teſtium,in ver-
bo,probantibus, Alberic. ibidem num.2. Bartol.
num.14. lectur.antiq. Cynus nu.2. Odofred.n.4.
Bald.num.5. Angel.n.1. Fulgoſ.n.4. Caſtr.nu.13.
Salyc.n.3.Sichard.n.5 Iul.Pacius hic n.13.Donel.
num.4.& 10. & d.l teſtium,n.5.* Secundo caſu
4 ſatis † erit, ſi quis doceat, fidem ſuæ allega-
tioni adeſſe, quamuis nihil probet de amiſ-
ſione inſtrumenti, *vt hac noſtra lege, l.ſicut,l.
cum inſtrumentis.* Etenim cum ipſius contra-
ctus ſolemnitatem ex ſcriptura non metia-
mur, ſubſtantia veritatis amiſſis inſtrumen-
tis conuelli non poterit, *d.l.cum amiſſis*, cum
in iudiciis exercendis depoſitiones teſtium
eandem vim habeant, quam fides inſtru-
mentorum, *l.in exercendis,15.hoc tit.*

Sed deliberationis eſt, non adeo expedi-
tæ,an ſi teſtes de re geſta,quod ſcilicet inter-
fuiſſent, nihil deponant, ſed inde cauſſam
5 ſcientiæ † ſuæ deducant, quod documentū
de controuerſo contractu conſcriptum le-
gerint, an huiuſmodi probatio admittenda
6 ſit? † Etenim Cyn. in explicatione legis, *ſicut
hoc tit. nu.1.* Salyc. *num.2. verſ. quid dicendum
eſt*, exiſtimat, ad fidem rei faciendam ſatis
eſſe,quod teſtes, cuius argumenti ſcriptura
fuerit, ordine complectantur. Bart. aūt *in l.
ſicut, h.t.n.2. idem in auth.ſi quis in aliquo,ſup.
de edend.n.6. Alber. nu.4. Iaſ.ibid.n.2.verſ ſub-
dit tamen Bartol quos ſequitur n.9. circa fin. De-
cius n.28.poſt Abbat. Anton.de Butr. Baldum, &
alios ab eodem allegatos, Bartholom.Socin. nu.5.
Roman.num.9. & 10. Ripa in l.1.n.81.ff.ſi certum
pet. Purpur.ibid.num.177. in ſua repet. Alex.con-
ſil.196.num.9.lib.2. Tiraq. in tractat. de retract.
conuent. §.1.gloſſ.7.nu.55. Matth.de Afflict. de-
ciſ. Neapol.274.nu.4. Alciat.reg.3. præſumt.31.
nu 3.Felin.in c.ſicut,extr.de re iud.col.1.Bartol.l.
2.§.1.ff.de iure fiſc.nu.4. & ibidem Alex.in apo-
ſtill. Curt.iun. conſil.17. num.4. Cephal. conſilio
287 num.46.vol.2. Maſcard.concluſ.908.n.6.
Caſtr. l.ſicut iniquum, hoc tit.num.2. Sichardus
ibid.Iulius Pac,n.14.* conſtituunt ita demum
hanc probationem ſufficere, ſi illi, qui in te-
ſtes adhibētur, periti ſint, vt decernere que-
ant, quæ ad veri inſtrumenti confectionem
deſiderētur, *c.cū olim, 12.de priuil.* Tertia ſen-
tentia eſt Odofredi *hic n.3. verſ.ſed hæc opinio
non eſt bona.Fulgoſ.in d.l. ſicut iniquum eſt, ver-
ſic.ſed nec placet,n.1. Angel.authent.ſi quis in ali-
quo,n.2.ſupr.de edend. Hugo Donell.d.l.ſicut,nu.
4.& ſeq.* qui ſine diſtinctione videntur pro-
nuntiare, quod talis depoſitio ad cōſtituen-
dam fidem nihil momenti faciat, cum inter
ipſos Interpretes conſtet exemplū tabellio-
nis ab originali ſumtum, non impetrare fi-
dem, etiāſi a pluribus tabellionibus deſcri-
ptum ſit, *c.1.extr.de fid.inſtr.auth ſi quis,& ibi-
dem Barthol.Soc.n.4. Aret.n.2.Iaſ.n.5. verſ ſuc-
ceſſiue,Bart.n.7. Paul.Caſtr.ibid.nu.5. & paſſim
alii Doctor. Pariſ.conſ.2.num.11. lib.2. Chaſſan.
conſil.63.num.19.*

Quarta opinio eſt Gloſſæ *in d.l.ſicut, in
verb.facile*, huiuſmodi depoſitionē non im-
plere fidē contractus,aut rei geſtæ, ſed cōſti-
tuere ſemiplenā probationē, vt quod deſit,
per iuramenti delationē ſuppleri queat, quā
diſtinctionē etiam probant eodē loci Bart.
*n.3.*Bald.*n.1.* Caſtr *n.2.*Pacius *nu.14.* & pene
omnes Doctores, quos ſupra propoſui, hoc
teſtibus peritis tribuere, vt ſola eorū depoſi-
tio admittenda videatur: idem quoque vi-
detur defendere Angelus *ibidem num.2.* Vt
igitur hi Doctores non videantur ſecum pu-
gnare, & modo hanc, modo illam ſenten-
tiam ſequi, ſciendum eſt, intereſſe inter de-
clarationem Angeli,& aliorum. Angelus e-
nim ad hoc,vt inde ſemiplena probatio col-
ligatur,& iuramento locus ſit,videtur requi-
rere, vt teſtes periti ſint,vt aduocati experti,
& optimi tabelliones.Bartolus autem, Albe-
ricus, & reliqui conſtituunt interpretatio-
nem Gloſſæ veram eſſe: ſed eam certo tem-
peramento condiendam, vt excipiamus il-
los teſtes,qui in dignoſcendis inſtrumento-
rum vitiis optime verſati ſint.

In

Digitized by Google

In hac opinionum conflictatione nõ facile fuerit, expediuiſſe, quàm expoſitionem quis ſecure amplecti debeat: ne tamen quid
7 † noſtri iudicii ſit, diſſimulemus, arbitramur, ſententiam Cyni atque Salyceti plane repudiandam eſſe, aut interpretatione molliendam. Enimuero, vt omittam rationes infra deſignatas, ipſe Cynus *in authent. ſi quis in aliquo, nu. 4. poſt Iacobum de Rauenna, & Petrum de Bellapart.* inter teſtes peritos & imperitos diſtinguit, & eodem modo videtur intelligendus Salycet. dum declarat, huiuſmodi depoſitiones ita demum fidem impetrare, ſi teſtes cõplectantur inſtrumentum omni ſua parte abſolutum fuiſſe, nec vitium aliquod ex litura, eraſione, vel cãcellatione habuiſſe. Hæc enim verba ſatis aperte indicant, q̃ peritos teſtes requirat. Porro explicatio Odofredi & Fulg. atq; aliorũ ſatis dura videretur, ſi ſimpliciter ſtatueremus, tales depoſitiones teſtium nullius eſſe momenti. Quod ſi vero eandem exigamus ad declarationem Angeli, ne dum abſurda, ſed etiã de iure verior iudicari poſſit, vt & periti teſtes requirantur, & ſupplementũ iuramenti, vel ſimilia adminicula, *d. cap. cum olim, extra, de priuileg.* Nam & ibidem decem teſtes recepti ſunt, qui de Pontificis diplomate, quod facilius, quam cetera inſtrumenta dignoſci poſſet, nec non de ipſius tenore depoſuerint, & accedit inſigne adminiculum ex perſona Cardinalium, qui teſtes audiuerant, item admiſſionis Abbatis ad oſculum ipſius Papæ, tanquam exemti: & propterea non ab Epiſcopo excommunicati, ex teſtatione ipſius Pontificis, quod ſcilicet ſine reprehenſione Bullæ, chartæ, vel literæ apparuiſſet, cum ipſi Pontifici ante controuerſiam motam oſtenſum fuiſſet. Quam difficultatem etiam Bartolus expendiſſe videtur, & alii, quos eidem adſtipulari oſtendi, dum cõcedunt adminicula requiri, ſed vim adminiculorum in peritia teſtium conſtituunt, quod ſane haud ſcio, ad admittendũ ſit, cum ex diſpoſitione *d. c. cũ olim*, appareat de ſolemnitatibus nullã quæſtionem fuiſſe, quippe de quibus ex priori oſtenſione conſtaret, adeo, vt ſatis periculoſa hæc Bartoli adſertio videatur, niſi ſubſidium petamus a generali regula, quod in quibus non ſit definitus numerus teſtium, duo ſufficiant, *l. vbi, ff. de teſtibus*, & quod ea, quæ caſu euenerint, vt ſcilicet decem teſtes de tenore teſtamenti deponerent, non debeant ad neceſſitatem legis transferri, *argum. l. regula, §. fin. ff. de regul. iur.* tamen obſeruandum eſt, ſatis difficilem & intricatam eſſe hanc teſtandi rationem. Nam † non ſolum coguntur ex- 8
primere ſententiam ipſius iuramenti, ſed etiam complecti, quod literæ fuerint cõſcriptæ manu tabellionis, quæ illis cognita erat, vt requirit Bart. *in d. authent. ſi quis in aliquo, num. 6. item vt tradunt Ioan. Andr. atque Anton. de Butr. in d. c. cum olim, extr. de priuileg. Alex. conſil. 196. num. 11. Hippol. de Marſil. in repet. rubric. de probat. num. 358. & ſequ. Maſcard. concluſion. 908. num. 9. Purpurat. l. 1. ff. de rebus geſt. ſi certum petat. num. 177.* quod deponant de omnibus ſolemnitatibus ipſius inſtrumenti, de quibus in præludiis huius tituli mentionem fecimus, maxime autem quo die & loco inſtrumentum exaratum fuerit, vt aduerſa pars, ſi opus ſit, ſe munire ex doctrina *l. optimam, infr. de contrah. & commit. ſtip.* contrario teſtimonio poſſit. Item an ſine omni labe & vitio fuerit, quod ſane difficile eſſe conſtituimus, maxime cum tempore inſpectionis diuinare non potuerint, fore, vt illud teſtamentum intercideret.

Ceterum, cum probationũ facultas anguſtanda non ſit, *l. quoniam, ſupr. de hæreticis, l. curæ, ff. de teſtib.* & fortuiti caſus, quibus inſtrumenta interuerti ſolent, eo conſilii plerumque legiſlatores compellant, vt de ſolemnitate probationis, quantum fieri poſſit, remittant, *l. teſtium, ſupr. de teſtib. in fin.* exiſtimarim probato amiſſionis caſu tam ſcrupuloſam probandi rationem interpretatione leniendam, vt ſcilicet accedentibus aliis adminiculis ad fidem faciendam, † huiuſmodi 9
depoſitiones ſufficiant: quamuis teſtis omnium ſolemnitatum non recordetur. Quæ autem hæc adminicula eſſe debeant, nõ facile fuerit pronuntiaſſe. Purpuratus quidem *in d. l. 1. nu. 177. Angel. in d. l. ſicut, hoc tit. num. 2. verſ. attende tamen*, videntur iuramenti religionem admittere, vt etiã ſupra admonui, quorum ſententia confirmari poteſt ex traditione noſtræ Gloſſ. *l. 1.* quæ ſine diſtinctione, an teſtes periti vel imperiti ſint, id videtur admittere, vt etiã ſupra admonui, quam ſententiam multis probari etiam ſupra expoſui. Sed ego hanc rem arbitrio Iudicis committendam ſtatuo, *argum. l. 3. §. eiuſdem, ff. de teſtibus, & l. ob carmen, §. fin. eodem titul.* vt is ſcilicet pro qualitate perſonarum, quæ teſtimonium ferant, item tabellionis, qui inſtrumentum ſcripſiſſe, item magnitudine, vel mediocritate rei, quæ in controuerſiam venit, ſolemnitatum, circa quas la-

VV 2

Digitized by Google

boretur exiguitate decernat, an probatio ſine iuramento admittenda ſit, an vero iuſiurandum, vel alia adminicula adhuc exigere debeat, cum nõ omnes res in ea conditione verſentur, vt in cauſſam iuriſiurandi deduci poſſint, poſita ſcilicet ignorantia litigantiũ, vel ſimili ratione, de quibus diſſeruimus *l.3. ſupr. de rebus credit. ſi certum petat.* Quibus ita digeſtis facile colligimus, ſatis lubricam & periculoſam cenſeri Gloſſæ opinionem, indiſtincte exiſtimãtis, huiuſmodi ſacramentũ ſufficere: quippe, cum hæc doctrina mille fraudibus viam aperire poſſit, ſi quis de inſtrumenti viribus diffidens, vel commiſſæ falſitatis conſcius, teſtibus inſtrumentum legendum exhibeat, qui non intelligant, quæ ſolemnitates ad eius cõſummationem requirantur, aut quibus ex cauſſis vel vitiis hæc & ſimilia documẽta ſuſpecta reddãtur.

Hæc, ſi caſu fortuito inſtrumenta amiſſa dicantur. Quod ſi vero facto aduerſarii illud contigerit, paulo aliter res digerenda
10 erit. Etenim † ſi ipſe ea ſubtraxerit, ſufficit probatio furti, *l. ſi de poſſeſſione, ſupr. de probation. & ibidem Cynus atque alii Doctor. ita Odofredus hic numer.4. Bartol. in l. ſicut iniquum, infr. hoc tit. in princip. & ibidem Gloſſa in verbo, facile.* Et ſi controuerſia ſit de tenore ipſius inſtrumenti, iureiurando res expediri poterit, *l. ſi quando, infr. vnde vi, Caſtrenſ. hic numer. 3. & 4. Salycet. num.1. verſic. primo caſu, Baldus in l. ſi de poſſeſſione, 20. de probation. num. 2. Bartol. ibidem num.4. Alberic. in princip. Angel. ibidem in fine.* Et quamuis obſtare videatur *l. qui tabulas, 27. item l. quidam tabularum, 32.* & ideo Angelus hanc quæſtionem cogitandam relinquat: tamen ipſe Angel. *in authent. ſi quis in aliquo, ſupr. de edend. num.3.* non inconſiderate, meo iudicio, hanc quæſtionem dirimit, ſtatuens referre, an agatur contra furem inſtrumenti, ex quo illũ mihi obligatum contendebam: hoc caſu ſufficere ſacramentum. Quod ſi vero monumenta a fure interuerſa, nullam probationem contra eum, ſed alium contineant, hoc caſu non ſufficere iuramenti religionem, ſed requiri alias probationes, *d. l. quidam tabularum.*

Lex Secunda.

SVMMARIA.

1 *Non ſolum concinnatores falſi inſtrumẽti, ſed etiam qui ſcientes illo vtuntur, pœna l. Cornelia puniuntur.*

2 *An is qui huiuſmodi inſtrumento vtatur, ex quo alius falſi condemnatus eſt, eadem pœna teneatur.*

3 *Dubitandi cauſſa.*

4 *Rationes ex quibus contrarium deciditur.*

5 *Nihil prohibet inſtrumentum in vnius perſona verum eſſe, quod tamen falſum ſit in perſona alterius idque exemplis illuſtratum.*

6 *Liberum cuiq; eſſe vt innocentiam ſuam apud iudicem magis vigilantem oſtendat.*

CVm materia præſentis legis magis ad titulum legis Corneliæ de falſis pertineat, idcirco paucis in eiuſdem explicatione defungemur. Nõ ſolum is, qui † falſum inſtru- 1
mentum contexit, *l. qui veluti, 13. infr. ad leg. Cornel. de falſ.* aut tale inſtrumentum fieri curauit, *l.1. ff. eod. tit.* aut ab alio factum recitauit, *l. falſi, 13. §.1 ff. eod. tit.* ſed etiam qui falſo inſtrumento vſus eſt, *l.4. infr. ad legem Cornel. de falſ. & l. ſi falſos, 8. eodem.* Pœna eiuſdem legis coercetur, quæ infligit deportationem cum bonorum publicatione coniunctam, *l.1. §. fin. ff. ad legem Cornel. de falſ.* Venit itaque in conſultationem, † an is, qui inſtrumentis 2
vtatur, quibus alius falſi accuſatus victus eſſet, periculum ex huiuſmodi ſententia formidare debeat, ſi aduerſarius illum quoque falſi poſtulet? Et conſtituit noſtra lex, huiuſmodi ſententiã ipſi non nocere. † Contra- 3
rium videbatur ex definitione *l.2. ff. de duob. reis conſtit. l. ſi rem, 31. §. ſi duo, ff. de nouat.* Ex quibus intelligimus, quod factum vnius ex duobus reis etiam alteri præiudicet. Secundo *l. Papinianus, §. penult. ff. de inoffic. teſtam. l. ſi ſuſpecta, 29. eodem tit.* quæ declarant, ſententia contra heredem prolata, etiam legata & fideicommiſſa ſublata videri. Tertio *l. a ſententia, 5. ff. de appell.* Ceterum decidendi † ra- 4
tio ex generali diſpoſitione legũ, quibus cauetur, res inter alios actas aliis non nocere, profluit atq; deſumitur, *l. mater, ſup. de rei vindic. l.1. & tot. tit. inf. res inter alios actas aliis non praiudicare.* Nec mutant leges ſupra a nobis adductæ. Etenim ſi obligatio ſit indiuidua, ſententia contra vnum ex correis prolata, alteri ex cauſſis nocere poterit, non idem tamen in crimine falſi probandum eſt, cum ex delicto vnius alter perſtringi non debeat, *l. ſancimus, inf. de pœn.* & illud a cauſſa obligationis indiuiduæ ſeparatũ ſit. Eadẽ reſponſio difficultatem, quæ ex *l. Papinianus. §. pen.* mota eſt, quoq; diſcutiet, cũ teſtamento per inofficioſi querelã expugnato, legata quoq; & fideicõmiſſa corruant. At in delictis ſeparata ſunt peccantium facta, cum † nihil pro- 5
hibeat inſtrumentum reſpectu vnius verum eſſe, quod falſum tamen ſit in perſona alterius, vt exemplum proponi poteſt in duobus legatariis, quorum vnus ſibi legatum adſcri-

adſcripſerit, alter vero innoxius ſit. *l. ſi quis legatum,6. l. de eo,10. l. filius,14. l. diuus,15. l. Atthales,24. ff. ad leg. Cornel de falſ.* Quæ conſideratio etiam ſubmouet difficultatem ex *l. 5. de appellationib.* excitatam. Nam ibidem in coherede quodammodo idem factum atq; ius proponitur: Sed quia iniquum eſt alienæ negligentiæ, quem pœnam ferre, ideo ipſi appellandi remedium concedit. Accedit, quod etiam citra tale adminiculum, ſi recta via iudicio experiatur, Iudicem magis reli-
6 gioſum † ſortitus, poſſit cauſſæ merita in rē ſuam melius deducere, & hoc modo victoriam referre, *argum. l. denuntiaſſe,17. §. final. ff. ad leg. Iul. de adult.*

Lex, Scripturæ,14.

Svmmaria.

1 *Scripturas diuerſas fidem inuicem ſibi derogantes, ab vna eademq; parte prolatas nihil firmitatis habere.*
2 *Quid appellatione ſcripturarum contineatur.*
3 *Si illud quod minus verum videtur, verum tamen eſt, vtiq; illud quod magis.*
4 *Regula noſtra procedit etiam in contrarietate, quæ in vno & eodem inſtrumento contineatur.*
5 *Non diſtingui inter publicam ſcripturam & priuatam.*
6 *Ex quo quis aliqua ſcriptura etiam priuata vtitur, eandem probare cenſendus eſt.*
7 *An in producenda ſcriptura priuata hæc proteſtatio ſuffragetur, quod eandem producat in quantum pro illo faciat, & non aliter.*
8 *Sententia Decii, Felini, & aliorum exiſtimantium talem proteſtationem in ſeparatis capitibus prodeſſe.*
9 *Inquiſitum in hanc ſententiam, & auctores a Felino allegatos.*
10 *Vnde innaſerit cautela aduocatorum Spirenſium, quod in omnibus actibus iudicialibus pene reſpondeant ſe amplecti aliquid extra proteſtationem.*
11 *Diſtinctio auctoris an proteſtatio interponatur circa inſtrumenta propria, an aliena.*
12 *Non ſolum quis, cum aliena inſtrumenta quæ ipſi in certa parte ſuffragentur, repugnent, tamen in quibuſdam, tali proteſtatione vti debet, ſed etiam cum illa adſe miſſa accipit.*
13 *Iudici arbitrarium eſſe an talem proteſtationem admittere velit, an non, & quomodo hoc intelligendum.*
14 *An actori vel reo liberum ſit illa capita, quæ ipſum onerent, in editione omittere.*
15 *Etiam ſeparata capita edenda ſunt, quando pertinent ad inſtructionem cauſſæ.*
16 *Summaria quædam collectio omnium controuerſiarum antea motarum, quæ certa diſtinctione expediuntur.*
17 *Si manifeſta contrarietas in prolatis inſtrumentis deprehendatur, proteſtatio nullo modo prodeſſe poterit.*
18 *Diuerſitatem non vno & eodem modo conſiderari, ſed ex diſtinctione varios caſus complecti, & deciſiones.*
19 *Definitio noſtra legis nedum in perſona actoris, ſed etiam rei procedit.*
20 *An ruſtici aut fœminæ excipiendi ſint.*
21 *Diſtinctio in propoſita quæſtione.*

CVm ceteræ leges, quas intermiſimus, ad materiā legis primæ pertineāt, & facilē explicationem habeant, non duximus operæ pretiū, vt de iiſdem in præſentia nominatim diſſeramus. Manū itaq; admouebimus huic legi, quæ paucis verbis concepta nō admodum expeditū intellectum habet. Regula ſit, quæ † verbis legis reſpondeat, Scriptu- 1
ras diuerſas fidē inuicem ſibi derogantes ab vna eademq; parte prolatas, nihil firmitatis habere. Appellatione diuerſarum † ſcriptu- 2
rarum, non ſolū illa intelligimus, quæ ſeparatam cauſſam habeant, vel ſubcōtraria intelligātur, ſed etiā ſi plane inter ſe pugnent, *l. vbi repugnantia, ff. de reg. iur.* cum & illa diuerſa cenſeantur, vt apparet ex *l. 24. ff. de inoff. teſt. item l. 27. §. ſi plures, ff. de recep. arbitr.* dū de diuerſis Iudicum ſententiis mentionem faciunt, *item ex l. 14. §. 1. ff. commun. diuid. l. ſi quis teſtamentū, 41. ff. ad l. Aquil. l. 38. §. fin. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. vt Ioannes & Azo ibid. ab Odofredo hic nu. 1. relati, item Gloſſ. in verb. ſcripturæ, verſ. & nota quod in poteſt. Bart. n. 5. lect. antiq. Sichard. hic in prin.* nullam probabilem hęſitandi cauſſam habuerint, an pronuntiationi diuerſorum etiā contraria expenſa referri debeant, maxime cum iure canonico, *c. imputari,* aperte caueatur, idem procedere in ſcripturis contrariis, cuius rei etiā euidentiſſima eſt ratio, per regulam † Dialecti- 3
corum, & iuris: ſi illud, quod minus verū videtur, verum ſit, vtiq; quod magis, *l. ſi quādo, ſupr. de teſtib. l. ſi non ſinguli, ſupr. ſi cert. pet. Donell. hic n. 1. Accurſium reprehendens, Pacius n. 8. & ſeq. Caſtr. n. 2. Bald. n. 5. Alberic. n. 5. Salyc. n. 6. Fulgoſ. n. 3.* idque non ſolum procedit in inſtrumentis ſeparatis, verum etiā † in vno & 4
eodem inſtrumento, ſi quædam occurrant minus inter ſe conuenientia, *Baldus hic n. 11. & 12. Bart. nu. 1. Salyc. n. 6. Pac. n. 4. Donell. n. 1.* qui huius rei illam rationem reddunt, quod in homogeneis pars eiuſque rei eiuſdē naturæ cenſeatur. Vnde quemadmodum pars aquæ aqua eſt, ita etiam pars ſcripturæ ſcriptura dicitur. Nec diſtinguimus hic priuatā ſcripturam a publica. † Si enim vnus & idē 5
publicum inſtrumentum proferat; itē aliud priuatū, & in his contrarietas deprehendatur, merito etiā his fides abrogabitur, quam-

uis Accurſius in verb. *ſcriptura*. Item Odofred. *hic n. 2* Bald. *n. 12*. diſſentiant, qui idem ſentientem adducit Dynum, quod ſcilicet fides & vox publica priuatæ ſcripturæ auctoritatem elidat, *arg. eorum, quæ notantur in l. teſtamēto, domini, ff. de hered. inſtit.* tamen hanc interpretationem refellunt Cynus *nu. 3.* qui ſecutus Iacobum de Aren. hanc legem indiſtincte intelligit, vt etiam faciunt Alberic. *nu. 5. verſ. & hoc*, ſiue ambæ ſint publicæ, ſiue priuatæ. *Ang. n. 1. Salyc. nu. 3. verſ. ſed Iacobus de Arena, Fulgoſ. n. 3. Sichard. n. 3. Donell. n. 2. Iulius Pac. n. 6. Panor. d. c. imputari, n. 4. Fel. n. 3.* Quāuis enim in cōparatione ſcripturarum publica priuatæ præponderet *l. ſcripturas, infr. qui pot. in pign. ſunt*, tamen hoc locum nō habet, ſi ab vna & eadem parte producantur. Ex quo enim quis ſcriptura quamuis priua-
6 ta, vtitur, illā etiam † probare cenſetur, & fateri illam veram eſſe, *authent. ad hæc, hoc tit. c. cum venerabilis, extr. de except. c. cum olim, extr. de cenſib. l. cum precum. infr. de liberal. cauſſ. Cyn. Ang. Caſtr. Salyc. & alii Doct. a nobis relati, Dec. in l. 2. n. 6. infr. de inſt. & ſubſtit. Abbas in c. cum olim, extr. de cenſib. n. 11. Felin. c. imputari, nu. 3. extr. de fid. inſtr. Miſcard. concl. 915. n. 1. Menoch. lib. 1. præſumt. cap. 45. num. 1.* vbi multos alios in hanc ſententiam laudat. *Boer. concl. 252. num. 3.* Etenim vt dictum eſt, lex noſtra cōſiderat factum eadem proferentis, quod & ipſum repetitur *in d. c. imputari.* Sibi enim vitio vertere debet, quod antequam huiuſmodi inſtrumenta exhiberet, non prius eadem excuſſerit, & ſecum mature deliberauerit *d. c. imputari, & l. qui in alterius, 42. ff. de reg. iur. l. ſi quando, ſupr. de dilat.*

Qua de cauſſa non intempeſtiue hic a quibuſdam illa quæſtio mouetur, *an cautela*
7 *aliqua † iure noſtro prodita ſit, qua quis ſe contra huiuſmodi periculum munire poſſit?* Quid enim ſi quis, dum huiuſmodi inſtrumenta depromit, profiteatur, ſe hæc documenta in quantum ipſi ſuffragentur, & nō aliter exhibere. Etenim Caſtr. *hic n. 2.* Sichard. *n. 1. verſ. vnde videmus.* Pacius *nu. 13.* Ferdinand. Vaſquius *lib. 1. illuſtr. quæſt. c. 2. n. 9.* Roman. *conſ. 433. nu. 11.* Iaſ. *l. 9. §. fin. ff. de reb. cred. ſi cert. pet. num. 39.* Aymō Crauett. *in tract. de antiq. temp. §. viſo, num. 72.* negant huiuſmodi proteſtationem
8 quidquam momenti facere. Aduerſari † tamē videntur ea, quæ ſcripta reliquit Decius *in c. cū venerabilis, ext. de excep. n. 22. Menoch. lib. 2. præſ. 45. n. 21. Bald. in c. cum dilectus. ext. de conſuetud. Io. ab Imol. in c. G. perpetuus, extr. de fid. inſtr. verſ. & nota, quod quando quis, de fide inſtr. Felin. c. imputari, extr. de fid. inſtr. circa fin.* vbi ex ſententia Imolæ *cap. præced.* pronuntiat, cōmunem opinionem eſſe, quod proteſtatio iuuet producentem inſtrumentum etiā propriū, in certis capitulis ſeparatis. Sed ego conſtituo virū alias doctum & eruditum id aſſerentem ſine diſtinctione † audiendū 9
non eſſe. Etenim multi auctores ab eo adducti aliter loquuntur. Rota enim *deciſ. 282. quæ nunc tertia deciſio eſt, tit. de fid. inſtr. in nouis nu. 2.* Plane contrarium pronuntiat, diſtinguens inter inſtrumentum proprium & alienum ita, vt inſtrumento proprio hæc cautio parum opituletur, Baldus vero *in l. vnica, vt quæ deſunt aduocatis, Iudex ſuppleat, nu. 5. &* Caſtrenſ. *nu. 5.* quos pro contraria ſententia idem Felin allegat, ingenue teſtantur, huiuſmodi ſubterfugium non adimere Iudici poteſtatem, quo minus repudiata proteſtatione actis inhærere poſſit. Io. ab Imol. videtur quidem in hanc ſententiam inclinare, ſed dum innititur auctoritati Speculatoris, *tit. de inſtr. edit. §. videndum reſtat, n. 12. conſil. quid ſi aliquis produxit, qui plane contrariū pronuntiat*, ſatis fragile fundamentum ſuæ opinionis videtur cōſtituiſſe. Ant. de Butr. *in c. cum olim, extr. de cenſib.* cui adiicio Alberic. *in l. 1. §. editiones, ff. de edend. n. 13. Iaſon ibid. n. 18. Alex. in l. 1. C. vt quæ deſunt aduoc. iudex ſuppl. n. 10, Ripa in c. cum M. Ferrarienſis, n. 79. in fine, de conſtit. Alex. conſ. 124 n. 5. lib. 7. Laurent. Kirchouium in theſaur. commu. opiñ in verb. ſcriptura, Decium in c. cum venerabilis, num. 22. de except.* qui auctores ſunt, ita demum hanc proteſtationem præſidiū adferre, ſi aduerſarius contrariam proteſtationē nō interponet. Hinc puto inuaſiſſe † Aduocatorum in tribunali 10
Spirenſi cautelam, vt ad proteſtationes, quæ pene in omnibus actibus interponi ſolent, reſpōdeant, ſe quid amplecti extra cauſſam proteſtationis. Ceterum hi Doctor. in ſumma ſecuritate nullam legem, qua hāc traditionē fulciant, in mediū adducunt. Imo Albericus, vnde hæc doctrina profluxit magis in ſtylo, & conſuetudine iudicii vim conſtituit, quā in legis auctoritate. Nā quod ad Innoc. attinet, in cui⁹ enarratione aliquod momentū collocat, is de hac quæſtione *in c. cum olim, extr. de cenſib.* nihil quod propoſito ſeruiat, pronuntiaſſe deprehenditur, *c. aūt cum venerabilis, extr. de excep. verſ. itē non licet*, potius contrariū declarat, quāuis innuat cōtra hanc præſumtionē, quæ ex productione inſtrumēti naſcitur, veritatis probationi locū eſſe. Imo quod magis eſt, ipſe Felinus *in cap.*

Digitized by Google

cum venerabilis, de except. numer. 23. verſ. excipiuntur itaque quatuor caſus, oſtendit huiuſmodi proteſtationem minime iuuare, quādo quis inſtrumentum proprium producit, & laudat in hanc ſententiam Anton. de Butrio. & Ioan. ab Imola, idemque ſequitur Maſcard. *concluſ. 915. num. 19.* nec non alii ab eodem adducti, *Alexand. conſil. 124. Iaſon. l. non ſolum. §. morte. ff. de oper. no. nunc. num. 26. Oſaſc. deciſ. Pedemontan 38. numer. 26. Felynus in cap. 1. n. 9.* Quibus adiicere licet Caſtrenſ. Iulium Pacium, Sichardū ſupra a nobis relatos, qui ſimpliciter exiſtimāt talem diſtinctionem non tenere, quod ante illos defendit Gloſſ. *in l. 1. §. editiones, & multi alii, Decius l fin. num. 26. ſupra. de edend. Angel. in l. appellanti. ff. de appellat. Roman. conſil. 433. numer. 10. Natta conſ. 365. num. 4. vol. 2. accedunt Rimi-naldus, Albanus, Mandoza, Præpoſit. Baldus, Conſent, & multi alii relati a Maſcardo d. concluſ. 915. n. 17.* item alii commemorati ab Oſaſco *d. deciſ. 38 num. 26.*

11 In hac opinionum repugnantia † non abſurdum fuerit, mediam viam inſtitiſſe, adhibita ſcilicet diſtinctione, de quibus tractetur inſtrumentis, de propriis ſcilicet, an alienis. Etenim ſi propria cum huiuſmodi proteſtatione proferantur, non video quid illa largiri poſſit, quod in poteſtate aduerſarii ſit, iiſdem inſtrumentis, quoad ipſi ſuffragentur vti *authent. adhæc, hoc tit. cap. cum venerabilis, de except. cap. cum olim. de cenſibus*, ita accipio deciſionē Rotæ ſupra relatam, Felynum, Antonium de Butrio, Maſcardum, Alexandrum, & alios auctores in hanc ſententiam adductos, cum in ipſius poteſtate fuerit, non conficere huiuſmodi inſtrumenta, aut curare conſcribi: deinde ne eadem in iudicio exhiberet, vt hac noſtra lege, *cap. imputari extra de fide inſtrum. l. cum precum infra de liberal. cauſ.* Quodſi vero de alienis inſtrumentis agatur, veluti ſi quis documenta ab aduerſario producta acceptet in locis & capitibus quæ ipſius cauſſam adiuuant, hic proteſtationem interpoſitam prodeſſe exiſtimarem, ſi ea quæ officerent, ſeparata capita eſſent, ita intelligo Anton. de Butrio & Ioan. ab Imola, *d. cap. cum venerabilis, deciſ. Rotæ de fid. inſtr. cap. 3. Felin. eod. cap. num. 23. verſ. ſecundus caſus eſt, Maſcard. dict. concluſ. 915 num. 19. & multos alios ſupra a nobis commemoratos*, quo in ſenſu etiam illi accipiendi ſunt, qui arbitrantur hoc ipſum etiam procedere qui producendo inſtrumenta tali proſtatione vtitur, quos refert Menoch. *præſumptione. 45. libr. 2. numer. 21. Maſcard. dict. concluſ. 915. nn. 15.* ſaltem vi argumenti, quod ſi illud, quod minus probabile eſt, admittamus, vtique reſpuendū non eſſe, quod magis probabile ſit, *l. ſi quando, ſupra de teſtibus*, idque etiam defendi poteſt, *argumen. l. Publia, 26. §. fin. ff depoſit. & l. ſiquidem, ſupra. de pactis*, & eorum, quæ in eandem ſententiam ſcripſimus, *l. inſtrumenta, ſupra de probationibus*, cū ceſſent hic illæ rationes, quas ſupra conſiderauimus. Non enim in illius poteſtate eſt, huiuſmodi inſtrumenta proferre & ſupprimere. Imo, ſi ſcripta aduerſarii, quæ forte in ipſius manu verſentur, in iudicio producat, adhuc idem probandum eſſe exiſtimarem, *d. l. Publ. §. fin. ff. depoſ.* quamuis enim hic ſit in ipſius poteſtate, talia inſtrumenta exhibere, aut non exhibere, tamen ceſſat conſideratio, quod ipſe non curauerit huiuſmodi inſtrumentum ad formā hanc conſcribi, *d. l. Publia. §. ſi item l. cum precibus ſupra de prob l. ſi quis ex argentariis. §. pertinere*, idque defendit Bartol. *d. l. Publia n. 4.* & ibidem Alexand. atque Puteus *in apoſtill. Caſtrenſ. ibidem num. 7. Baldus ibidem num. 1. Gloſſa ibidem in verbo æſtimaturum. Caſtal. ibi. circ. fin. Alex. in l. vnica. C. vt quæ deſunt aduoc. iud. ſuppl. num. 10. Aimon Crauett. in tractat. de antiq. tempro. §. viſo. num. 77. poſt Alexan. & Iaſonem.*

Puto tñ † hanc traditionem noſtrorū doctorum ſuam accipere interpretationem, vt 12
ita demum exaudiatur, ſi iam tunc, cum illas literas accipiebat, etiam hanc proteſtationem interpoſuerit, ne ſimpliciter recipiendo ſcripturam eam approbaſſe intelligatur, *ſecundum l. ſi filius, 16. ff. de SC. Maced.* ſi vera eſt generalis doctrina noſtrorū interpretum, quam ex eadem lege eliciunt, *vt videre licet apud Bart. ibid. nu. 1 Bald. n. 1. Ang. n. 1. Salic. n. 1. Alex. in l. non ſolum. §. morte. ff. de oper. nou. nunc. num. 27. Iaſon n. 92. Alciat. n. 86. Maſcard. concl. 1153. n. 44.* niſi quis contendat hanc Doctorum noſtrorum ſententiam incertam eſſe, & ſuā moderationem recipere, *vt oſtendimus in noſtris commentar. de præſcription. part. 1. cap. 6. numer. 229.* fatendum tamen eſt illud non inconſultum videri. Illud præterea annotaſſe conueniet, quod quamuis hæc expoſitio Gloſſæ, Bartoli atque aliorum non temere repudiari debeat, tamen non vndequaque tutam eſſe, cum ex apertis verbis, *dicta leg. Publia. §. final.*
intelligamus hoc arbitrarium † eſſe an iu- 13
dex ea, quæ cōtrariæ parti adminiculentur,

Digitized by Google

admittere, an vero reiicere velit, quod tamen conſtituendum putamus ex veriſimilitudine allegationis & aliis coniecturis, de quibus tradidimus, *l. inſtrumenta. ſupr. de probat.* Nec puto probabilē interpretationem Gloſſæ, & aliorum interpretum, illud arbitrium reſtringi debere ad voluntatem literas accipientis, vt ſi ille conſentiat, epiſtola proficere poſſit ad aliorum capitum probationem. Etenim, meo iudicio abſurdum iudicari debet, ſi dicamus iudicis æſtimationi relinqui, an is, qui cauit in eadem epiſtola ſibi decem deberi, probare poſſit, hoc quod ſcripſit: ſi arbitrium iudicis de conſenſu, vel confeſſione partium exaudiamus. Quæ enim partes iudicis ſunt in confitentem? *l. 1. infra de confeſſ. l. poſt rem iudicatam. ff. de re iudic. l. ſi debitori. ff. de iudic. l. cum te, 5. ſupra. de tranſact.* Quare mea opinio eſt, nō eſſe quidem ocioſam talem proteſtationēm, ſi capita, quæ in eadem epiſtola continentur, nullis aliis coniecturis nitantur, non adimi tamen iudici poteſtatem, quo minus nihil prohibente tali proteſtatione, huiuſmodi inſtrumento innitatur, ſi rei veriſimilitudo hoc ſuadeat.

14 Secundum quam ſententiam † dubitare non conueniet, quin idē multo magis probandum ſit in his inſtrumentis, quæ cum ab alio, quam a litigantibus eſſent confecta, ab actore vel reo cum tali proteſtatione exhibentur, vt ſcilicet etiam in capitibus ſeparatis his inſtrumentis fidem accomodare poſſit, cum authent. *ad hæc, infra eodem titul. cap. cum olim. extr. de cenſib.* non diſtinguant. Sed mouet ſcrupulum, quod reus contra ſe nulla inſtrumenta edere cogatur, *l. fin. ſupra. de edend.* quodque certa ſit definitio, etiam illos, qui edere cogantur, non poſſe vlterius compelli, quam vt capita controuerſa ex rationibus, *l. argentarius. §. edi. ff. de edend.* vel priuilegio, aut ſimili documento, *cap. contingit. extra. de fid. inſtrum.* deſcribi patiantur, ita vt iudici quidem totum inſtrumentum offeratur, pars vero vlterius nihil deſiderare poſſit, quam copiam horum capitum. Vnde vt argumentatur Ioannes ab Imola, *in capit. cum G. perpetuus, extra. de fid. inſtrum. Felyn. in cap. cum venerabilis, num. 23 verſ. ſecundus eſt caſus.* aduerſarius nihil inde præſidii ſibi promittere poteſt, etiamſi, vt inferunt, dicat, *vt ego reproduco eandem ſcripturam, in quātum pro me facit.* Sed animaduertendum eſt, intereſſe inter hanc doctrinam, *capit. contingit, & l. argentarius, §. edi.* & traditionem ipſius Imolæ atque Felyni. Hi enim negant capita ſeparata eſſe edenda, atqui leges allegatæ, idem cum certa limitatione pronuntiant, ſi nihil ad controuerſiam propoſitam 15
faciant. Si igitur † pertineant ad inſtruendam cauſſam actoris aut rei, vt inde exceptionis, replicationis vel reconuentionis, aut ſimile ius fulcire poſſent, vtique edenda erunt. Accedit quod ipſe Felynus *in cap. contingit de fide inſtrum. num. 1.* in epiſtolis atque priuilegiis ſæpe clauſulas occurrere fateatur, quæ in fine vel principalem intētionem magnopere limitent aut reſtringant, ita vt tota edenda ſint, quod ante ipſum apertius tradidit Panormitan. *ibidem num. 2.* Quod cum ita ſe habeat, non animaduerto, quo pacto contraria Imolæ & Felyni ſententia admittenda ſit adhibita conſideratione ipſius Felyni *dict. cap. cum venerabilis, num. 23 verſ. tertius caſus eſt*, vbi ſecutus Anton. de Butr. & Alexand. ſtatuit hanc proteſtationem non prodeſſe in his, quæ edenda ſunt ex edicto prætoris, de qua re *in l. 1. & fin. infra de edend.* Vnde intelligimus, exceptiones & replicationes in hac cauſſa verſari, niſi ſequamur Ant. de Butr. *in cap. cum olim, extra. de cenſib. Iacob. de Butr. in l. nimis, ſupra. de teſtib. Alexan. Imol. in l. vnica. C. vt quæ deſunt aduoc. num. 10.* qui diſtinguunt intereſſe, an quis producat inſtrumentum, quod alias per ſe idoneam probationem non contineret, vt eſt priuata epiſtola aduerſarii, *dict. l. Publia. §. fin ff. depoſ.* hic enim talem proteſtationem, vt etiam exiſtimat Maſcardus *concluſ. 1154. num. 20.* prodeſſe. Neque obſtare, ſi aliter profiteatur ſe eandem ſcripturam reproducere in capitib. ſibi ſuffragantibus, vt hoc caſu non noceat regula, quod edere teneatur, quod ſi vero exhibeat inſtrumentum, quod per ſe contra producentem fidem impetrare poterat, hic aduerſariū recte proteſtari, ſe illud reproducere in partibus & membris, quæ ſuā intentionem adiuuent.

Colligendo itaque hāc † materiam, quæ 16
ſatis eſt per ſe diffuſa, diſtinguimus, an quis huiuſmodi proteſtationem interponat cōtra inſtrumenta ab aduerſario producta. Tunc enim poterit ſuffragari in his, quæ ſeparata ſunt, cum actus quid facientium vltra intentionem extendi non ſoleant, *l. non omnis. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* & proteſtatio cuiuſque animum declarare conſueuerit, *l. ſed etſi quis. §. plerique ff. de relig. & ſum. t. fun. l. Neſennius ff. de negot. geſt. l. 1. ff. de ſolut. ex-*

preſſim

Digitized by Google

preſsim Caſtren. hic num. 3. Pac. nu. 13. Nam in connexis non eſſe talem interpretationem admittendam iam antea inſinuauimus, & apparet ex l. Aurelius. §. idem quæſiit. ff. de liberat. legat. vbi Bartol. aliique doctores item ex illis quæ proſecuti ſumus in l. inſtrumenta, ſup. de probat. quod abſurdum ſit in his, partem amplecti, partem repudiare l. 1. §. ſi quis ſimpliciter & l. ſcire debemus. ff. de verb. oblig. l. in hoc iudicio. ff. famil. erciſcund. & quod quis commodum inde expectare nequeat, quod e diuerſo oppugnat, cap. ex eo quod quis oppugnauit, de reg. iur. in ſeparatis autem capitibus exiſtimarim quidem proteſtationem adminiculari, quod vtique probabilius videtur, ſi aduerſarius huiuſmodi proteſtationem ſua taciturnitate intelligatur confirmaſſe, ſecundum ſententiam Alberici in l. 1. §. editiones. ff. de edend. & aliorum, quos ſupra commemoraui. Sed ſi aliter contrariam proteſtationem interponat, hic ſecundum interpretationē Doctorum ſupra relatam prior proteſtatio eneruaretur, & quamuis nullum iuris adminiculum adferant, quo hanc ſuam allegationem confirmēt, poteſt in cauſam deduci, l. aut qui aliter. §. 1. ff. quod vi aut clam. item l. 1. ff. de liber. agnoſc. §. quemadmodum, item doctrina Bartoli in l. 1. num. 18. ſupra de litis conteſt. vbi copioſe de effectu cōtrariæ proteſtationis differit. Quod ſi vero tractetur de his inſtrumentis, quæ quis cum illa proteſtatione producit, tunc rurſum referre arbitramur, an tractetur de propriis, an aduerſarii, veluti epiſtolis vel ſcriptis ipſius, an deniq; perſonæ alienæ. Priori caſu non animaduerto, quod hæc proteſtatio quidquam largiri poſſit ſecundum ea, quæ ſupra diſſerui. Secundo caſu in capitibus connexis idem ſtatuo, quod priori defendendum exiſtimaui, cap. cum olim extra de cenſib. & cap. cum venerabilis, de exception. niſi iudex animaduerteret per malitiam id ab aduerſario factum eſſe, ſecundum ea, quæ comprehendimus in l. inſtrumenta, ſupra de probat. In ſeparatis autem puto proteſtationem quidem fructuoſam ad declarandum producentis animum, non tamen prohiberi iudicem, quin iuſtis rei coniecturis ſuadentibus ſcripturæ inniti poſſit, d. l. Publia. §. fin. ff. depoſit. l. Aurelius. §. idem quæſiit. ff. de liber. legat. c. cum olim. de cenſib. & c. cum venerabilis de except. & licet ibidem nulla mentio proteſtationis fiat, tamen non animaduerto, cur hæc imaginaria proteſtatio iudicis arbitrium impedire debeat, cuius ſit diſpicere quæ fides teſtibus aut inſtrumentis accommodari debeat, l. 3. §. eiuſdem. ff. de teſtibus l. cum prolatis. ff. de re iudic. leg. vbicunq;. ff. de interrog. in iur. fac. Tertio vero caſu non incolorate cum Caſtrenſi, Pacio & aliis ſupra allegatis eodem Caſtrenſi in l. Publia. §. fin. ff. depoſ. indiſtincte contendere poſſemus, inſtrumentum ex productione confirmatum non poſſe ex tali proteſtatione mutilari, d. cap. cum olim & d. cap. cum venerabilis, & arg. l. ſi quis teſtibus vſus ſit, ſupra de teſtib. quod hic ceſſent cauſſæ, quas in præcedenti caſu conſiderauimus, ſcilicet quod aduerſarius in epiſtola per malitiam quædam pro ſe adſpergere potuerit, & quod in ipſius poteſtate fuerit, antea deliberare, an expediret talis productio. Et ſane ſi ex interuallo talis proteſtatio interponatur, nullo modo ſuffragabitur, quod ius ſemel quæſitum auferre nequeat, l. 1 ff. de ſolut, & l. quāuis, ſupr. 1, de tranſactio. Felyn. in dict. cap. cum venerabil s, num. 23. verſic. quintus eſt caſus. Idemque dici poſſet, ſi aduerſarius hanc proteſtationē p contrariā ꝓteſtationē oppugnet, vel ſe illud ꝓducere affirmet, ſecundū ea, q̄ ſupra diximus, niſi quis ſecutus traditionē Imolæ, diſtinguat inter capita ſeparata, quæ quis edere nō teneatur, quia in cauſſa reconuentionis procedere poſſet ſecundū ea, q̄ ſcribit Decius in c. 1. extr. de prob. n. 42. & 43. vbi oſtēdit in cauſſa compenſationis & recōuentionis nō eſſe locum editioni quod vtique controuerſiam non habet in his inſtrumentis, quibus quis nullo modo vtitur. Quod ſi vero certā partem exhibeat, an & reliqua edēda ſint, conſuli poterunt Doctores in c. cōtingit. de fid. inſtrum. item c. cum perſona. de priuil. in 6. l. argentarius, §. edi. ff. de edē. Neq; dubitamus in hac re maiorem eſſe facultatem Iudicis pro inueſtiganda veritate ſecundū ea, quæ diſſerimus, in l. fi. ſupr. de eden. maxime ſi inſtrumēti capita omnia vltro ſint edita, d. l. Publia. §. fi. ſupr. de eden. Et hæc de præſenti materia ſufficiant. Si quis vero plura deſideret is adire poterit Maſcard, lib. 2. de prob. concluſ. 915. Iac. Menoch. lib. 2. præſumt. c. 45.

Quod ad præſentem vero legem attinet, repudiantē inſtrumēta fidem ſibi inuicem derogātia, ſtatuo illam ꝓcedere ſine vlla diſtinctione, q̄ inſtrumenta ꝓducantur, ꝓpria an aliēna. Nam ſi contrarietas † in iiſdem 17
deprehēdatur, nullā fidem impetrare poterūt, etiamſi talis ꝓteſtatio interpoſita ſit: cū hæc ꝓteſtatio iuris apertā definitionē, quæ reluctetur, infringere nequeat, c. ſolicitudinē

extra de appell. ita intelligo Caſtrenſem, *hic n. 3. Sichard.nu.1. Pacium num.13.*

18 Obſeruandum tamē eſt pro † dilucidiori huius materiæ interpretatione, diuerſitatem, de qua noſtra lex loquitur, nō vno modo cōſiderari. Etenim diuerſitas, vel in ſcriptura conſiſtere poteſt, vel in ſententia. In ſcriptura, quod idem inſtrumentum diuerſis exemplis expreſſum ſit, *Inſtit.de teſtamen. §.ſed & vnum.* quam partem huc nullo modo pertinentem omittimus. Alia igitur diuerſitas eſt, quam ex ſententia definimus, vel ex veritate manus, ſignorum aliiſque adiunctis. Cum diuerſitas in ſententia conſiſtit, tunc trimembris diſtinctio adhibenda eſt. Aut enim certum eſt vtramque veram eſſe poſſe, aut contra perſpicuum eſt, non eſſe locum conciliationi, aut tertio illud dubium eſt. Cum itaque notiſſima ſit iuris definitio, laborādum nobis eſſe, vt ea, quæ pugnantia prima facie videantur, conuenienti interpretatione ad concordiam reuocemus, *l. 2. §. contrarium, ſupr. de veter. iur. enucl. l. fin. ſupr. de edend. cap. cum expediat, de elect. in 6. cap. literas, de reſtit. ſpol. cap. cum tu fili, de teſtibus l. idem videndum. & l. illud. ff. de petit. hered. l. ſi vno. ff. locat. §. 1.* & id in prima ſpecie a nobis propoſita fieri poſſit: animaduertimus, illam ad legem noſtram non pertinere. Secundus vero caſus duplicem inſpectionem habet, vt ſcilicet quædam directe, & ex diametro pugnent, quædam vero ex poſitione, ſiue per obliquum. Directe pugnant illa, quæ ſunt contradictoria, veluti ſi vno inſtrumento cōprehendatur, quem condemnatū eſſe in tali cauſſa, & ab eodem iudice, alio vero ſignificetur, illum abſolutum eſſe: aut ſi commemoratio fiat, omnes proles alicuius impuberes deceſſiſſe, & alio documento contineatur, nōnullas poſt pubertatem defunctas eſſe. Hæc enim ſimul vera eſſe non poſſunt, *l. ſi is qui ducenta, 13. §. vtrum. ff. de reb. dub.* Obliqua repugnantia eſt, ſi quibuſdam in ſcriptis aſſeratur, quem primo die Martii fuiſſe Venetiis, & alio documento dicatur, quem eodem die Romæ egiſſe, *l. optimam. infra de contrahend. & commit. ſtipul c. ex tenore, extra de teſtib.* Sane hoc caſu, ſiue de directa, ſiue de indirecta contrarietate tractetur neutra ſcriptura rata eſſe poterit, *l. vbi repugnantia ff. de reg. iur. cap. imputari extra. de fid. inſtrum. vt etiam hoc loco declarat Bart. num. 4. Alberic. num. 5. Angel. num. 1. Salycet. num. 6. Fulgoſ. nu. 3. Caſtr. nu. 4. & 5. Pacius num. 14. Sichard. num. 1. Panorm. in c. imputari num. 1. Felyn. num. 1. & 6.* idemq; ſenſiſſe videtur Gloſſa, *in dict. ſcripturæ. item Odofred. atque Cynus.* quamuis exemplum cōſtituant in proprietario & vſufructuario, quod non tam recte ad præſentē materiam deflecti poteſt.

Tertio caſu, quādo ſcilicet illud dubium eſt, quod variis modis contingere poteſt, veluti ſi ſcriptum ſit, contractum fuiſſe inſtitutum Bononiæ, item Mutinæ: quamuis enim hoc itineris vno die confici poſſit, tamen illud veriſimile non eſt, & propterea ſi illud comprehendatur, vel vno, vel diuerſis inſtrumentis, videbuntur ad deciſionem huius legis reuocanda, niſi contrarium doceatur, quod ſcilicet quis tātum itineris eodem die emenſus ſit. Etſi enim Iudex conciliationi ſtudere debet, tamen illud intelligendum eſt de veriſimili concordia, vt relato huiuſmodi exemplo tradunt Baldus, *nu. 7. Salyc. n. 6. Gloſſ. in verb. ſcripturæ, Bart. nu. 4.* Aliud exemplum conſtitui poteſt, ſi vno & eodem die eundem fundum me emiſſe, & mihi donatum eſſe proponā, aut me emiſſe ſolum, & emiſſe cum vxore, *ita Gloſſa Bartol. num. 4. Odofred. num. 1. verſ. item adiecit Cynus hic num. 1.* qui tamen in vtroque exemplo non incommode diſtinguit, *Pacius num. 16.* Eadem cauſſa eſt, ſi priuilegium vnius Imperatoris cum maiori, & deinde cum minori ſigillo producatur, de qua re Alberic. *hic num. 2.* refert exemplum in rege Carolo, a quo cum illuſtris fœmina Comitatū peteret, ex conceſſione Imperatoris Friderici, & in hanc rem duo diplomata produxiſſet, quorum vnū maius eſſet, aliud minus: Guido de Suſaria neutri fidem adhibendam eſſe pronuntiauit, quod exemplum cōmendant hoc loci Caſtrenſ. *num. 4.* Pacius *nu. 18.* Huc referri poteſt diſſimilitudo, quæ in literis vel ſigno tabellionis deprehenditur, *argum. §. 7. Nouell. 73.* In hoc tamen caſu multum arbitrio iudicis tribuendum exiſtimarem, ſi hæc imago falſitatis aliis ex coniecturis obliterari poſſet, cum nihil prohibeat eundem Imperatorem duo ſigilla magnum & minus habere, *argum. cap. ſignificauit, 48. de appellat.* item vnum & eundem tabellionem ex cauſſa ſenectutis vel morbi aliter ſcribere quam olim ſolebat, *dict. Nouell. 73.*

Hæc regula nedum in perſona † actoris 19
procedit, ſed etiam rei, quamuis cōtrarium dicendum videbatur, quod rei plerumque fauorabiliores ſunt, *l. fauorabiliores. ff. de reg. iur.* &

Digitized by Google

iur. & pluribus defenſionibus vti non prohibeatur, *l. nemo ex his, 43. ff. de reg. iur. l. nemo, 5. ff. de except. cap. nullus pluribus, extra eod.* Sed illud conciliat natura probationis, quæ in contradictoriis conſiſtere non poteſt, *Bald. hic nu. 15. Salyc. num. 6. in fin. Sichard nu. 2. Pacius nu. 30. Panorm. in cap. imputari, Felyn. nu. 5.* qui ait ita omnes defendere contra Hoſtienſem & Goffredum.

20 Hanc noſtræ legis definitionẽ † ne dum in aliis, ſed etiam in ruſticis habere locum, cum ea moderatione, de qua poſtea exiſtimamus, idque defendit hoc loco Salyc. *n. 6.* Sichard. *nu. 4.* Bald. *nu. 14.* & ibidem Andr. Barbat. in addit. idemque ſentire credendi ſunt Alberic. & Caſtrenſ. dum hic *nu. 4.* ille *num. 2.* fœminæ perſonam nõ eſſe excipiendam in exemplo a nobis relato cõſtituunt, cuius cauſſam cum ruſticorum perſona, ſi de ſimplicitate tractetur, comparari videmus, *l. cum de indebito, ff. de probat.* Salyc. mouetur diuerſis rationibus. Prima, quod ex ſententia Andreæ repugnantia ſimplicitatis excuſationem non contineat, cum ipſa natura veritatem commendet, vt patet ex partitione ipſius naturæ, quando iuſtitiæ a Cicerone & aliis accepto refertur quo referri poſſunt, *l. præſcriptione, ſupr ſi contra ius, vel vtil. publ. item l. qui falſo. ff. de teſtib.* ignorantiam antem iuris naturalis iiſdem nõ patrocinari intelligimus ex *ex l. fi. ſupr de in ius voc.* Secundum Salyceti argumentum eſt, quod fides iudici ſemel facta reuocari nequeat, qua in re nihil allegat, ſed adduci poteſt, *c. præterea, extra. de teſtib. cogend. l. quamuis, ſupr. de tranſact. in ratione ſui.* Tertio, quod expediri non poſſit, quod inſtrumẽtum cui cedere debeat propter perplexitatem, *arg. l. ſi Titius. ff. de condit. inſtit.* Quarto, conſiderari poterit, *vt ait hic Pacius & Sichar.* doctrina Cyni *l. 1. ſupra de iur. & fact. ignorant.* ruſticis & mulieribus non ſuccurri, niſi in cauſſis quæ iure noſtro nominatim expreſſæ ſunt, *argum. l. fin. eod. tit.*

21 Diſſentit autem Iacobus de Rauenna *in explic. huius l.* qui exiſtimabat ruſticitati parcendũ eſſe, *l. 2. ſupra ſi quis in ius vocat non ier.* ipſe autẽ Cynus ſecutus Petrum de Belapert. diſtinguit *hic nu. 4.* intereſſe, an peritiores conſulere potuerint, an vero non potuerint, *l. 10. ff. de bon. poſſ. & l. 2. ff. quis ord. in bonor. poſſeſſ. ſer.* vt hic illis conſulatur, illic vero ad ius commune reuocentur: ſed non aperiunt, quo remedio illis ſubueniendum ſit, an tuti ſint ipſo iure, an vero aliud auxilium implorare debeant. Qua de cauſſa Iul. Pacius *hic nu. 31. & 32.* conſtituit, illis per reſtitutionem in integrum ſubueniẽdum ex generali clauſula, *l. ſed ſi per prætorem. §. fin. ff. ex quibus cauſ. mai. in integr. reſtit.* quæ ſententia meo iudicio ſpernenda non eſt, vt in cognitione verſetur, an ex malitia illud fecerit, an vero ex ſimplicitate. Quid enim, ſi ruſticus legere neſciuerit, ita vt facilius in errorem impelli potuerit, *authen. ſed nouo iure, ſupra, ſi cert. pet. & §. oportet Nouell. de inſtr. cautel. & fid.*

Quid ſi, repugnantia obſcuris verbis ſit inſinuata, ita vt facile imponere eidem potuerit? In his enim & ſimilibus caſibus, ſi peritiores conſulere non potuerint, vel conſulentes ab eiſdem decepti ſint, non iniuria iiſdem ſuccurrendum puto. Coronidis loco obſeruandum eſt, reſponſum legis noſtræ locum non habere in teſtibus ab vna parte productis, ſi quædam dixerint, quæ minus inter ſe cohæreant, Gloſſa hic in *verb. ſcriptura, Bart. num. 6. Albericus num. 5. Baldus num. 5. Odofred. num. 3. Cynus numer. 5. Ang. num. 2.* quod ceſſet ratio noſtræ legis, quod hic nõ æque prouidere potuerit, quid dicturi teſtes eſſent.

Lex in Exercendis, 15.

Svmmaria.

1 *In exercendis litibus eandem vim habere fidem inſtrumentorum quam depoſitiones teſtium.*

2 *Quomodo hac comparatio exaudienda ſit.*

3 *Si inter teſtes & inſtrumenta quadam repugnantia ſit, quibus potius ſit innitendum.*

4 *Longa diſtinctio Bartoli.*

5 *Si dubitetur cuius manu inſtrumentum ſcriptum ſit, ſolum tabellionem manum ſuam agnoſcentem hanc controuerſiam dirimere poſſe.*

6 *Inſtrumento ſi nihil ſit quod repugnet, ſtandum eſſe.*

7 *Si omnes teſtes in ipſo inſtrumento deſcripti aduerſentur inſtrumento, corruet eius auctoritas.*

8 *Si ex ſolemni numero vnus duntaxat reclamet, adhuc inſtrumentum corruere, ſecundum receptam Doctorum opinionem.*

9 *Animaduerſio auctoris in hanc ſententiam, & explicata l. 1. §. 1. ff. teſtam. quemad. aper.*

10 *Nullum audiendum eſſe contra fidem ſubſcriptionis ſuæ.*

11 *Abſurdiſſimum videri ſi vno teſte corrupto, aliorum fides & auctoritas inſtrumenti publici periclitetur.*

12 *Diuerſa ſunt non adhibere ſolemnem numerum ab initio, aut illos adhibere quamuis vnus aut alter ex poſtfacto vacillet.*

13 *Quid obtineat ſi vnus ex teſtibus ſuum ſigillum ſe neget agnoſcere.*

Digitized by Google

14 *Quamuis ad labefactandam fidem inſtrumenti ſufficiat quod vnus ex teſtibus alibi fuerit, non tamen eidem credi, niſi per alios teſtes doceat ſe tota illa die diuerſo in loco fuiſſe.*

15 *Teſtis ſupernumerarius teſtamentum impugnans, illud vacillare non facit.*

16 *Quid ſi adſcriptus inſtrumento ſe alibi fuiſſe probet.*

17 *Quid obtineat ſi plures teſtes ſupernumerarii repugnent.*

18 *Si inſtrumentum nullum aliud adminiculũ habeat, tunc duo teſtes qui contrarium deponant praeferendi ſunt, & quid in his requiratur.*

19 *Si inſtrumentum ex depoſitione teſtium aliquid ſubſidii habeat ad infirmationem ipſius, plures quam duos teſtes deſiderari.*

20 *An tres teſtes vincant inſtrumentum publicum, duntaxat vnius teſtimonio confirmatum.*

21 *Quid obtineat ſi tabellio cum vno teſte inſtrumentum confirmet, an tunc ad infirmandum inſtrumentum ad minus quatuor neceſſarii ſint.*

22 *Tres teſtes etiam hoc caſu ſufficere & quare.*

23 *Si ex ſolemni numero teſtium in nuncupatiuo teſtamento quis contradicat, an illud ex eo periclitetur.*

24 *Sententia Fulgoſii vnius contradictionem non nocere.*

25 *Diſtinctio Baldi.*

26 *Quid obtineat ſi vnus ex duobus teſtibus inſtrumentariis contradicat, cum alter cum tabellione id confirmet.*

27 *Tabellionem in teſtamento vicem vnius teſtis ſuſtinere.*

28 *Quid obtineat ſi vnus ſe abfuiſſe dicat, cum illud per alios docere nequeat.*

29 *Inſtrumentum ex eo labefactari non poteſt, quod vnus ex teſtibus ſe recordari neget.*

30 *Ut duo teſtes qui tamen inſtrumento non ſint inſcripti, illud contrario teſtimonio infringere poſſint, quae requirantur.*

31 *An neceſſarium ſit vt de toto inſtrumenti tenore deponant.*

32 *Diſtinctio auctoris intereſſe, quid in diſceptationem venerit, an totum inſtrumentum an certa ipſius pars.*

33 *Duos teſtes contra inſtrumentum deponentes ita demum audiendos, ſi nihil concurrat quod publici teſtamenti fidem commendet.*

34 *Ex numero teſtium qui inſtrumento ſuffragentur, augendus erit numerus oppugnantium, & quomodo hoc intelligendum.*

35 *In facto antiquo magis eſſe innitendum inſtrmento quam aſſeuerationi teſtium.*

36 *In diſpoſitionibus quae ſcripturam requirunt, contraria depoſitio teſtium non admittitur.*

37 *Conſilium auctoris, vt ad ſuperandam teſtium malitiam illos curemus ſubſcribere.*

HÆc conſtitutio paucis verbis concepta
tractatum habet cum frequentem, tum
etiam multis atque perplexis quæſtionibus
1 impeditum, in exercendis † litibus eandem
vim habere tam fidem inſtrumentorum,
quam depoſitiones teſtiũ. Senſus legis eſt,
ad veritatẽ rei geſtæ illuſtrandã æque conferre
inſtrumenta, vt depoſitiones teſtium.
Quæ comparatio eo pertinet, vt † quemad- 2
modum teſtes in ſolemni numero id aſſerentes
plenam fidem conſtituunt, *§. fin. Inſtit. de teſtam. & l. vbi numerus. ff. de teſtibus. l. ob carmen. §. ſi. eod. tit.* modo cũ iureiurandi religione, & alia conuenienti obſeruatione deponant. *l. iuriſiurandi, ſupra de teſtibus*, ita quoque inſtrumenta auctoritatem, quæ in probatione requiratur, obtineant, ſi ad legibus definitam diligentiam reuocata ſint, *c. 2. extr. de fid. inſtrum. l. hac conſultiſſima, infr. qui teſtam fac. poſſ.* Diximus, *ſolemni numero*, quod ſi is non interuenerit, vel obſeruatio legibus prodita, plena fides iiſdem accommodari nequeat, *d. l. iuriſiurandi, in fin. ſupr. de teſtibus*, quod & ipſum quoque in inſtrumentis accidere ſolet, ſi priuata ſint, *l. inſtrumenta, & l rationes, ſupra. de fid. inſtrum.* item publicis ſi ad diligentiam legibus inſinuatam non exigantur, vt videre licet, *in prælud. huius tit.* Obtinent tamen vim ſuam, ſi cum aliis adminiculis fidem conſtituere poſſint, vt de teſtibus quoque dictum eſt, *l. in bona fidei. ſupra de reb. cred. & iureiur.*

Porro ſi inter teſtes & inſtrumẽta aliquid 3
diſſidii deprehendatur, hæſitari ſolet, *an teſtibus, an potius inſtrumenti verbis innitendum ſit.* Qua in diſceptatione, cum materiam late ſe fundentem habeat, ſequemur veſtigia Bartoli, quid nobis in ipſius expoſitione ꝓbetur, quid contra diſpliceat, ſuo loco explicaturi.
Nonnunquam, ait idem † Bartolus, 4
reuocatur in dubium, vtrum inſtrumentum
ſcriptum ſit manu ipſius tabellionis, hanc
quæſtionem ſolus notarius † agnoſcendo 5
manum ſuam dirimere poteſt, *l. ſi quis decurio, infra ad l. Cor. de falſ. Bartol. hic n. 1. Cyn. n. 1.* referens ſententiam Iacobi de Arena. *verſ. Iacobus autem de Arena putat. Alexand. l. 2. § ſi abſens num. 11. ff. ſi ex noxal. cauſ. agat. Maſcard. concluſ. 1099. num. 1. Ioan. Faber. inſtit. de inutil. ſtipul. §. item verbor. num. 21. Angel. num. 11.* Sed hoc intelligo eo caſu procedere, quo aduerſarius firmiores probationes in contrarium adferre nequeat, ſiue directe, ſiue indirecte illud fiat. Quandoque ait idem
Bartol. in diſquiſitionem † veritas eorum, 6
quæ inſtrumento ſcripta ſunt, reuocatur. Et quidem ſi nihil, quod inſtrumenti fidem infirmet, probetur, eidem ſtandum erit, *l. cum precibus ſupra de probat. ita Bartol. hic, Gloſſ. & omnes Doctores in d. l precibus, a me relati, Menoch. lib. 1. q. 90. nu. 15. Maſcard. d concluſ. 1099. nu. 1. & ſeq.* Quod ſi vero teſtes impugnent inſtru-

inſtrumentum, tunc intereſſe, an omnes, qui in ipſo inſtrumento deſcripti ſunt, id faciant, an pauciores. Sin omnes, † corruet
7 ipſius documenti auctoritas, *capit. tertio loco. extra. de probat. & cap. tam ex literis. in fin. de teſtibus*, & quod vt etiam in præfatione admonuimus inſtrumentum ex teſtium fide confirmetur, *Nouell. de Tabell. in princip. Nouell. de inſtrument. cautel. & fid. §. ſed et ſi inſtrumenta, Nouell. 1. §. ſancimus.* Deficientibus igitur teſtibus, conuelli inſtrumentum quoque neceſſe eſt, *l. egi. ff. de except. rei iudic. ita Bart. hic numer. 3. & ſequent. Cyn. num. 1. Salyc. numer. 5. Fulgoſ. num. 2. Bald. num. 7. & 12. Angel. num. 2. Caſtrenſ. num. 4. Pacius num. 17. Sichard. num. 10. Gloſſa in l. 1. §. fin. ff. de teſtamen. quemadmodum aper. in verb. ſuſpecta fient, & ibidem Bart. num. 7. Cuman. num. 3. & 4. Ioan. ab Imol. num. 4. Alberic. l. cum precibus. nu. 3. ſupra de probat. Odofred. ibidem num. 4. Innocent. in cap. cum Ioannes, verſ. nos dicimus, Felyn. ibidem num. 41. Panormitan. num 14. Iacob. Menoch. libro ſecundo arbit. quæſt. caſ. 105. nu. 9. Didac. Couarru. variar. reſolut. cap. 11. nu. 10. lib. 2. idem Couar. pract. quæſtio. cap. 20. num. 6. verſ. prima concluſio, Zaſius ſing. reſponſ. libr. 2. cap. 23. num. 11. & ſeq. Ioan. Faber. dict. §. item verborum. num. 12. Ang. num. 11.*

Sin autem pauciores reclament, forte ex
8 ſolemni numero vnus, etiam hoc † caſu inſtrumenti cauſſam ita vacillare, vt eidem fides non accommodetur, auctor eſt idem Bartol. *hic num 7. argum. l. 1. §. fin. ff. quemad. teſtam. aper.* idemq; defendunt Cynus, *verſ. ſi contradicit teſtis inſertus, Baldus num. 7. & 12. Angel. nu. 2. verſ. ſi ille teſtis. vbi tamē vitium eſt in Veneta impreſſione, Caſtrenſ. num. 4. verſ. aut vnus tantum Pacius hic numer. 17. Sichard. num. 10. Felyn. d. cap. cum Ioannes, extra. de fide inſtrum. poſt Calderin. Anton. de Butr. Specul. Imol* contendens hanc opinionem cōmunem eſſe, *Specul. de inſtrum. edit. §. reſtat. nu. 5. Maſcard libr. 1. de probat. quæſt. 6. nu. 43. Abbas d. c. cum Ioannes nu. 14. Zaſius ſing. reſponſ. lib. 2. cap. 23. nu. 11. Didac. Couar. reſolut. libr. 2. cap. 13. nu. 11. verſ. ſecunda concluſio, Iacob. Menoch. arbitr. quæſt. libr. 2. caſ. 105. num. 13. Boer. quæſt. 118. nu. 6. Afflict. deciſ. Neapol. 166. nu. 5. Alex. lib. 3. conſ. 17. num. 14. circa fin. Burſat. conſ. 33 lib. 1. nu. 15. Panci rol conſ. 140. n. 8. Pariſ. conſ. 162. nu. 24. lib. 4. Vaſq. de ſucceſſ. reſol. lib. 1. §. 8. num. 25. Azo in ſua ſumma, Ioan. Faber in §. item verborum, Inſtit. de inutil. ſtipul. Corn. conſil. 232. n. 1. lib. 1. Andr. Tiraq. in tractat. de præſcript. §. 1. gloſſ. 4. verſ. 38. Alberic. in l. cum precibus, ſupra. de probat. num. 3. Odofred. nu. 4. Angel. in §. item verborum. Inſtit. de inutil. ſtip. nu. 11. Scheiduuin. ibidem nu. 11. Ioan. Faber nu. 12. Ioan ab Imol. cap. cum Ioannes, verſ. ſecundo caſu.*

Quamuis itaque, vt cernere † licet, tot 9
numero Doctores hanc ſententiam defendant, tamē cum illa ſatis dura eſſe videatur, exiſtimaui me non abs re facturum eſſe, ſi accuratius in eius veritatem & merita inquirerem. Nituntur omnes hi interpretes vnico argumento, *l. 1. ff. teſtamen. quemad. aper §. fin.* qui ita conceptus eſt: *Si quis neget ſigillum ſuum agnoſcere, non ideo quidem minus aperiuntur tabulæ, ſed alias ſuſpectæ fiunt*: deinde colorata illa allegatione quod cum defectus vnius teſtis teſtamentum irritum conſtituat, *l. ſi vnus. infra. de teſtibus*, multo magis id impetrare apertam illius contradictionem, *argum. l. ſi quando ſupr. de teſtib.* Sed obſeruandum eſt, non ex ſola contradictione teſtis tabulas in ſuſpicionē vocari, ſed ex eo, quod negat ſe ſigillum ſuum agnoſcere, ita, vt euidentia rei, quæ omnē probationis ſpeciem ſuperare ſolet, *cap. euidentiam, extra de accuſat. §. fin. Inſtit de grad. cognat. cap. fraternitatis, extra de frigid. & malef. l. vnde Neratius. §. fin. ff. ad leg. Aquil. l. ea, quæ commendandi, 43. §. 1. ff. de contrah. emt.* cum ipſius aſſertione concurrat. Etenim ſi verū ipſius ſigillum proferatur comparatione facta, facile conſtabit, an ſignum ipſius ſit, an non ſit. Non mirum itaque videri debet, ſi cum falſitas in vna re commiſſa ſit, totum inſtrumentum ſuſpectum reddatur, *l. creditor, infra ad legem Corn. de falſ. Bart. in l. ſi ex falſ. ſupra de tranſact. & infiniti Doctores, quos refert Anton. Gabriel commun. concluſ. l b. 7. concluſ. 3. nu. 2.* Pro euidentiori itaq; huius materiæ intellectu, putarim nonnullos caſus conſtituendos: Intereſſe an is, qui inſtrumentum ſuo teſtimonio oppugnat, ſubſcripſerit ſeſe inſtrumēto, vel ſignauerit. vt in teſtamentis ſcriptis fieri ſolet, *l. hac conſultiſſima, infra de teſtament. § ſed cum paulatim Inſtit. eod. tit.* item in contractibus qui ſcripturam requirunt, de quibus, *l. contractus, hoc titul.* In his enim & ſimilibus
caſibus, ſi agnoſcat † manum vel ſigillum 10
ſuum, non animaduerto, quo pacto audiendus ſit, ſi contra fidem proprii ſigilli & contra tot teſtes quid confirmet, *l. eos, ff. ad leg. Cornel. de falſ. l. cum precibus, ſupra de probat. l. generaliter. infra de numer. pecun.* niſi doceat ſignum furtiuum eſſe, *d. cap. 3. de prob.* vel ſe ſubſcribentem deceptum eſſe, *l. 1. & toto tit.*

Digitized by Google

plus valere quod agitur, quam quod ſimul. concip. quod ſane refragantibus ſex teſtibus, & auctoritate publicæ ſcripturę, ipſi difficile erit, *Imol. in dict. l. fin. ff. teſtamen. quemadmodum aper. num. 4. & 5. poſt Gloſſam & Dynum in hanc ſententiam allegatos, item Bartol. ibidem numer. 1. argument. l. ne ſatiſdatio. ff. rem ratam haberi, item l. tribunus, §. primo, Raphael. Cuman. ibidem num. 1. Capitius deciſ. 192. ff. de falſ. Menoch. lib. 2. arbitr. quæſt. caſ. 105. num. 23.* Accedit quod nihil prohibeat, ex tot numero teſtibus vnum corrumpi, qui neget facta eſſe, quæ tamen reuera interuenerant, *l. teſtium,*
11 *ſupra de teſtibus,* vt ſane † abſurdiſſimum videatur, ſi propter inconſtantiam, vel perfidiam vnius, auctoritas publici inſtrumenti, & tot teſtium periclitetur, cum ab interpretibus noſtris recepta ſit illa definitio, ex aſſertione eius, qui variet, priorem ſpectandam eſſe, *Gloſſa in cap. cum in tua, circa fi. extra de teſtib. Abbas ibid. n. 9. Felin. n. 4. Alciat. reg. 2. præſumt. 29. n. 6. Couarr. var. reſol. lib. 2. c. 13. n. 8. Clarus libr. ſent. 5. quæſt. 53. §. fin. Menochius arbitr. quæſt. libro ſecundo, caſ. 108. numer. decimo, Myſingerus centur. 2. obſeru. 86. cap. ſicut nobis, extra de teſtam.* maxime ſi prima teſtimonio ſcripto nitatur, *Aretin. capit. cum in tua, de teſtibus, numer. 35. & ibidem Decius, numer. 43. Menochius arbitr. quæſt. libr. 2. caſ. 108. num. 75. Gabriel. libr. 7. concluſ. 31. num. 11. Farinac. in tract. de teſtibus, quæſt. 66 num. 123.* quod ſemper ſubſit ſubornationis timor. Et hoc modo primo argumento ſatisfactum ſit. Non mutant, quæ ſecundo de diminutione numeri ſolẽnis adducta ſunt. Diuerſa
12 .n. ſtatuimus eſſe nõ adhibere ſolemnem † numerũ teſtiũ, q̃ ſi ex poſtfacto vacillet, vel vitii aliquid inceſſat, vt apparet ex *l. 1. infr. de teſt. §. ſed et ſi quis. Inſtit. eo. tit.* cũ teſtator diuinare nõ potuerit, quales ſe teſtes inſequenti tempore præbituri eſſent, *l. ad teſtium, 22. §. conditionem. ff. de teſtam.* Vnde fatendũ eſt, ſeparatam eſſe cauſſam teſtamenti debita ſolemnitate deſtituti, quod plane nullum cenſeri debeat, *vt l. ex imperfecto, & dict. leg. ſi vnus ff. de teſtament.* vt etiam animaduertit Menochius *d. c. 105. libr. 2. arb. t. quæſt. nu. 17.* Socinum in hoc reprehendẽs, & illud quod ex poſtfacto in aliquam ſuſpicionem vocari poſſit. Hoc. n. interim habet ſuos affectus, vt conſtat ex *l. fin. de edict. D. Adrian. toll. Viglius Inſtit. de teſtam. §. ſed cum aliquis, num. 8. & ſeq.* vbi eleganter errorem noſtrorum interpretum in ſimili quæſtione refellit.

13 Secundus autem eſt caſus, cum † quidam ex teſtibus literis impreſſum ſigillum ſuum eſſe negat: tunc enim ſuſpectæ tabulæ redduntur, id eſt, in ea cauſſa verſantur, vt niſi aliæ coniecturæ fidem tabularum inſtruãt, eædem periclitentur. Coniecturæ autem hæ eſſe poſſunt, ſi in iiſdem tabulis ſubſcriptio ipſius deprehendatur. Vnde nõ inconſiderate Iuriſconſultus illas nihilominus aperiri debere pronuntiat, *dict. leg. 1. §. fin. ff. teſtam. quemadmodum aper.* Quod ſi ſubſcriptionem etiã alienam eſſe appareat ex cõparatione aliaq; cauſſa, hic non dubitarim, veriſſimam eſſe Doctorum noſtrorum ſententiam, exiſtimantium, ex contradictione huius teſtis totum inſtrumentum labefactari poſſe: qui tamen in eo meo iudicio peccare videntur, quod huiuſmodi aut ſimilia adminicula non requirant. Confirmari † hæc 14
concluſio ex eo poterit, quod quamuis iiſdẽ Doctoribus probata ſit illa definitio, ex eo inſtrumentum infringi poſſe, quod vnus ex teſtibus, qui inſtrumento adſcriptus erat, eodem tempore alibi fuiſſe proponatur, *Bartol. hic num. 7. Salyc. nu. 5. Angel. n. 2. Caſtrenſ. num. 4. verſic. aut vnus tantum hoc dicit, Guid. Panciro. conſil. 140. numero 8. Socin. conſil. 171. ſecund. part. Alberic. in l. cum precibus. ſupra, de prob. nu. 3. verſ. aliorum opinio, Felin. d. cap. cum Ioannes, nu. 50. Abbas nu. 13.* tamen fateantur idem Abbas, Felinus, Salycetus, huiuſmodi teſtem ad minus, per alios duos probare debere, allegationi ſuæ fidem conſtare, idque etiam conuincere videtur, *l. optimam, infra de contrah. & commit. ſtipul. c. ex tenore, extra de teſtib.*

Tertius eſt caſus, ſi is, qui † inſtrumentũ 15
impugnat, vltra ſolemnem numerum adhibitus ſit, puta ſi octauus ſit teſtis in teſtamẽto, vel tertius in alio inſtrumento publico. Eius enim dicta inſtrumenti fidem & aliorũ teſtium non extenuabunt, quod ſcilicet eo ſubducto integer numerus, quo aliquid probari debeat, ſuperſit, & contradictio vnius plenam probationem labefactare nequeat, *l. ob carmen. §. fin. ff. de teſtib. l. iuriſiurandi. ſecundo & tertio reſponſo, ſupra de teſtibus, ita Cynus hic num. 1. verſic. ſi contradicit teſtis inſertus, Bartol. num. 7. Bald. num. 7. Angel. nu. 2. Salyc. num. 5. Fulg. num. 2. verſic. vbi autem vnus, Pacius hic num. 17. Sichard. num. 10. verſi. ſed pro rei euidentia, Caſtrenſ. nu. 4. Alber. in l. cum precib. ſupra de probat. num. 3. Baſſius in tractat. criminal. titul. de falſ. num. 39. Iacob. Meno. arb. quæſt. lib. 2. caſ. 105. num. 11. Zaſ. ſingul. reſponſ. lib. 2. cap. 23. num. 12. Maſcard. qu. 6. lib. 1. de prob.*

Digitized by Google

de probat. nu. 44. Abbas in capit. cum Ioannes, num. 14. Felyn. nu. 48. Obſeruandum tamen hoc loco eſt, illud procedere, ſi teſtis eius cõtrarium, quod alii depoſuerũt, profiteatur:
16 quod ſi vero adſcriptus inſtrumento † contendat, ſe alibi eodem tempore fuiſſe, idque per alios doceat, nõ animaduerto, quomodo illud inſtrumentum defendere velimus, admiſſa ſententia illorum, qui contendunt, quod quotiens ex inſtrumẽto aliquid falſum eſt, id totum falſum intelligatur, vt ſupra inſinuauimus, *argum. l. 2. ff. ad leg. Cornel. de falſ. & cap. quanto. ext r. de his, quæ fiunt*
17 *a prælat. c. ſi ad ſacras, diſtinct. 9.* Quod ſi † plures ſint ſuper numerarii teſtes, hoc caſu ſuſpectum teſtamentum reddi cõtendit Bart. *hic nu. 8. Salyc. n. 5. Fulgoſ. num. 2. Bald. num. 7. Angel. num. 2. verſ. aut contradicunt. Caſtrenſ. numer. 4. verſ. aut duo. Sichard. numer. 10. Pacius num. 17. Zaſ. dict. libro ſecundo, cap. 23. num. 12. Crauetta conſil. 56. num. 2. Boer. quæſtio. 118. numer. 19. Boſſius in tractat. crimin. titul. de falſ. num. 34. Innocent. in cap. cum Ioannes. verſ. nos dicimus Felynus, ibidem numer. 46. Abbas numer. 13. & 14.*

Sed animaduertendum eſt, diſtinguendum eſſe, referre, an hi duo teſtes deponãt, rem ſub ſua præſentia aliter geſtam eſſe, aut ſe tunc temporis non inte fuiſſe, vt hæc aſſertio inſtrumento non præiudicet, illa vero vacillandi cauſſam præbeat: ita improbata opinione Bartoli ſentire videntur Socin. *conſil. 28. Crauetta conſil. 56. num. 17. Miſcardus quæſt. ſexta, n. 47. Bald. hic nu. 7. Angel. numero ſecundo, Abbas numer. 13. poſt Innocent. & Anton. de Butrio.* Bartoli tamen opinionem defendit Felynus *dict. cap t. cum Ioannes, numer. 49. Menochius dict. caſ. 105. nu. 9.* quamuis enim ex eo, quod affirmant, ſe non adfuiſſe, ſingulares videantur, tamen in cauſſa ſui dicti eoſdem conſentire. Quidquid ſit, ego tutius eſſe exiſtimo, vt ſuam abſentiam per alios probent, *dicta lege optimam. infra. de contrah. & commit. ſtip. & cap. ex tenore. extra de teſtibus.* Hæc obtinent ſi inſtrumẽto nul-
18 lum aliud adminiculum † ex depoſitione aliorum teſtium accedat, forte quod ab hac luce ſubtracti ſunt. Videtur tamen, cum hoc caſu inſtrumentum publicum plenam probationem contineat, *capit. ſecundo, extra de fide inſtrumen.* requiri, vt teſtes ſint omni exceptione maiores, Iaſon *conſil. 124. colum. ſecunda, verſ. ſed & iſtud. Capoll conſil. 21. num. 5. Bald. conſil. 37. libro primo, Burſat conſil. 33. numer. octauo.* Et quamuis hãc obſeruationem ex eo non neceſſariam eſſe commemoret, Iacobus Menochius *dict. caſ. 105.* poſt Crauettam & Corneũ ab eodem relatos, quod qui teſtes in inſtrumentis adhibet, eorum perſonam probare intelligatur, tamen hæc traditio ſatis ambigua eſt, vt oſtendimus, *l. ſi quis teſtibus, ſupra de teſtibus, & l. etiam, eodem titul.* Præterea requirunt, vt concludentem rationem ſuæ aſſertionis complectantur, nimirum aliud actum eſſe, quam inſtrumento adſcriptum ſit, idque teſtes recte intellexiſſe, *ita Curtius ſenior, conſil. 25. numer. 20. Burſatus conſil. 33. numer. 11. Abbas in capit. tertio loco, numero ſeptimo, de probation. Alexand. conſil. 33. numer. 8. libro tertio, Baldus in leg. presbyteri. Cod. de epiſcop. & cleric. Felyn. in capit. cum Ioannes num. 42.* vbi ait hanc rationem reddendam eſſe, etiam a non interrogatis, *Iacobus Menochius dict. caſu 105. numer. 4.*

Exigunt præterea, quod conſtat eos, qui in inſtrumento deſignati ſint, eoſdem eſſe cum illis, qui iam ad teſtimoniũ adſpirant, *Boer. deciſ. 118. num. 8. Alexand. conſil. 93. numer. 7. volum. 5. Decius conſil. 101. num. 2. Felyn. dict. capit. cum Ioannes num. 44 in fin. Menochius dict. caſ. 105. num. 4. Burſatus conſil. 33. nu. 12. Crauetta conſ. 56. num. 7.*

Sin autem inſtrumentum ex † depoſi- 19
tione teſtium aliquid ſubſidii haberet, hic diuerſum probandum eſſe conſtituunt Bartol. *num. 8. Baldus num. 7. Salycetus numer. 5. & 6. Fulgoſ. num. 2. & 3. Caſtrenſ. nu. 4. Sichar. num. 10. Pacius num. 20. Zaſius num. 11. verſ. ſecundo fallit. Natta conſil. 315. num. 15. Burſat. conſil. 33. num. 15. Innocent. in cap. cum Ioannes, verſ. nos dicimus, Felyn. ibidem num. 43. Abbas num 13. Miſcard. dict. quæſt. 6. numer. 47. Boer. quæſt. 118. num. 15. Crauetta conſil. 36. numer. 16. Didac. Couarru. var. reſolut. lib. 2. cap. 13. nu. 11. Boſſius in tract. criminal. tit. de falſ. num. 32. Alexand. conſ. 93. libr. 5. num. 12. Iacobus Menochius arbit. quæſt. libr. 2. caſ. 105. num. 27.* Vnde ſi duo teſtes inſtrumentum oppugnent, e diuerſo autem duo adiuuent, inſtrumenti fides præferenda erit, idque colligitur ex cap. *cum Ioannes, extra de fid. inſtrument.* deinde ex generali doctrina, *l. iuriſiurandi. infra de teſtibus, l. ob carmen. §. final ff. eodem tit. cap. noſtra. extra eodem. cap. licet, de probat. verſ. ex præmiſſis*, imperfectam probationem illam, quæ plena ſit, labefactare non poſſe. Hinc etiam ſi vnus teſtis duntaxat ſcripturam inſtrumenti confirmaret, duo autem oppugnarent, credendum erit potius inſtrumen-

Digitized by Google

to, quam his duobus teſtibus, *arg. d. cap. cum Ioannes, verſ. tabellionem, de fid. inſtrum. vbi Imola verſ. ſin autem alius teſtis, Alex. lib. 5. conſi. 93. n. 12. Crauetta conſil. 56. n. 15. Didac. Couuar. var. reſol. lib. 2. c. 13. n. 11. Philip. Decius conſi. 101. n. 2. Maſcard. q. 6. n. 67.* quod tamen intelligo, ſi ſupernumerarii ſint, de qua facti ſpecie adhuc loquimur: forte quod alter ex duobus teſtibus aut abſens aut mortuus erat, & ita ſcipſum, *dict. cap. 13 numer. 11. circa fin.* declarat Didac. Couarr. *verſicul. ſecunda concluſio*, vbi auctor eſt, duos teſtes in inſtrumẽto deſcriptos, ſubuertere inſtrumenti fidem vnius duntaxat viuæ vocis adminiculo ſubnixam. Plane ſi quis contra huiusmodi in-
20 ſtrumentum, quod † ab vno ſolum adiuuetur tres teſtes producat, hic idem probandum ſtatueremus, quod in priori ſpecie diximus, cum nullus teſtis ſuffragatur, vt duo teſtes inſtrumenti auctoritatem vincant, ſi modo illæ conditiones concurrant, de quibus ſupra mentionem fecimus, & per conſequens hi tres teſtes ſcripturam vnius confirmatione duntaxat fulfultam, *ita Didacus. Couarr. var. reſolu. lib. 2. cap. 13. num. 11.* qui oſtendit non reluctari definitionem, *dict. cap. cum Ioannes, de fid. inſtru.* vbi quatuor teſtes contrarii interueniſſe proponuntur. Etenim hoc intelligendum eſt caſu accidiſſe. Nec mutare auctoritatem Gloſſæ, *in capit. tertio loco.* item in hac noſtra lege in exercendis, quæ exiſtimat ad improbationem publici inſtrumenti tres aut quatuor teſtes requiri. Etenim ea Gloſſa, vt ait, communi calculo damnata eſt, illamque etiam repudiant Bartolus, *hic numer. 8. Bald. nume. 7. Alberic. in princip. Salycet. nu. 5. Fulgoſ. num. 2. Angel. numer. 2. Caſtrenſ. numer. 4. Zaſ. ſingul. reſponſ. libr. 2. numer. 11. Menoch. dict. caſu 103. libr. 2. arbit. quæſtion. num. 15. Ioann. ab Imol. in leg. 1. ff. quemadmod. teſtament. aper. §. fin. nume. 11. Raph. Cuman. ibidem nu. 6. & 7.* Cuius rei illa ratio conſiderari poteſt, quod teſtes iurati deponant, *leg. iuriſiurandi, ſupra de iureiur.* & iudicis diligentia ibidem plurimum poſſit, *leg. 3. §. eiuſdem, ff. de teſtib.* Deinde quod hæc probatio, quæ ex inſtrumento naſcatur ſit probatio præſumptiua propter auctoritatem tabellionis, *cap. quoniam, extra de probat. cap. 2. extra de fid. inſtr.* Probatio autem, quæ per teſtes impleatur, ſit vera probatio, quæ per ſenſum corporeum confirmari debeat, *leg. teſtium, ſupra de teſtibus*, vbi de hac re late diſſerui-us.

Sed quid iuris erit † ſi tabellio ſuum in- 21
ſtrumentum iuratus cum alio teſte corroboret, an ad repellendum tale inſtrumentum & tabellionis depoſitionem, ſaltẽ quatuor teſtes requirantur? Tot numero deſiderari innuit, *dict. capit. cum Ioannes, item Gloſſa hic in verb. in exercendis, Gloſſa in §. item verborum conceptio, Inſtit. de inutil. ſtipulat. & Gloſſa in dict. cap. in exercendis.* Contrarium
tamen † reſpondent Abbas, *in dict. cap. cum* 22
Ioannes num. 13. & 14. Felin. numer. 43. Didac. Couarru. var. reſolut. lib. 2. capit. 13. numer. 11. Boer. dict. quæſt. 158. num. 8. & 10. Maſuer. in ſua prax. tit. de literis notis, verſ. modo iſti teſtes, Angel. l. 2 ff. de teſtamen. quemad. aper. §. diem autem, num. 4. Ratio eſt, quod dum cõſtituimus inſtrumentum publicum tantũ poſſe, quantum duos teſtes, id fiat propter auctoritatem ipſius notarii, *capit. quoniam, extra de probat.* vnde ſi teſtimonium ipſius ſeparatim cenſere vellemus, idem bis ſumeretur, vt in facetiis, dum ſtudioſus recens logices præceptis imbutus, patri per duplicem ſupputationem perſuadere conatur, quod tria oua quinque colligerent, *in cap. autem cum Ioannes*, non neceſſaria, ſed incidenter quatuor teſtes contra inſtrumentum depoſuiſſe commemorant, vt & ſupra de ea re mentionem feci.

Quartus eſt caſus, quod ſi vnus † ex ſolemni 23
numero contradiceret, qui neque ſubſcripſiſſe, neque ſignaſſe teſtamẽtum, aut aliud inſtrumentum publicum proponeretur, an tunc ex huiuſmodi oppugnatione vacillet teſtamentum publica manu confectum? Illud periclitari cõſtituunt Cynus. Bart. Bald. Ang. & omnes alii Doctores ſupra a nobis relati, adeo vt vix vnus aut alter inueniatur, qui contrarium aperte defendat, *vt Fulgoſ. conſ. 79. quidam nomine Britinus, verſ. alterius vero teſtis. Iaſon. conſil. 124. colum. 3. idem Iaſon. conſil. 13. colum. 2. verſ. ſed præmiſſis, & conſil. 137. num. 7. lib. 4.* quorum hic auctor eſt, quod ſi duo teſtes teſtamẽtarii inſtrumento teſtamenti contradicerent, & tres vel quatuor alii ex deſcriptis in eo deponerent pro teſtamento, teſtamenti fidem propterea non infirmari. Ille vero contendit † con- 24
tradictionem vnius non nocere. Et quamuis vix ſuſtineam horum ſententiæ adſtipulari, tamen diſputationis ergo, & vt ipſa veritas tanto melius illuſtrari poſſit, non dubitauerim contendere ſententiã, Fulgoſii improbabilẽ non videri. Etenim ceſſare vidẽtur argumenta, quæ hanc enunciationem a Do-

à Doctoribus extorſerunt, *vt l. 1. §. fin. ff. teſtamen. quemadmodum aper.* & quod ſolemnitas teſtamento deeſſe videatur. Has enim rationes ad propoſitũ parum apte accommodari ſupra oſtẽdi. Certum præterea eſt, non eſſe magni negotii vnum ex tot teſtib. corrumpere. Pugnat inſuper pro inſtrumenti fide auctoritas publici tabellionis.
25 Vnde † Baldus *in lege prima*, §. *ſi quis neget, num. 2.* diſtinguit intereſſe an tractatur de ſcriptura, quæ nitatur viribus ſuis ex auctoritate ſcribentis, vt quia exarata eſt manu tabellionis, an minus. Illic enim eandem plenam fidem impetrare, & ideo non eneruari per dicta vnius teſtis etiam deſcripti in ipſo inſtrumento, ita Baldum eodem loci interpretatur Ioannes ab Imol. *num. 6.* & hanc opinionẽ forte veriorem eſſe ibidem tradit, quamuis ipſe Baldus ſatis obſcure loquatur, & de teſte ſupernumerario intelligi poſſe videatur. Huc referri poteſt ſententia Ioannis de Platea, *in §. item verborum Inſtitut. de inutil. ſtipulat. Alexand. libro quinto. conſil. 93. num. 12. Ioan. ab Imol. dict. capit. cum Ioannes. verſ. ſi autem eſſet alius.* Præterea Caſtrenſ. Cuman. Lanfranc. Baldus, quos in hanc ſententiam laudat Nicol. Boer. *deciſ. 118.* item Ferdinan. Vaſq. *libro primo, de ſucceſ. reſol.* §. *8 num. 29.* quamuis vterque diſ-
16 ſentiat. Quod ſi vnus † ex duobus teſtibus inſtrumentariis inſtrumentum impugnet, alter autem ſuo teſtimonio muniat, hoc inſtrumentum nihilominus vim ſuam obtinere, cum tamen ad ſolemnitatem inſtrumenti publici teſtes requirantur. Sufficere enim ad ſuſtinendam fidem inſtrumenti, quod ſolemnitas, quantum in notario fuit adhibita videatur, quod ipſum etiam idem Boerius communi calculo obtinuiſſe & decreto Senatus Burdegalenſis ſæpe confirmatum teſtatur. Ab hac ſententia non videtur eſſe alienus Alberic. *in lege prima*, §. *ſi quis neget. ff. teſtamen. quemadmodum aper. numer. 3.* ex eo, quod Tabellioni credendum videatur, quoad contrarium probetur, *leg. cum precibus, ſupra, de probation. l. in donationibus. infra. de donation. l. ſi quis decurio. infra. ad legem Cornel. de falſ.* Vnde cum hæc ſcriptura plenam fidem faciat, illam dicto vnius teſtis labefactari non poſſe, *l. iuriſiurandi, ſupra de teſtibus, ſecund. & tert. reſponſio. l. ne in arbitris, ſupra de recept. arbit. leg. prima* §. *idem Cornelio. ff. de quæſt. l. nolumus. infra, de teſtam.* In eadem cauſſa eſſe videtur, quæ ſcripta reliquit Ioannes Cephalus *libro ſecundo, conſil. 270.* quod licet ad confirmationem priuatæ ſcripturæ recognitio manus ſubſcribentium neceſſaria videatur, *l. ſcripturas. infra, qui pot. in pignor. ſunt,* tamen, ſi caſus aliquis hoc ipſum impediat, ſufficere quod ſolemnitas ab initio adhibita ſit.

His itaque & ſimilibus argumentis, quæ etiã ſupra proſecutus ſum, bene ſubductis, arbitrarer, tam duram Doctorũ noſtrorum deciſionem interpretatione molliri poſſe, vt ſi ex ſeptem teſtibus, qui teſtamento adhibiti erant, aut quinque, qui codicillis intereſſe debebant, vnus repugnet, & reliqui rem ita geſtam deponerent, vt teſtamento cõprehenſum fuit, non eſſe propterea executionem teſtamenti denegandam, nõ ſolum in poſſeſſorio, quod admittunt Felyn. *in cap. cum Ioannes num. 51. Bald. in* §. *quod ſi neget, num 2. ff. teſtam. quemad. ap. Angel. l. 2.* §. *diem autem, nu. 5 eodem tit. Boer. deciſ. 118. numer. 7. arg. l. fin. C. de edict. D. Adr. toll.* ſed etiam in petitorio, idque ſine difficultate procedere exiſtimo, ſi prȩter tabellionẽ ſeptem teſtes adhibiti ſint, & vnus duntaxat ex his contradicat. Tabellionem enim vicem teſtis vnius ſuſtinere † intelligimus ex *l. Domi-* 17
tius, ff. de teſtam. item l. hac conſultiſſima, infra, qui teſtam. facer. poſſ. Bart. d. l. Domitius, nu. 3. ff. de teſtam. Alberic. in l. cum precibus, ſupra. de probat. n. 4. vbi relata quadam diſtinctione, communi calculo indiſtincte receptum teſtatur, vt tabellio vnius vicem ſuſtineat, de qua re tamen diſtinctius, *in leg. hac conſultiſſima, infra de teſtam.* Quod ſi autem is ſupernumerarius non eſſet, hoc caſu æquitatem adhuc idem admittere arbitrarer, ſi reliqui teſtes, quæ teſtamento comprehenſa ſunt, confirment. Aſſerit enim, vt iam antea admonui, huius fidem inſtrumenti depoſitio quinque teſtium, tuetur præterea publici tabellionis auctoritas: Commendat denique ipſa ſolemnitas ſeptem teſtium ab initio adhibita, de qua caſus inſequens, *l. ad teſtium, 22.* §. *conditionem. ff. de teſtam.* aut mutata voluntas, *l. eos. ff. ad leg. Cornel. de falſ.* nihil detrahere debuit admiſſa etiam conſideratione iuris canonici, *cap. cum eſſes, de teſtam.* quod in ore duorum aut trium ſtabit omne verbum, ne in poteſtate vnius ſycophantæ ſit, totum teſtamentum aut alia inſtrumenta ſubuertere contra definitionem *l. precibus, ſupra de probat.* inſtrumentis hactenus innitendum eſſe, quoad contrarium doceatur: & hoc pro qualitate teſtium, etiam in duobus cõtradicentibus procedere

Digitized by Google

puto, ſi aliqua ſuſcipio corruptionis verſetur: vel ſi dignitas & auctoritas reliquorum teſtium hoc ſuadere videatur, *argument. l. 3. §. eiuſdem ff. de teſtibus. & l. ſi iuriſiurandi ſupra eodem titul.* idque multo magis probandum ſtatuo, ſi non ex eo impugnet teſtamentum, quod aliter dictum, quam ſit ſcri-
28 ptum, ſed quod ipſi abfuerunt, cum † tamen illud per alios docere nequeant, & teſtes inſtrumentarii illos præſentes fuiſſe profiteantur, *practic. Papienſ. in forma oppoſitionis contra inſtrumenta, in verb. dignoſcitur, numer. 3. Iacobus Menochius dict. caſ. 165. numer. 21.* vbi tamen dubitanter loquitur. Sane ſi duo teſtes extra numerũ ſolemnem deponerẽt, eum, qui ſe adfuiſſe negabat, præſentem fuiſſe, non dubitarem tali adiumento, ipſum inſtrumentum ſuſtineri poſſe, *vt oſtendit Felynus, dict. capit. cum Ioannes num. 51. verſ tertio intellige, argumen. l. 2. infra. de bon. poſſeſ. ſecund. tabul.* Pari ratione, ſi teſtis do-
29 cumentum publicum non † impugnet aperte, ſed neget, ſe recordari eorum, quæ geſta ſunt, inſtrumentum ex eo non periclitabitur, *Angel. hic num. 2. verſ. ſed de mente Innocentii, Salycet. num. 5. verſ. & tunc refert, Caſtrenſ num. 4. Pacius nu. 19. Felyn. in cap. cum Ioannes, de fid. inſtrum. num. 51. verſ. ex prædictis ampliationib. limita poſt Innocentium, Antonium de Butrio, Imol. & Bald. Practic Papienſ. in form. oppoſit. contra inſtrument. in gloſſ. dignoſcitur, num. 3. Zaſius lib. 2. reſponſ. capit. 23. num. 11. Menoch. arbitr. quæſt. lib. 2. caſ. 105. nu. 31. Bartholom. Socin. conſ. 157. Maſcard. lib. 1. de probat. q. 6. num. 40.*

Expromſi in lubrica quæſtione, quæ pectoris mei anguſtiæ & ingenii facultas concedũt: reliquum eſt, vt excutiam, quid pro-
30 bandum ſit in teſtibus † inſtrumentum oppugnantibus, qui tamen inſcripti non ſint, quot ſcilicet numero requirantur ad inſtrumenti fidem conuellendam. Qua in re quamuis Gloſſa hic *in verbis in exercendis, & in §. item verborum, Inſtitut de inutil. ſtipulat. item Gloſſa iuris canonici, in capit. cum Ioannes, de fide inſtrument. Gloſſa in capit. tertio loco, de probation.* requirant tres vel quatuor teſtes: tamen hæc interpretatio, vt conſtat ex Innocentio, Ioanne Andreæ, Antonio Calderino, Abbate, *num. 13* Felyn. *nu. 35. in cap. Ioannes, de fide inſtrument.* Zaſio *lib. 2. ſing. reſponſ. cap. 23. num. 13.* quos refert & ſequitur Didacus, Couarruuias, *variar. reſolut. libr 2. capit. 13.* communi calculo reiecta eſt, quod putent inſtrumẽtum publicum etiamſi plures teſtes inſcriptos habeat, duob. omni exceptione maioribus quoad ſeriem rei geſtæ recte expugnari, itemq; hoc loco pronuntiat Cynus *num. 1. verſ. ſi vero plures ſint, Angel. nu. 2. verſ. aut contradicunt, Baldus num. 8. Sichard. num. 10 Ioan. Faber. § item verborum, Inſtit. de inutil. ſtipul. nu. 17. Chriſt. Portius nu. 11. Angel. num. 11. Schneideuuin. num. 11. Innocent. in c. cum Ioannes. verſ. nos autem. Panorm. ibidem nu. 13. poſt Ioan. Andr. Anton. de Butr. & Calderin. in hanc ſententiam laudatos, Felyn. num. 43. Decius in cap. tertio loco, num. 11.* cum certa moderatione, de qua poſtea Albericus *l cum precib. num. 3. verſ. ſin autem inſtrumentum, Ioan. ab Imola. l. 1. teſtam. quemad. aper. verſ. item adde in quantum tangit, Raphael Cumanus ibidem num. 7. & 8. Specul. in titul. de inſtrument. edit. § reſtat. verſ. ſed quæro. Bart. in l. heredes palam. ff. qui teſtam. fac. poſſ. num. 4. Oldrad. conſ. 75.* idque defendere conantur arg. *l. optimam. infr. de contrah. vel commit. ſtip. & cap. cum a nobis. extr. de teſtib.* Ceterum Bart. *in l. 1. § fi. num. 12 ff. teſtam. quemad. aper.* Bald. *ibidem num. 2.* Ang. *in l. 2. §. diem, num. 4. eod. tit.* Florian. *in l. cum de ætate. ff. de probat. poſt Iac. de Butr & Nicol. de Materel. ab illis relatos,* Salyc. *in hac noſtra l. nu. 4.* Caſtrenſ. *nu. 5. Pacius nu. 25.* Lanfranc. *de Oriano in ſua praxi, c. 9. tit. de inſtrum. product. nu. 39. Maſcard. lib. 1. de probat. q. 6. nu. 63.* Iac. Menoch. *lib. 2. arbit. q. caſu. 105. nu. 42.* hanc rem arbitrariam eſſe conſtituunt. Fieri enim poſſe, vt tabellio ſit perſona ſuſpecta vel ſcriptura aliquid vitii contineat, vt merito duo teſtes præferantur. Quod ſi autem perſona notarii & honeſtatis & fide nomine inſignis eſſet, & inſtrumentum omni ſuſpicione vacuum, hic potius ipſi inſtrumento innitendum eſſe. Porro, ſi rem bene expendere velimus, hæ duæ opiniones in idem recidunt. Etenim illi qui pronunciant, duos teſtes ſufficere, multas conditiones in teſtibus requirunt, vt potiores videantur, nimirum vt omni exceptione ſint maiores, idque argument. *l. optimam. infra. de contrahend. & commit. ſtipulat.* quæ idoneos teſtes requirit. *ita Didacus Couarruuias var. reſolut libro ſecundo, capit. 13. numer. 11. item practic. quæſtion. capit. 20. num. 6. verſ. prima concluſio. Zaſius intellect. ſingul. libr. ſecundo, numer. 13. & multi alii, quos Didacus Couarruuias vtroque in loco recenſet.* Quib. accedunt Nicol. Boer. *deciſ. 118. num. 27. verſ. & aduerte, quod tales teſtes Crauett. conſ. 75. nu. 34. Iaſon. conſ. 153. num. 5. vol. 2. Boſſius in tract. criminal tit. de falſ. num. 47. Roland. conſil. 84. num. 8.*

Digitized by Google

num.8.vol.3.Alex.conſ.53.num.2.vol.7. Burſat. conſil.33.num.8.lib.1. Angel.Aret.in §.item verborum,Inſt.de inutil.ſtipul.Baldus hac noſtra l.n. 9. Salyc.nu.4. idemque videtur ſentire Bart. *in d.l.1.num.12.verſ.& requiritur,quod hac probatio, tit.teſtam.quemad.ap. Raphael Cuman. ibidem num.8. Ioan.ab Imol.ibid.nu.10.Angel.in l.2.§.diem,ff.eod.tit.*vbi addit,neceſſarium videri, vt in ipſis articulis complectatur,teſtes eſſe laudatæ vitæ,& integræ opinionis. Ceterum Bartolus, cuius auctoritate nititur, vt recte animaduertit Imola illud cõſilii & cautelæ eſſe dicit, non autem neceſſitatis. Exigunt præterea alias conditiones,quas ſupra, dum de in ſcriptis teſtibus ſermonem fecimus,perſecuti ſumus. Obſeruandum eſt autem, Alexandrum *conſil.33.nu.22.vol.3.Crauett.conſ.75.nu.28.Pariſ.conſ.13.num.17.. vol.3. Burſat.conſ.33.nu.10. qui hos refert & ſequitur. Bald.conſ.21.punctus quæſtionis vertentis col.2. lib.4.Maſcard.d.quæſt.6.num.72.*requirere,vt
31 de toto † inſtrumenti tenore deponant. Nituntur autem auctoritate Gloſſæ *in l.Lucius, 21.in verb. debeant, ff. de his, qui notantur infamia.* Ego autem exiſtimo intereſſe, quid in quæſtionem venerit, an totum teſta-
32 mentum,†an aliqua ipſius pars.Si enim totum teſtamentum falſum redarguere velit, neceſſe, vt adfuerint toto tẽpore, quo teſtamentum factum prætenditur, vel demonſtrent,teſtatorem, vel tabellionem per eum diem alibi fuiſſe.Idem quoque dici poſſet, ſi inſtitutionem vel ſubſtitutionem, vel denique legatum, aut fideicommiſſum oppugnent. Non enim ſequitur: *Teſtator initio talem inſtituit, vel tale legatum adſcripſit*, Ergo *perſtitit in illa voluntate*, cum ante abſolutum teſtamentum potuerit eam mutare,*l.ſi ita ſcriptum, 47.ff.de hered.inſt, item in præfat. l.Titia,§.Paulus reſpondit,*vel in fine teſtamẽti,*l.1.infr.de liber.præter.* quædam dici potuerint, quæ verbis teſtatoris alium ſenſum adſcriberent. Sed ſi conſtet, ꝙ vna ſolũ ſubſtitutio,vel inſtitutio,legatum, vel fideicõmiſſum,idq́; ſub vna verborũ conceptione proceſſerit,non video, cur totius teſtamenti tenorem ab eo deſideremus, qui illud in vniuerſum nõ oppugnat, ſed certum atq; ſeparatum teſtamenti caput,*arg.c.contingit, extr. de fid.inſtr.& l.argentarius,§.1.ff.de edend.item c.cum Ioannes, extr. de fid.inſtr.* vbi forma traditur, ad quam articuli reuocari debent, ſi quid ſemel duntaxat factum arguatur.

Concurrentibus itaque huiuſmodi adminiculis, Iudex fidem duorum teſtium ſequi †poterit, qui deponant contrahentes, vel 33
aliam diſpoſitionẽ facientes, tota illa die in diuerſo loco egiſſe,vel rem longe aliter atq; ſcriptum ſit,ſe habere, modo tamen nihil aliud ſit, quod præter inſtrumenti publici auctoritatem, fidem eorum, quæ ſcripta ſunt, commendet. Nam ſi vel vnus teſtis inſtrumenti cauſſam ſuo teſtimonio adiuuet, hic duos non ſufficere conſtituit Menochius *arbitr.quæſt.lib.2.caſu 105.numer.43. Crauett. conſil.56.nu.15.*vbi hanc rem fuſius enucleat, Maſcardus *d.concluſ.6.num.67. Ioan.ab Imol. Alexand.Didac.Couarr.& alii Doctores,*de quibus mentionem fecimus, vnde hoc caſu ad minus tres teſtes neceſſarios iidem pronuntiant.

Quod ſi duo teſtes inſtrumento † publi- 34
co ex depoſitione ſuffragentur,vel tres,quatuor, quinque, ſex, ſeptem, aut plures numero, hic nedum totidem ad labefactandum inſtrumenti auctoritatem exigemus: ſed etiam plures, vt oppugnantium numerus ad minus vno excedat, *ita Odofred. Spec. Goffred. Bernard.relati ab Alberico in l.cum precibus, ſupr. de probat. verſic.ſed pone producuntur.Didac.Couarr. variar.reſol.c.13.n.11. verſic. ſecunda concluſio,in fin. Abbas in c.cum Ioannes, num.13. Felin.ibidem num.43. & 51. verſic.tertio intellige. Ruin.cõſ.36.n.1.lib.4. Zaſ.ſing. reſp. lib.2.c.23.n.15.Menoch.d.caſ.105.lib.2.arb.q.n. 45.Io.Fab.Inſt de inut.ſtip.§ item verborũ,n.18. Maſcard.d.q.6.vol.1.n.65.Boer.dec.116.n.5.itẽ dec.118.n 9.Boſſius in tract.crim.tit.de falſ.n.34. & ſeq. Curtius conſ.75.n.33.Burſat.conſ.33.n.14.* Quod tamen intelligo ſecundũ interpretationẽ a nobis traditã *in l.iuriſiurandi*, vt non ſemper numeri habeatur ratio:ſed veriſimilitudinis,honeſtatis perſonarũ.Quamuis n. teſtes in cõtractu adhibiti,ex opinione multorũ approbari videãtur:tñ,vt ſupra dixi,hęc doctrina extra controuerſiã non verſatur. Accedit, ꝙ teſtator vel cõtrahẽtes ignorare illorũ cõditionẽ potuerint,quodq; hic in q̃ſtionẽ veniat, an vocati ſint,an nullo modo.

Dixi, *veriſimilitudinis habendam rationem.* Si enim tractetur de facto ante multos annos geſto, eo caſu magis videtur innitendũ †inſtrumento, quam teſtium depoſitioni,
tradiderunt Chriſtoph. Portius *Inſt. de inut. ſtip.§.item verborũ,n.11.item Ant.de Butr.prout illum refert. Io.ab Imol. in c.cum Ioannes, verſ.ſi autem teſtes qui cõtradicunt. Iul.Pacius hic n.14.* vbi ait hanc cõmunem eſſe Doctor.opinionem, idq́; cõfirmari poteſt *arg. l.peregre,ff.de acquirend.poſſeſſ.item l.hac conſultiſſima, infra,* 35

Digitized by Google

qui teſt.am.fac.poſſ. quod memoria hominum labilis ſit,& propterea inde ſcripturæ contexi ſoleant, *l.contrahitur, ff.de pignor.* Suppeditant autem aliam declarationem Decius *in cap.tertio loco, de fide inſtrum. num.11. & Felin poſt Goffred. num.41.* vt ſi inſtrumentum pugnet pro reo, illud præponderare debeat, *argum. l.inter pares, ff.de re iudic.* Sed de hac determinatione Goffredi dubitat ipſe Decius,& eandem aperte refellunt Abbas hic, item Baldus in hac noſtra lege, vt illos refert idem Felin. quod intelligendum eſt cõcurrentibus illis conditionibus, de quibus ſupra mentionem fecimus.

36 Circumſcribunt deinde † noſtri Interpretes enuntiationem, in cuius explicatione verſamur adhuc alia declaratione, vt ſcilicet non obtineat in his diſpoſitionibus, quæ ſcripturam requirunt, adeo, vt non admittat probationẽ in contrarium, *vt in l.antiqua, infr.ad SC.Velleian.* vel deſideret etiam ſolemnem atque contrariam probationem per ſcripturam, *vt l.1.ſupr.de mandat.Princip. & l.3.infr.ſi minor ſe maiorem dixer. l.generaliter, 13. infr.de non numerat.pecun. l.teſtium, 18. ſupr.de teſtibus,* ita concludunt Felin. *in d.cap. cum Ioannes, num.36. Iulius Pacius hic num.10. cum ſeq. Ioan.Fab. Inſtit. de inutil.ſtipul. §.item verborum num.8.& ſeq.* vbi hanc quæſtionem diffuſe expoſitam certis præceptorum vinculis adſtringit, & additis exceptionibus ad æquitatis terminos reuocat, quod etiam facit Felin. *loco ſuperius commemorato,* quo Lectorem breuitatis cauſſa reiicio. Conſilium
37 † itaque meum eſſet, vt malitiæ quorundam occurri poſſit facilius, vt teſtium ſubſcriptio adhiberetur, cum non facile contra ſuam ſubſcriptionem audiendi ſint, *l.ſi quis ex argentariis, §.1.ff.de edendo, l.generaliter, infr.de non numer.pecun. l.eos, ff.ad leg.Cornel.de falſ.*

Lex, Contractus, 16.

SVMMARIA.

1 *Quando contractus in ſcriptis valere, aut abſolutus eſſe debeat?*
2 *Quis contractus in ſcriptis dicatur.*
3 *Sententia illorum, qui requirunt, quod conuenerit, vt contractus in ſcriptis fieret, & quod additum ſit, ne aliter valeret.*
4 *Diſſentientes, qui putant ſatis eſſe, quod placuerit, vt ſcriptura comprehenderetur.*
5 *Argumenta pro hac vltima ſententia.*
6 *Fundamenta primæ aſſertionis.*
7 *Diſtinctio Salycett, quam auctor pro maiori parte amplectitur.*
8 *Qui profeſſi ſunt, ſe in ſcriptis contrahere velle, quoque conſtituiſſe videntur, ſe nolle, vt contractus valeret, niſi hac ſolemnitas intercederet.*
9 *Quid obtineat, ſi inter contrahendum dictum ſit, vt inde ſcriptura conficeretur?*
10 *Quomodo apparere poſſit de animo volentium in ſcriptis contrahere.*
11 *An ſi contractus ſimpliciter celebratus ſit, vna pars aliam compellere poſſit, vt de conuentione interpoſita ſcripturam confici curent?*
12 *Quando contractus abſolutus eſſe videatur, vt pœnitentiæ ampliùs locus non ſit.*
13 *Quid appellatione ſchedæ contineatur?*
14 *Protocollum quid?*
15 *Redigere in mundum quid?*
16 *An diarium tabellionis fidem aliquam impetret?*
17 *Inſtrumentum publicum triplicem ſcripturam plerumque admittere ſolet.*

EX hac lege edocemur, contractus, quos in ſcriptis fieri placuit non aliter vires habere, niſi inſtrumenta in mundum recepta, & ſubſcriptionibus † partium confirmata, 1
& ſi per tabellionem conſcribantur, etiam ab ipſo completa, & poſtremo partibus abſoluta ſint. Circa enarrationem huius legis principio conſtituendum † videtur, quando contractus in ſcriptis fieri intelligatur. 2
Qua in re non vna Doctorum noſtrorum ſententia eſt. Etenim Gloſſa *hic in verbo, in ſcriptis,* item Gloſſa *in authent. at ſi contractus, in verb. ſola, hoc tit. & in Nouell. de inſtrum. cautel. & fid. §. vt autem nihil, item l.cum res, ſupr. de probat.* cõſtituit, ex ſententia Ioannis antiqui Gloſſatoris contractum † in hac cauſſa verſari, ſi contrahentes profeſſi ſint, vt idẽ 3
contractus ſcriptura comprehenderetur, neque aliter valeret. Gloſſæ ſentententiam confirmant Bartol. *hic num.1.* & in eandem ſententiam inclinant etiam Alexand.& Albanus *in addit.* aperte illam defendit Angel. *n.3.* Fulg. *nu.1.* Dec. *in l.pactum quod bona fide, num.3.* vbi in hanc ſententiam allegat Ang. *conſil.156.* item Franciſ. Aretin. *conſ.16.* Curt. *num.7. accedunt Angel.Aretin. Inſtit. de emt.& vendit. num 3. & ibidem Balduin. nu.7. Mynſing. num.8. Barbat. de emtio. & vendit. num.7. Magonius deciſ. Lucenſ.95. num.19.* vbi ait, Azonis ſententiam contrariũ aſſerentis communi calculo damnatam eſſe. *Aretin. in l.quibis, ff. de verb. oblig. num.2. verſ. ſecundo aduerte. Anchoran. quæſt.21. part.2.* Vaſq. *illuſt. quæſt. lib.1. cap.28. num.23.* item *in tractatu de ſucceſſ. progreſſ. lib.3. §.25. limit.30. num.22.* hanc opinionem cõmunem eſſe pronuntiat, quamuis ipſe diſſentiat. Et hæc ſententia videtur fuiſſe Didaci Couarr. *in c.relatum, num.19. in fin. Burſatus conſil.100. incip. verba inter cetera, num.20. Carol. Molin. in addit. ad Decium, conſil.340.*

Digitized by Google

*ſil.340.poſt Decium ibidem n.3.& 8.*vbi in hanc ſententiam allegat Paul.Caſtrenſem *cõſ.52. lib.2.Gratum conſ.107. & nonnullos alios, Salyc. in auth.ſed nouo iure,ſupr.ſi cert.pet.n.9. Vincen. Carot. in tract. de locat. & conduct. q.an locatio requirat ſcripturam,fol.mihi 38.nu 4.* vbi hanc ſententiã appellat magis cõmunem, & adducit deciſionẽ Rotæ ex manuſcriptis. Hãc quoq; cõmunem ex Grato,Goffredo,&aliis renũtiat Ant.Gab.*commun.concl.lib.3.tit.de pact.concl.3.nu.1. Matth.de Afflict.dec.110.n.4. Vrſil. ad Matth.de Afflict. dec.39.nu.6.* vbi teſtatur illud decreto Senatus Neapol.confirmatũ.*Fabian.de Mont. in tract de emt.& ven. 5.principal.quæſt.verſ.tertio quæritur,n.53.item verſ.decimo quarto quæritur,n.76.* quãuis nihil certi ibidẽ videatur conſtituere,referens aliorum opiniones,*Decius d.conſ.340.nu.3.* vbi hanc ſententiam communem dicit.

4 Diſſentiunt autem, & contrariam † ſententiam veriorem pronuntiant Gloſſa ſibi parũ conſtans *in verb.ſcriptura,Inſt.de emt.& vendit.in prin.* vbi ex ſentẽtia Placentini declarat, ſufficere, quod in ipſa contractus inſtitutione conuenerit, vt ſcriptura inde fieret. *Azo in ſua ſumma, C. hoc tit. Caſtrenſ. in hac noſtra lege,numer.3.verſ.quid ergo erit, idem Caſtr.in l.cum res,ſupr. de probat.* idemque videtur ſentire Bald. *hic num.7. verſ.ſecunda vero opinio.Odofred.num.9. Cynus n.5. Sichard.n.3.Donell.n.6.& 9.Schneid.Inſt.de emt. & vend. n.4.* Weſenbec.*nu.3. Herman.Vulteius ibid.n.3. Borcholt. verſ.denique quod de ſcriptura. Thaddæus Piſo n.4. Chriſtoph.Portius nu.7.* vbi hanc opinionem magis communem pronuntiat. Ferdinand. Vaſquius *illuſtr.quæſt.lib.1.c.28.n.23.* vbi hanc opinionem de iure veriorem cõſtituit. Accedũt Ioan. Cephal.*conſil.66.n.14.Celſus Hugo conſil 67.num.15. Natta conſilio 357.num.1. Iaſon conſil.151. volum.1. idem Iaſon in l.qui bis,ff.de verborum oblig.n.4. Zaſius ibidem num.22. allegans conſilium Pauli Caſtrenſis a Raph.Cumano quoque ſubſcriptum,Boer. deciſ. 48 num.17.* vbi in in hanc ſententiam allegat Socinum & Thomam Parpal.& hanc communem eſſe dicit Matth. de Affict. ſibi cõtrarius,*deciſ. Neapol.39.nu.4.* Accedunt Fulgoſ. Anton. de Canar. Ripa, Ruin. & alii, quos in hanc rem allegat Anton. Gabriel *commun. concluſ.lib 3. concluſ.3.num.1. Emmanuel Soarez in theſaur.commun.opinion.in verb. ſcriptura num.19.* vbi hanc ſententiam communem renuntiat Anton.Gomeſ.*reſol.tom. 2.c.2.tit.de emt.& vend.num.17.* vbi etiam de communi.

In tam acri & pertinaci noſtrorum † Interpretum certamine non facile fuerit conſtituiſſe,quam ſententiam quis præferre debeat. 5
Nituntur poſteriores argumento noſtræ l.quæ talem proteſtationem nullo modo requirit, ſed nudam conuentionem, ꝙ contractus in ſcriptis fieri debeat. Vrgent deinde §.*1. Inſtit.de emt.& vendit.*dum ait,*in contractibus,quæ ſcriptura conſiciuntur.* Tertio contendunt hanc affectionem contrahentium videri, qui cum voluerint ſcripturam intercedere,per conſequens non videantur ſeſe obligare voluiſſe, antequã ſcripturæ extrema manus accederet, *vt hac noſtra l.* quẽadmodum in contractibus innominatis, in quibus non contrahitur obligatio efficax, ſed pœnitentiæ locus eſt, quoad is vtrimque perfecte impleatur, *l.dedi, & l.ſi pecuniam, ff. de condict. cauſ.dat.cauſſ non ſecut.* Porro contrariæ ſententiæ vindices † adducunt deci- 6
ſionem legis,*pactum, 17.ſupr. de pact.l.cum te, 5.ſupr.de tranſact.l.9.10.12. hoc tit.* Ex quibus intelligimus,obligationem cõtrahi, etiamſi nulla inſtrumenta interceſſerint. Secundo arg.*l.contrahitur,ff.de pignor. item l.4.ff.de fide inſtrum.*quod ſcripturæ eo pertineant, vt rei geſtæ veritatem ab obliuionis iniuria aſſerere poſſint,& vt traditur *l.cum res,ſupr.de probat.* vt fides contractus interpoſiti in hæc ipſa inſtrumenta conferri poſſit. Tertio,ꝙ in dubio benignius videatur, quod cõtractum ſuſtineamus, quam contrahentes operam luſiſſe ponamus,*l.quotiens,ff.de verb.oblig.& l.quotiens,ff.de reb.dubiis.*

His ita ſubductis, non video conuenientiorem conciliandi rationem, quam illam, quam hoc loci *n.5. & 6.* deinde in authent. *ſed nouo iure,ſupr ſi cert.pet.n.6. & ſeq.*inſinuat Salyc. † & quam hoc loco aſſerit etiam Iu- 7
lius Pacius *num.18.*quam etiam ante illos defendiſſe videtur Cynus *in hac noſtra lege num. 10. Ioan.Faber Inſt. de emt. & vendit. num.2.* & aperte Angelus *ibidem num.3.* quoſdam eſſe contractus, qui ex legis conſtitutione ſine ſcriptura conſiſtere non poſſint, vt eſt emphyteuſis eccleſiæ,*l.iubemus,in fin.& authen. hoc ius porrectum,ſupr.de ſacroſanct.eccl..* Nonnullos præterea cõtractus, vel diſpoſitiones exſiſtere, quæ ad ſui ſubſtantiam ſcripturas non requirant, ſed ad cauſſam probationis, *vt l.1.ſup.de mand.Princ.l.1.infr.de iur.emphyt.* vbi pacta emphyteuſi adiecta, in ea cauſſa verſentur, item in ſolutione cenſus, *leg. 2. ſupra, ſi minor maiorem ſe dixerit.* Item ſi lege municipali cautum ſit, nonnullos con-

Digitized by Google

tractus per ſolam ſcripturam probari poſſe.
Eſſe tertio cõtractus, qui obtinere ſine ſcri-
ptura poſſunt, ſiue ſubſtantiam, ſiue cauſ-
ſam probationis ſpectemus, vt regulariter o-
mnes contractus comparati ſunt, *d. l. pactum
quod bona fide, ſupr. de pact. l. inſtrumentis, 9.
cum ſimilibus.* Hos contractus pacto contra-
hentium in eam cauſſam deduci poſſe, vt
ſcriptura ad ſubſtantiam cõtractus, vel pro-
bationis exigatur. Qua de cauſſa, ſi, cum a-
liqui contractum inſtituere vellent, profeſſi
8 ſint, ſe in ſcriptis contrahere † velle, aut con-
tractum ſcriptura conficere, hoc caſu nul-
lam obligationem conſtitui, niſi ſcriptura
interuenerit, & illa omnibus numeris abſo-
luta ſit, *vt hac noſtra lege, & §. 1. Inſtit. de emt.
& vendit.* dum Imperator ait, contractus,
quos in ſcriptis fieri placuit, & *d. §. 1. in iis au-
tem contractibus, qui ſcriptura conficiuntur.* Et-
enim ſi quis hæc verba proprie, & iuxta ve-
rum ac genuinũ ſenſum accipere velit, nul-
lam aliam ſignificationem admittere poſ-
ſint, *vt docet Salyc. hic num. 6. Iulius Pacius hic
num. 18. Socin. conſ. 173. Reuerende pater, & do-
mine ſingulariſſime, verſic. item validum eſt ar-
gumentum a contractibus ad vltimas volunta-
tes.* Cum enim contrahentes contractui le-
gem dare poſſint, *l. contractus, 23. ff. de reg. iur.
l. ita ſtipulatus, 115. ff. de verbor. obligat.* & ſcri-
ptura ad obligationis cauſſam, quam vox,
quæ lingua exprimatur *l. non figura, 38. ff. de
oblig. & action.* fuit in illorũ poteſtate ad hãc,
vel illam formam ſeſe obſtringere, & obliga-
tionis cauſſam in tempus abſolutionis ita ſu-
ſpendere, vt pœnitentię locus eſſet: idque ſi-
ne vlla dubitatione procedet, ſi diſerte com-
prehẽdatur, ſe nolle obligari, aut contractũ
ratum non eſſe, niſi ſcripto conſignatus ſit,
*l. ex emto, 11, ff. de act. emt. & vend. l. ſi ſtipulatus
ſit, ff. de vſur. l. non ſolum, ff. de obligat. & action.
l. in omnibus rebus, & l. in omnibus contractibus,*
9 *eodem tit.* Quod ſi inter † contrahendum di-
ctum eſſet, vt de his, quæ agerentur, fieret
ſcriptura, tũc diſtinguendum eſſe, in quibus
contractibus verſemur, illis nimirũ, qui ſcri-
pturam ad ſubſtantiam ſui deſiderent, an a-
liis. Etenim cum verba ſecundum naturam
contractus intelligenda ſint, *l. ex conducto, 15.
§. ſi vno, alias lex eſt, ff. locat. l. cum quid, ff. de re-
bus cred. ſi cert. pet.* hanc clauſulam in priori-
bus contractibus ita intelligendam eſſe, vt
ad ſubſtantiam eius relata videatur. In aliis
vero adhuc referre, an ante contractum, vel
in ipſo contractu, vel denique poſt contra-
ctum hæc verba prolata ſint: ſi poſt conſen-
ſum vtrimque interpoſitum hanc adiectio-
nem nihil mutare de obligatione ſemel cõ-
tracta *l. quamuis, ſupr. de tranſaction.. l perfecta,
infra, de donation. ſub modo & condit. l. 2. ff. de
ſolut.* Quod ſi autem ante contractum, vel
inter contrahendum: intereſſe an conſtet
de animo, quod voluerint in ſcriptis dunta-
xat contrahere, aut quod decreuerint faci-
lioris probationis gratia ſcripturam adhibe-
re. Etenim ſi conſtet de animo contrahen-
tium, ſeruandum erit, quod inter illos actum
ſit; *l. ſemper in ſtipulationibus, 34. ff. de regulis iu-
ris.* In dubio autem non videri per hæc ver-
ba ſubſtantiam contractus impediri. Sed ſi
probatio per ſolam ſcripturam fieri poſſit,
intelligentur eo animo prolata, vt fides pro-
bationis neceſſariæ impleri per ſcripturam
poſſit. Quod ſi promiſcua ſit probationis ra-
tio, tunc eadem verba eo pertinere, vt pro-
pter memoriæ fragilitatem gratia commo-
dioris ꝓbationis ſcriptura interponeretur.
Dixi, *quod ſi conſtet de animo contrahentium,
habere nos, quod ſequamur.* Poſſe † enim vltra 10
clauſulas a nobis ſupra relatas de animo cõ-
trahentium apparere, aperte teſtantur Io-
an. Faber *Inſtit. de emt. & vendit. n. 2. & 3. A-
ret. conſ. 140 longa eſt conſultatio in ſecũdo dubio,
Decius conſ. 11. nu. 1. verſ. & dicit illa procedere in
dubio. Schneidevvin. Inſtit. de emt. & vend. nu,
4. & ita quoque intelligo Balduinum ibidem nu.
7. & 8. Item Mynſing. eius verba referentem ibi-
dem num. 9.* Ceterum, quæ coniecturæ requi-
rantur, vt appareat de contrahentium ani-
mo & intentione, nõ facile expediri poteſt.
Exiſtimarim autem vltra caſus ſupra a nobis
relatos verba contrahentium in hũc finem
ſpectãda eſſe. Si enim ante contractum, vel
inter cõtrahendum dictũ eſſet, vt de quibus
rebus conueniſſent, pacti eſſent, vel partes
conſenſiſſent, aut contractum inter eos eſ-
ſet, ſcriptura conficiatur, vel inſtrumentum
publicum, vel Prætor, vt is quoque ſigillum
ſuum adiiciat, adeatur, non puto, ſi per ne-
gligentiam partium hoc omiſſum fuerit, vel
ſi controuerſia aliqua emergat, antequam
tabellio extremam manum admoueat, vel
Prætor ſigillum ſuum imprimat, temere a
conuentione reſiliri poſſe. Cum enim hæc
verba, vt apparet ex definitione conuen-
tionis item pactionis, *l. 1. §. 2. & 3. ff. de pact.*
contractus, *l. Labeo, 19. ff. de verborum ſignifi-
cation. l. 5. ff. de pignor. l. 34. ff. de ædilit. edict. In-
ſtit. de emt. & vendit. in princip.* Item ex de-
ſcriptione conſenſus, *l. nuptias, ff. de regul. iur.
l. 9. ff. de contrah. emtio. l. conſenſus, ff. de obligat.
& a-*

Digitized by Google

& action. toto tit. Inſtitut. de oblig. quæ conſenſ. contrah. ſint præteriti temporis, & conſummationem præ ſe ferant, conuentio de ſcriptura adhibenda, vel ſigillo Prætoris, eo duntaxat reſpicere videtur, vt expeditior probādi ratio ſit, *l. contrahitur, 4. ff. de pignor. & hypothec. l. in re hypotheca, ff. de fid. inſtrum.* Diuerſum autem obtinere ſtatuemus, ſi expreſſe cauerint, ſe nolle cōcludere ante abſolutionem ſcripturę, *l. ſi voluntate, infr. de reſcindend. vendit.* aut ſi comprehenderint, ſe per ſcripturam velle concludere. Idem quoque obtinere æſtimarem, ſi contrahentes profeſſi ſint, ſe velle, vt ſcriptura interponatur, & ſingulis legenda exhibeatur, ne quis decipi poſſit: tunc enim mens contrahentium meo iudicio eſſe intelligitur, vt obligationis cauſſam in illud tempus differant, *arg. l. ex ea ſcriptura, 29. ff. de teſtam. item l. 11. ff. de leg. 3. § 1. l. 29. C. de fideicommiſſ.* & eorum, quæ circa hanc ſententiam exarauimus *in l. 1. ſup. de ſacroſ. eccl.* Et hæc videtur eſſe ſententia Ioannis Fabri, *Inſt. de emt. & vend. nu. 2. in princ. Schneid. n. 4.* Hæc exempli cauſſa propoſuiſſe ſuffecerit: nam & alias coniecturas idem impetrare poſſe non dubitamus.

11 Porro ſi contractus † ſimpliciter celebratus ſit, an tunc vna pars aliam cōpellere poſſit, vt de his, quæ conuenerunt, pro ſecuriori probatione ſcripturam confici curet, non incommode hoc loco tractari poſſet? Qua in quæſtione amplectimur ſententiā Gloſſæ *in l. 2. ff. ſolut. matrim. in verb. ſuſceptum*, cui adſtipulatur Bartol. *in l. item ſi, 14. § ſed et ſi quis, ff. quod metus cauſſ. geſt. Angel. l. ex parte, 121. ff. de verbor. oblig. num. 2. arg. eius text. Iaſon ibidem num. 10. Alciat. nu. 5. Bald. in l. plures, hoc tit. n. 7. Alberic. n. 1. Salyc. num. 3. Vincent. Caroc. in tract. de locat. & conduct. fol. 38. q. 7. tit. de locato*, an requirat ſcripturam, vbi multos allegat Tiraquellus *de retract. conſang. §. 29. gloſſ. 5. num. 1. Anton. Gomez. lib. 2. reſolut. tit. de emt. & vendit. num. 17.* idque defendi poſſe videtur primo arg. *l. plures, hoc tit. deinde l. 14. § ſed et ſi quis, ff. quod met. cauſſ. fact. l. ex ea part. 121. ff. de verbor. oblig. l. ſicut datum, infr. de liberali cauſſ. l. chirographis, infr. de adminiſtr. & peric. tut. & curat.*

12 His ita ſubductis reliquum eſſe † videtur, vt excutiamus, quando contractus abſolutus eſſe intelligatur, vt amplius pœnitentiæ locus non ſit. Qua in re diſtinguimus, an inſtrumentum priuata manu fiat, an publica. Si priuata, requiret ſubſcriptionem partiū: ſin autem publica, id neceſſarium non erit, modo tabellio munere ſuo fungatur in omnibus ſolemnitatibus in mundo adhibendis, vt ex hac lege noſtra colligitur, & repudiata interpretatione Gloſſæ exponunt Cynus *num. 13. Baldus num. 11. Angel. num. 5. Fulgoſ. num. 3. Pacius num. 23. Caſtrenſ. num. 6.* Si tamen aliquis ex contrahentibus manu propria contractum totum conſcripſerit, ex eo ſolo non labefactabimus, quod ſubſcriptio ſola non interceſſerit, *l. Publia, ff. depoſit. l. qui iuſſor, 26. §. pater, ff. de pignor.* exceptis tñ caſibus, in quib. ſubſcriptio ipſa nominatim a lege requiritur, *l. in donationib. 31. inf. de donat. l. hac conſultiſſima, inf. de teſta. itē Pac. hic n. 22. & ante illū Fulg. n. 3. Schneid. Inſt. de emt. & vend. poſt Ang. nu. 6. & ibid. Bredenrod. in apoſtill. arg. Nouell. de fid. inſtr. §. 1.* Quid autem ſibi velint verba ipſius Iuſtiniani, dum ait, *ab ipſo tabellione fuerit completa, & poſtremo partibus abſoluta*, ſatis obſcurum eſt. Mihi autem non diſplicet interpretatio Gloſſæ, *Inſtit. tit. de emt. & vendit. in princip. in verb. completiones, & verb. abſoluta*, per dictionem *completa*, requiri, vt ea, quæ ſchedis ſuis complexus ſit notarius, in mundum redigantur, ita ſcilicet, vt in præludiis huius tituli demonſtrauimus. Verbum *abſoluta*, eo pertinere, vt non ſufficiat, tabellionem in concinnando inſtrumento omnes ſolemnitates adhibuiſſe, niſi etiam iam deſcripta partibus prælegantur, vt gloſſam etiam accipiunt eodem loci, & dicta ipſius commendant Ioannes Faber *ibidem num. 4. Angel. numer. 5. Schneidevvin. num. 6. accedunt Odofred. num. 9. Cynus num. 13. Bartol. hic num. 2. Fulgoſ. num. 4. Didac. Couarr. cap. relatum, num. 19. circa fin. Bartol. in l. fideicommiſſa, 11. & ibidem Bald. argum. eius textus, Cuman. num. 1. Decius in cap. ſi ſcripturam, num. 4. extra, de fide inſtrument. Socin. Iunior conſil. 144. num. 96. volum. 4. Cagnol. in l. ſiue librarius, num. 71. Mſcardus lib. 1. de probation. concluſ. 4. num. 16.* Et quamuis Gloſſa eodem loci adhuc aliam interpretationē ſubiiciat, vt his verbis putet deſignari ſubſcriptionem partium: tamen hæc interpretatio communi calculo, *vt ait Pacius hic nu. 22.* reiecta eſt. Et prior expoſitio per conſtitutionem Imp. Maximiliani edita Coloniæ, anno 1512. §. Und am meiſten/ confirmatur, vt ſcil. quemadmodū ait Fab. *d. §. 1. n. 4. Schneid. nu. 6.* & alii Doct. ſupra a nobis cōmemorati, poſſit apparere, an perſeuerēt in ead. voluntate, itē an quid addi, detrahi, vel mutari velint, *arg. d. l. fideicōmiſſa, 11. §. 11. ff. de leg. 3. itē l. ex ea ſcriptura, ff. de teſtam.* deinde *l. humanum*,

Digitized by Google

ſupr. |*de legib.* quæ hanc formam melius exprimere videtur. Nam ſi ſemel contractum ad hūc modum ſcriptum probauerint, tunc amplius emendationi locus non erit, *vt tradunt hoc loco Bart. n.3. Bald. nu.10. & ibid. Barbat. in apoſtill. Ang. n.2. Salyc. n.9. Caſtr. num.4.* Vnde idem Bart. & illum ſecutus Angel. & Caſtr. & Salyc. declarant, peſſime illos ſibi cōſulere, qui cum appellare debeant in ſcriptis, *c. appellanti, de appell. in 6.* adeunt tabellionem, & appellantes ab eodem recedunt, antequam is cauſſas appellationis ſcripto complectatur, vel antequam ſcriptura ab ipſis partibus, aut eorū aduocatis interponatur.

Cum hac lege comprehendatur, nō poſſe quem ex ſcheda conſcripta, vel mundo, quod cōpletum nondum ſit, aliquod ius ſibi vindicare, operæ pretium eſſe videtur, vt inſpiciamus, quid ſcheda ſit, & quid in mundū
13 redigere? Obſeruandum itaq; † eſt, nō vnam apud omnes Interpretes noſtros ſchedæ eſſe expoſitionem. Etenim Accurſius *in verb. in inſtrumento*, & eundem ſequentes multi alii Interpretū ſchedam accipiūt ꝑ imbreuiatura, ſiue protocollo notarii, exiſtimātes,
14 appellatione † protocolli contineri diarium ipſius tabellionis, quo contractus, de quibus rogatus ſit, ſecundum rei ſubſtantiam breuibus, & omiſſa clauſularum ſolemnitate cōplecti ſolent. Alii autem hac voce nihil aliud deſignari contendunt, quam primā & rudē contractus delineationem, quæ marginalibus additionib. plerumq; declarari vel corrigi ſolet, quā noſtri primam cōceptionem, Galli autem Minutam vocant, *ita Briſſonius & Schard. in ſuis lexicis. Hugo Donell. hic num.8. Iulius Pacius nu.21.* quam interpretationem huic legi magis conuenire non dubitamus, ſtatuentes aliud eſſe protocollū, aliud ſchedam hanc deletitiam, quam non incōmode aduerſaria etiam quis appellare poſſet. Protocollum enim, vt recte animaduertit Viglius, *Inſt. de teſtamentis, §. nihil, num.5.* nihil aliud eſt, niſi ſignum aliquod in calce ipſius chartæ, vel capite impreſſum, quod indicaret, quo auctore, ſub quo comite largitionū, (ſub cuius cura res chartaceæ erant) & quo tēpore confecta. Vnde Iuſtinian. *Nouell.44. de tabellionib.* iuſſit vt tabelliones documenta ſua conficientes, nō vterentur charta pura, id eſt, illa charta, quæ hac nota in frontiſpicio careret, quam notam protocollū vocat, ſubiiciens, id eo cōſilio a ſe fieri, vt multorum falſitates ex tali obſeruatione tāto facilius deprehendi poſſent. Quare etiam vetat huiuſmodi protocolla a reliquo corpore præcidi. Idem commemorat quoque Cuiacius *d. Nouell.44 circa fin.* alios erroris coarguens, nullam Viglii mentionem faciendo. Idem etiam memoriæ prodiderunt Briſſonius & Schardius *in ſuis lexicis*, & nouiſſime Iulius Pacius *hic nu.21.* Sæpe tamen per abuſionem, aut minus conuenientem intellectum dictæ conſtitutionis, *vt monet idem Viglius*, traduci ad memorialem, ſiue indicem ſcripturam ipſius tabellionis, *vt ſupr. ex Accurſio tradidimus.*

Redigere in mundum † intelligimus cum 15
tabellio primam conceptionem ſuis declarationibus, vel emendationibus illuſtratam, in chartam puram, nullis lituris, maculis, aut ſuperſcriptionibus interruptam, deſcribendo transferat.

His ita ſubductis, facile intelligimus erraſſe Iabum de Arena, item Guid. de Zuſa, quos commemorat hoc loco Alberic. *nu.1.* Cephal. *conſil.113. num.6.* Mattheſilan. Ioan. Andr. & plures alii relati a Maſcard. *concluſ. 4. num.1.* exiſtimantes, argum. noſtri textus,
† diarium, quod memoriæ & officii cauſſa 16
tabellio conficere ſoleat, non impetrare fidem ſine ſubſcriptione & ſigno tabellionis. Inter ſchedam enim deletitiam & hunc codicem, quem ex officio cōficere ſolet, multum intereſſe ſtatuimus, cum illa ſit rudis quædam informatio, vt dictum eſt: hic autem diligenter conſcribi debeat, *argum. l. argentarius, ff de edend in princ. l. quadam, §. nummularios, eodem tit. item d. § fin. Nouell.44. de tabell. in fine.* Intelligo enim eundem §. non ſolum de documentis, quæ partibus traduntur, ſed etiam de illis, quas tabellio memoriali libro adſcribit: Neque refert, quod in fine declaretur, illam obſeruationem ad ciuitatem Conſtantinopolitanam duntaxat pertinere. Id enim de charta, quæ notā Comitis habeat, quæ aliis in locis venalis non proſtet, accipere poſſumus, nō autem de di-
ligenti concinnatione. Inſtrumentum † ita- 17
que publicum triplicem ſcripturam plerūq; admittere ſolet: conceptionem rudem, & nondum bene digeſtam, quæ tamen poſtea per marginales additiones ſuppleri ſoleat: deinde deſcriptionem, quæ memoriali codici ex officio a tabellione inſeri, *dict. l. argentarius, item c. pen. de fide inſtrum.* quæque omnia ſubſtantialia etiā præcipua ſolemnia, vt annum, diem, locum, teſtes, &c. complecti ſolet, *Crauetta conſil.88. num.4. Maſcard. d. concluſ.4. num.8. quod tamen num.17. item 20.* decla-

Digitized by Google

declarat,& ex cõſuetudine tabellionum potius procedere oſtendit. Denique inſtrumentum, quod omnibus ſolemnitatibus etiam ſubſcriptione tabellionis, item ſigno ipſius munitum tradi partibus conſueuit. Si igitur tractetur, an his ſcripturis fides accommodari debeat, hoc ex re conſtituendum puto. Etenim ſi agatur de contractu in ſcriptis, neque ſchedam, neque memorialem librum ipſius ad hanc cauſſam pertinere exiſtimarim, ſi nondum inſtrumentum conſcriptum ſit, & ſuis partibus abſolutum, cum auctoritate noſtræ legis edoceamur, ex re imperfecta non poſſe quem aliquod ius vindicare.

§. Illud.

Svmmaria.

1 *Arrhæ quorſum pertineant.*

2 *Sententia Zaſii.*

3 *Alia ſententia Mudæi.*

4 *An arrhis interpoſitis aliquid differentiæ ſit inter contractum in ſcriptis, & non, item an perfectum ſit, an minus.*

5 *Auctores, & argumenta eorum qui defendunt, hoc caſu ſine diſtinctione liberum eſſe, vt ab emtione recedamus.*

6 *Contraria opinio, quod non liceat ab emtione recedere, quamuis arrhæ datæ ſint, ſed vtrumque peti poſſe.*

7 *Tertia interpretatio non poſſe ab emtione recedi, ſed arrhas de pretio deduci.*

8 *Quarta expoſitio, quod poſt contractum perfectum arrhæ datæ, an ſpe obligationis contrahendæ. vt hic pœnitentiæ ſit locus, arrhis duntaxat amiſſis, illic autem diuerſum obtineat.*

9 *Argumenta, quibus hæc opinio innititur.*

10 *Intellectus præſentis §. quod ad comparationem contractus in ſcriptis, & ſine ſcriptis.*

11 *Datio arrharum continet argumentum concluſionis factæ.*

12 *Intereſſe inter contractum, qui conſenſu partium reſoluatur, & illum, qui requirat actum traditionis retro factæ, antequam reſcindi poſſit.*

13 *Conſuetudo Germanæ in datione vnius nummi, qui auctoramenti locum obtineat.*

14 *Exceptiones aliquot admiſſa illa opinione; quod arrhis intercedentibus pœnitentiæ locus ſit.*

15 *Qua actione quis arrhas controuerſas conſequi poſſit.*

INdicat præſens §. arrharum dationem nõ eo pertinere, vt confirmet contractum, vel
1 vim concluſionis contineat, ſed vt † metu amiſſionis, vel duplicatas reſtituẽdi in officio contineatur. Negotiũ tamen faceſſit *l. quod ſæpe, 35. ff. de contrah emt.* ex qua colligimus dationem arrharum in hoc proficere, vt euidentius probari poſſit, conueniſſe de pretio. Porro *l. ex emto, §. is qui vina, ff. de action. emt. & vendit.* caueri videri has arrhas per actionem ex emto, vel condictionem ſine cauſſa poſſe repeti. Pro diſſolutione propoſitæ difficultatis video Interpretes noſtros diuerſas diſtinctiones † introducere. Za- 2
ſius *ſingular. reſponſ. libro 2. cap. 24.* videtur in illam ſententiam deſcendere, quod ſi arrhæ interueniant, pœnitentiæ ſit locus, quoad principalem contractum, non autem quo ad arrhas, ſine diſtinctione, vtrum contractus fiat in ſcriptis, an non. Imputare enim ipſum ſibi debere, quod arrharum commodum ſit ſecutus, neque quenquam hoc caſu poſſe compelli ad ſolutionem eius, quod intereſt; quod & ipſum probat Salycet. *hic num. 14.* Diſſentit tamen † Gabriel 3
Mudæus *tit. de contrah. emt. & vend. l. quod ſæpe, in princ. num. 4.*

Sciendum eſt, pro diſſolutione † pro- 4
poſitæ difficultatis, varias eſſe Doctorum opiniones. Sunt enim, qui ſtatuant, arrhis interpoſitis nõ eſſe diſtinctionem adhibendam, vtrum contractus in ſcriptis inſtituatur, an ſine ſcriptis: item, an contractus perfectus ſit, an minus. Vtroque enim caſu poſſe quem ab emtione recedere amiſſis arrhis: quæ ſententia fuit † Martini & Azonis, 5
vt eos refert Gloſſa *Inſtit. de emt. & vendit. in princip. in verbo, compellitur*, quam opinionem eodem loci ſequuntur Chriſtophorus Portius *ibidem nu. 9.* vbi etiam addit, Doctores illam communiter tenere: *Mynſing. nu. 9. Schneid. num. 12. Nicaſ. num. 5.* atque idem etiam ſentire videtur Hermannus Vulteius *Inſtit. de emt. & vend. num. 79. Salyc. in hac noſtra l. g num. 14.* vbi ait hanc opinionem conſuetudine confirmari. *Zaſius ſingul. reſponſ libro 2. cap. 24. num. 2. Odofred. in l. quod ſæpe, ff. de contrahend. emtion. in verb. arrhæ. Anton. Gomez. variar. reſolut. tom. 2. cap. 2. tit. de emt. & vendit. nu. 18. circa fin.* vbi in hanc etiam rem allegat *l. Partitarum, 7. tit. 5. part. 5. Treutler. in ſuis theſibus, titul. de emt. & vend. theſ. 8.* vbi in hanc ſententiam male adducit Sichardum hic, vt poſtea conſtabit. Rationes, quibus hæc ſententia fulciri poſſe videatur, hæ in præſentia occurrunt. Principio argumentum noſtræ legis, quæ contractum in ſcriptis, & ſine ſcriptis, ſi arrhæ interuenerint, in eadem conditione videtur conſtituere. Secundo, quod venditor arrhas accipiens, & hoc modo ſibi cauens, cetera beneficia repudiare videatur, *argum. l. & habet, §. cum quis, ff de precario, & l. fin. infr. de pact. conuent. tam ſuper dote, quam, &c. l. final. §. ſi vero poſt-*

quam, *&* §. *ſin autem*, *infr. de iure deliber. l. generaliter*, §. *ſiue autem*, *ſupr. de rebus credit. l. ſed etſi quis*, *ff. quemad. teſtam. aper. l. maritus*, *ſupr. de procurator l. obligationum fere*, §. *fin. ff de obligat. & action.* Tertio, quod ille, qui arrhas recipit, tacite videatur agere, vt liceat præter damnum arrharum impune a contractu reſilire, *vt hoc noſtro* §. *& Inſtit. de emt. & vendit. in princ.* Quarto *l. fin infr. quando liceat ab emt. reced.* quæ videtur diſtinguere inter dationem arrharum, & ſolutionem partis pretii, vt hic contractus perficiendus ſit: illic autem diuerſum obtineat. In quam ſententiam hãc legem expendit Fabian. de Monte *in tractat. de emt. & vendit. 5. part. principal. num. 69.* Obſeruandum autem eſt, circa explicationem huius ſententiæ, Gloſſam nonnihil variare. Etenim in præſenti §. in verbo, *reddere*, videtur Azonem & Martinum ita exaudire, vt electio ſit penes illum, qui contractum ſeruare velit, an arrhæ compendiũ ſequatur, an vero petat id, quod intereſt: & ita Gloſſam interpretando ſequitur Caſtr. *hic num. 11. & 13.* Ceterum *Inſtit. de emtion & vend. in verb. compellitur*, hanc electionem non videtur tribuere, ſed duntaxat arrharum commodum: quæ ſententia videtur eſſe reliquorum Interpretũ, de quibus mentionem feci, maxime Zaſii, Salyceti, Portii, Mynſingeri, Schneid. qui cauſſam electionis videntur conſtituere in ipſius contractus conceptione. Liberum enim contrahentibus fuiſſe ſine arrharum conſtitutione contrahere, & ita indiſſolubile vinculũ introducere, *l. 1. & l. ex emto*, *11. ff. de actio. emt. & vend.*

6 Secunda opinio † eſt vtrumque peti poſſe, & arrhas, & illud quod intereſt, ita vt arrhæ de pretio non deducantur. Et hanc opinionem tuentur relati a Dyno in explicatione huius legis, & in eadem quoque reſidere videtur Albericus *hic num. 4. circa fin.* Cynus *num. 11.* idque *argum. l. ſi pro fure*, §. *1. ff. de cond. furt.*

7 Tertia opinio eſt Ioannis † & Bulgari exiſtimantium, arrhas peti poſſe, & nihilominus id quod intereſt; vt tamen arrhæ de eo quod intereſt, detrahantur, Et ſane hanc ſententiam amplectitur Bartolus *l. 1. ff. de publican.* §. *vnde quaeritur*, *num. 8. & ibidem Cumanus num. 7. circa fin. Ioan. ab Imola numer. 8. Angel. Inſtit. de emt. & vendit. num. 7. Hottom in ibidem in verb. emtor perdit quod dedit*: & hæc quoque ſententia videtur eſſe Gloſſæ noſtræ *in verbo, reddere*, idque aperte defendit Baldus *hic numero 33. Angelus num. 2. & 3. Odofredus num. 10. circa finem*, *Sichardus hic num. 7. Fabian. de Monte in tractat. de emtion. & vend. t. 5. quaeſt. principal. numero 70.* vbi tradit, hanc opinionem communem eſſe, *Alexand. in l. ſi cum dotem*, *ff. ſolut. matrimon. numero 5.* vbi hanc opinionem quoque communem renuntiat. Defendi hæc ſententia poſſe videtur per *l. ſi quis a ſocio*, *ff. pro ſocio. item l. prædia*, *ff. de action. emtion. & vendit.* Ex quibus colligimus, quod ſi quis ratione vnius prouiſionis quid conſecutus ſit, id non excludere aliam prouiſionem pleniorem, ſed tamen imputari in ſumma maiori.

Eſt denique & quarta † expoſitio meo 8
iudicio veriſſima, quam tradiderunt Ioannes Faber *Inſtit. de emtion. & vendit. in princip. num. 6. verſic. in eadem Gloſſ. ſed num quid vltra*, *Gabriel Mudæus l. quod ſæpe*, *ff. de contrahend. emtion. numero 4. Donellus hic numero 19. Iulius Pacius num. 16. Weſenbecius Inſtit. de emt. & vendit. in princip. num. 6. Borcholt. ibidem verſicul. ſi ab vna tantum parte*, intereſſe ſcilicet, an poſt contractum conſenſu perfectum arrhæ ſint datæ, quamuis rei traditio nondum ſit ſubſecuta: an denique præſtitæ ſint ſpe obligationis conſtituendæ, *vt in caſu noſtræ legis*, vt hic ſolum arrharum diſpendium a contractu recedentes ſentiant, *vt hoc noſtro* §. *& Inſtit. de emtio. & vendit. in princip.* illic autem non ſit pœnitentiæ locus, ſed arrhæ hoc conſilio interueniant, vt tanto melius apparere poſſit, conueniſſe de pretio *d. l. quod ſæpe*, *35. ff. de contrahend. emtio. in principio*.

Qua in re ne quis † putet, hanc inter- 9
pretationem plane incidere cum præcedenti, quæ Bulgaro adſcribitur, is animaduertere debet, venditionis naturam illam eſſe, vt non obliget nos, ad illud, quod intereſt, ſed potius ad traditionem rei venditæ: etſi res in poteſtate ipſius venditoris non ſit, ad id, quod intereſt, *l. 1. ff. de action. emt. & vendit. item l. ex emto*, *ff. eodem titulo*. Admonet præterea Salycetus *in hac noſtra lege*, *numero 14.* quod cum ſubducimus illud, quod intereſt, de quo Doctores ſupra relati tractare videantur, non tota æſtimatio tradenda ſit rei venditæ: ſed id duntaxat, quod vltra arrhas ipſius emtoris interſit, quod multo minus pretio eſſe poſſet. Sed vix ſcio, an hæc Salyceti obſeruatio menti Interpretum conueniat. Lex enim *1. ff. de actione emti & venditi*, quam allegat Gloſſa: *item leg. prædia*, *eodem titulo*, quam reliqui adducunt,

contra-

Digitized by Google

contrarium innuere videtur. Vnde meo iudicio in eo conſiſtit differentia, an quis ex natura emtionis tradere rem cogatur.

10 Hanc † explicationem etiam multis aliis argumentis fulcire licebit: primo eandem commendat *d. l. quod ſæpe, ff. de contrahend. emtion.* Secundo confirmatur ex generali iuris noſtri diſpoſitione, quod ea, quæ deſtinata ſunt, ad maiorem cautelam non debeant retorqueri ad infirmationem ipſius rei, *l. qui mutuum, 66. ff. mand. l. non ſolet, ff. de regul. iur. l. 4. §. ſi ex conuentione, ff. de re iudic.* Tertio aſſeri hæc concluſio ex ſola legis noſtræ definitione poſſe videtur, *item §. 1. Inſtitut. de emt. & venditio.* quæ hanc humanitatem hactenus indulgere videtur, quoad contractus abſolutus ſit. Quemadmodum itaque ſi in ſcriptis contrahatur, abſurdum eſſet, hanc facultatem exercere velle, poſtquam ſcripta conuentione & prælecta contrahentes voluntatem ſuam accommodauerint, ita quoque alienum a ratione cenſeri debet, ſi contractum conſenſu confirmatum, intempeſtiue quis reſcindere velit contra nouiſſimum reſponſum *l. ſicut, ſupra, de obligat. & action.* & naturam obligationum, quæ ſolo conſenſu conſtituantur, *leg. conſenſu, ff. de obligat. & actio. & Inſt t. de oblig. quæ ex conſenſu contrah.* Quarto occurrit aliud argumentum, quod Donellus certiſſimum eſſe pronuntiat ex *l. non eſt probabilis, infra, de reſcindend. vend.* venditionem conſenſu factam, non poſſe inuito emtore reſcindi, etiamſi venditor duplum pretii offerat.

11 Quibus ita prælibatis † non magni negotii fuerit, argumenta pro prima parte allegata diluiſſe. Nam quod ad legem noſtram attinet, illa comparat contractum in ſcriptis, cum contractu ſine ſcriptis, ratione arrharum, quas, vt declarat Donellus, vtrobique amittit, qui cõtractum obſeruare recuſat. Sed hanc conciliationem refellit traditio illorum, qui pronuntiant arrhas computari in id, quod intereſt, *argum. d. l. prædia.* Vnde meo iudicio ſecurius reſponderi poſſet, comparationem in ſuis terminis intelligendã, ſcilicet de tractatu venditionis nondum conſummatæ, ſiue ſcriptura interceſſerit, ſiue non: quamuis fateri conueniat, hoc argumentum pro confirmatione primæ opinionis multum facere: ſed meminiſſe debemus, non eſſe facile admittendam illam legum interpretationem, quæ ſuperiores corrigat, niſi nominatim hoc comprehenſum ſit, *l. præcipimus, in fine, infr. de appell.*

Obicem ſecundo loco oppoſitum † ſub- 12 mouebimus, ſi iudicio complectamur arrhę dationem non eo pertinere, vt vtrimque vinculum particulare duntaxat conſtituat, quod illatione arrharum diſſolui poſſit, niſi in contractibus nondum perfectis, *vt hac noſtra lege, & d. §. 1. Inſtit. de emtio. & vendit.* Sed vt in his, quæ conſenſu firmata ſunt, euidens argumentum concluſionis factæ præbeat, *dict. l. quod arrha. 35. ff. de contrahen. emtion.* vnde illa regula, quod quæ deſtinata ſunt ad vnum finem, in diuerſum deflecti non debeant. Quæ reſponſio eximet quoque ſcrupulum tertium. Etenim in contractibus nondum abſolutis, id tacite agi conſtituimus, in aliis autem diuerſum effectum habet.

Æque facile licebit nobis *legis 2. C. quand. lic. nobis ab emt. diſced.* ſubſidium reprimere, cum intelligi debeat de contractu, qui conſenſu partium † reſoluatur, neque re- 13 quirat actum traditionis, quæ retro fiat, de quo *l. ab emtione, ff. de pact.* Hic enim per arrharum dationem nõ deſinere rem eſſe integ am, & idcirco nudo conſenſu tolli poſſe. Diuerſum autem obtinere, ſi pars pretii ſoluta fuiſſet. Quod ſi quis priorem opinionem propter auctoritatem eam amplectentium præferendam putet, is obſeruare debet illam ſuam moderationem recipere ex coniecturis. Etenim animaduertimus in Germania illum morem inoleuiſſe, vt quis numum vnum auctoramenti loco det: hic ſane abſurdum eſſet profiteri, quod quis compendium arrharum ſpectarit, cum paria videantur, nihil dediſſe, & minimum numum intuliſſe, *l. 46. ff. locati*, maxime, cum is numus ea affectione detur, vt pauperibus cedat, *ita Zaſius libr. ſingul. reſponſ. 2. cap. 23. numero 5.* qui idem † quoque pro- 14 bat ſi aliqua pecunia in ſymbolum, vel compotationem collata ſit, quod eo conſilio fieri ſolet, vt teſtes tanto libentius adſint contractui: item tanto melius eius recordentur, idem Zaſius *loco ſupra allegato.* Tertio idem Zaſius excipit caſum, quando arrha loco pretii data eſt: tunc enim non eſſe pœnitentiæ locum, *vt tradit idem Zaſius d. cap. 24. num. 5.* idemque ſtatuunt Gloſſa, *Inſtitut. de emtio. & vendit. in verbo, compellitur*, allegat legem *in traditionibus, ff. de pactis.* melius tamen meo iudicio adduxiſſet *l. fin. C. quand. lic. ab emt. diſced.* Gloſſæ adſtipu-

Digitized by Google

lantur ibidem Chriſtoph. Portius *num. 10. & ibidem Iaſon in addit. Angel. n. 8. Schneid. nu. 12. Salyc. nu. 14. verſ. quæro quarto quid ſi arrha. Sichard. n. 6. Alberic. circa fin.* vbi ait hāc opinionem communem eſſe, *Bart. in l. ſi ab emtione, num. 11. Iaſon in §. poſt Angel. Fulgoſ. & Caſtr. in hanc rem laudatos, Fabian. de Monte in tract. de emt. & vend. 5. quæſt. principal. num. 67.* vbi ſecutus Gloſſam & Baldum *in l. 3. ff. de leg. commiſſor.* exiſtimat in dubio illud actum videri, vt cedat in partem pretii. Quod & ipſum confirmat Chriſtoph Portius *Inſt. de emt. & vend. cira fin.* & ita communiter fieri tradit Iaſ. *d. l. ſi ab emtione, n. 4.*

Hæc de controuerſa arrharum quæſtione.
15 † Si quis autem requirat, qua actione arrhas conſequi aut repetere poſſimus, huic per diſtinctionem reſpondendum erit, intereſſe, an contractus perfectus, & deinde conuentione reſolutus, an vero contractus non ſit ſecutus. Primo caſu locum habere poterit actio ex illo contractu vel condictione ſine cauſſa, *l. ex emto, §. is, qui vina, ff. de action. emt. & vendit. ita Baldus hic numero 32.* vbi tamen loquitur de condictione ob cauſſam: melius autem Salycet. *num. 13. Pacius num. 15. Sichardus num. 6. Cuiacius libr. 11. obſeruat. cap. 17. Fabian. a Monte in tractat. de emt. & vendit. 5. quæſt. principal. num. 68.* Dixi, ſi a contractu ex conuentione recedatur, *vt d. §. is qui vina: item l. ſed Celſus, 6 §. 1. ff. de contrahend. emtio.* Nam ſi contractum manſiſſe ponamus, & arrha in pecunia numerata cōſiſtat, ceſſabit repetitio, cum arrhæ in pretium imputentur, niſi nominatim conueniſſet, vt arrhæ in hanc cauſſam cederent, vt moribus Germanorum comparatum videmus, dum arrhas a reliquo contractu eo nomine & colore ſeparant; vt cedant in compendium ſuum, vxoris, vel filiæ, vt inde veſtes, vel ornamenta emantur, quo caſu arrharum conuentio recte contractus appellari poſſet, vt intelligimus ex hac noſtra lege. Nec obeſſe putamus, quod *lege 3. infra. de actio. emtion. & vendit.* vocetur arrhale pactum, cum inter pactum & contractum multum interſit *l. iuriſgentium, ff. de pact.* Etenim id locum habet, ſi nuda conuentione placuerit, vt certa pecunia arrharum nomine ſolueretur. Aliud iuris eſt, ſi arrharum conuentio a numeratione cœperit, *l. diuiſionis, ff. de pact. l. 3. infr. de rerum permut. l. 1. infr. de pact. conuent. & l. legem, ſupr. de pact. ita Pacius hic num. 8.* idemque videtur ſentire Cuiacius *d. cap. 17. lib. 11. obſeruat.* idemq; defendit hoc loco Salycet. *num. 12. argum. l. 1. ſupr. ſi rector prouinciæ, & l. ex emto, §. ſi is qui vina, ff. de action. emt. & vendit.* Et hæc intelligenda ſunt, ſi pecunia numerata pro arrhis data ſit. Nam ſi annulum, vel quid aliud emtor arrharum nomine dederit, repetitioni locus erit ſecundum deciſionem *d. §. ſi is qui vina*, cum pretium integrum illatum erit. Illud enim in cauſſam pretii conuerti non potuiſſe natura rei declarat. Secundo vero caſu, quando contractus perfectus non eſt, vt in caſu noſtræ legis, non habebit locum condictio ex lege, *argum. l. vnica, ſupr. de condict. ex leg. ita Salycet. hic numero 13. Cuiacius d. cap. 17.*

Lex, Iudices, 17.

Summaria.

1 *Hypotheſis præſentis legis.*
2 *Quo caſu Iudex litigantes extra prouinciam, ad fidem inſtrumentis imponendam mittere poſſit.*
3 *In cauſſis criminalibus remiſſionem locum non habere, ſed teſtes ab ipſo iudice audiendos.*
4 *Quo conſilio auctor aliquot capita Ordinationis Spirenſis ad præſentem materiam pertinentia hic explicanda ſuſceperit.*
5 *Excuſſus §. vlt. part. 3. Ordinationis Spirenſis c. 15.*
6 *An Iudex alteri examen teſtium committere poſſit?*
7 *Auctores, qui id defendant.*
8 *Auctores contrariæ ſententiæ, & argumenta.*
9 *Intellectus c. 1. de teſtib. cogend.*
10 *Speciale eſſe in cauſſa maioris interualli, vt examen teſtium committi poſſit.*
11 *Quid conſuetudo multorum locorum in præſenti caſu induxerit.*
12 *In criminalibus non eſſe locum commiſſioni, vt teſtes alibi audiri poſſent.*
13 *An in cauſſis criminalibus, ſi teſtes in aliena iuriſdictionis regione morentur, remiſſioni locus ſit?*
14 *Conſilium auctoris, vt index per literas ſubſidiales petat, vt, aut tales homines tranſmittantur, vel territorium pro ſuis conſiliariis petant.*
15 *Cur in cauſſis fractæ pacis teſtes per Commiſſarios audiri poſſint?*
16 *Excuſſum Ordinationis Spirenſis part. 3. c. 16.*
17 *Quæ recens conſtituta ſunt, interpretationem etiam a iure recipere poſſunt.*
18 *Iure ciuili nihil certi conſtitutum, quando teſtes producendi ſint.*
19 *Ante litem conteſtatam regulariter probationi locus non eſt, & rationes conſideratæ.*
20 *Verba,* Quocunque tempore, *quam interpretationem in dicta Ordinatione recipiant.*
21 *Quando probationis cauſſa commodiſſime ſuſcipi videatur.*
22 *Quibus ex cauſſis probatio acceleranda aliquando ſit.*
23 *In deſignatione Commiſſariorum quæ requirantur.*

24 In

Digitized by Google

24 In petendis commiſſionibus quis complecti debet in quam rem & in quo puncto, in quos articulos huiuſmodi commiſſarii deſiderentur.

25 In decernenda commiſſione cauſſę cognitio neceſſaria eſt.

26 Nomina teſtium edenda.

27 An hę duę conditiones ſi iuris definitionem ſpectemus neceſſarię ſint.

28 Delegati iudices ex nuda diffidentia recuſari poſſunt.

29 Differentia inter commiſſarios ad examinandos teſtes & arbitros iuris.

30 Cauſſę quod pro tribunali Spirenſi admittant exceptionem contra commiſſarios, & replicationem.

31 Non ſufficere generalem recuſationem, ſed cauſſas exprimendas eſſe, ex Ordinatione Spirenſi.

32 Notarium adiunctum ex ſolo iuramento poſſe recuſari.

33 An imperitus iudex vel commiſſarius admittendi ſint.

34 Quid pronuntiatione horum verborum, qui idonei & apti iudicati & reputati erunt, contineatur.

35 Quibus munus teſtes examinandi committi non poſſit.

36 In omni commiſſario peritia requiritur.

37 Commiſſarius fines mandati ſeruare debet.

38 Si duo commiſſarii ſint conſtituti, vnus ſine altero audientiam accommodare non poteſt: idem ſi ſine adiuncto id faciat.

39 Non vnam ſolam, ſed vtramq; partem de commiſſione ſibi facta certiorem reddere debet.

40 Tranſmittendam commiſſionem, item articulos, ſuper quibus teſtes audiendi ſint, vna cum directorio.

41 Vnde articuli ſumendi.

42 Nomina teſtium edenda.

43 Producenti, aduerſę parti, & teſtibus certum diem & locum, quo honeſte deflectere poſſint, eſſe aſſignanda.

44 Commiſſionis literę in originali exhibendę ſunt, ſi partes hoc deſiderent.

45 Caſus in quo commiſſarius id facere non cogitur.

46 Si pars aduerſa ex ineuitabili aliqua cauſſa venire non potuerit, idque doceat, examen in aliud tempus differtur.

47 Quid ſi longius ſpatium intercedat, an ex officio iniungere poſſit, vt per procuratores compareant.

48 Dubium non eſt id partes per procuratorem poſſe, modo illi mandatum ſuę conſtitutionis exhibeant.

49 Commiſſarius conſtituto die cauſſam euocationis & conſtituti diei aperiet, & ſi quid per proteſtationem ab altera partium allegabitur, id rotulo ſuo inſeret.

50 Solemnitatem c. pręſentium, de teſtib. in 6. non vſquequaq; obſeruari.

51 Interrogatoria exhibita diligenter excutiet, & quę ſunt impertinentia, vel reſponſionem nō mereantur, reſecabit.

52 Interrogatoria vnde formanda ſint, & ratio.

53 Si directorium ad vnum articulum pertineat, teſtes interrogari ſuper alio articulo nō poterunt, vt in exemplo poſſeſſionis & proprietatis.

54 Quid ſi teſtes iurauerint ſe veritatē ſuper tota cauſſa dicturos.

55 Iudicem ex officio ſi pars id omiſerit interrogatoria concipere poſſe.

56 Iure cautum non deprehendi quod partibus illa res committenda ſit.

57 An circa interrogatoria aliquid differentię ſit inter ius canonicum & ius ciuile.

58 Vſum iudiciorum varia genera interrogationum induxiſſe, generalia, pręliminaria & ſpecialia.

59 Commiſſario ab omni inciuili percuntatione abſtinendum.

60 An ſciſcitari a teſte poſſit an criminoſus ſit.

61 Intellectus l.3. ff. de teſtib.

62 Iudicem non prohiberi ab aliis teſtibus inquirere de vita & conditione alicuius ex conteſtibus.

63 Quo caſu iudex ipſos teſtes de criminibus propriis percontari poſſit.

64 Iudicem etiam ob nimis inciuilem percontationem iniuriarum conueniri poſſe.

65 Iuris depoſitionem non ferre, vt quis ad petitionem aduerſę partis ex teſte quęrat vtrum reus ſit alicuius publici criminis, veluti homicidii, adulterii, &c.

66 Quid obtineat in illa percontatione, an quis ſit pręſcriptus.

67 An illa interrogatio admittenda ſit, quod quis corruptus ſit, vel pretio accepto teſtimonium ferat.

68 Interrogatoriū, an quis ſit ſpurius, an conueniens ſit.

69 Quę interrogationes receptę videantur.

70 Moroſa quorundam percontatio ad quam quantitatē facultates ipſius aſſurgant, non ferenda. & quomodo commiſſarius hanc rem moderari debeat.

71 Quid teſti faciendū ſi commiſſarius interrogare perſeueret, quas facultates in ſpecie habeat.

72 Captioſa interrogatoria non admittenda cum exemplis.

73 Interrogatoria plane impertinentia reiicienda.

74 An quis ſuper exceptione aduerſarii interrogari poſſit.

75 An examen ex eo periclitetur, quod iudex interrogatoria aut omnia, aut pro parte non propoſuerit.

76 Auctores qui tale examen nullius momenti eſſe declarent.

77 Auctores qui illos repeti poſſe commemorent.

78 Poſſe partem aduerſam ſi de fide commiſſarii dubitet adiunctum ſuum ipſi offerre.

79 Forma iuramenti quod teſtes pręſtare ſolent.

80 Quę commiſſarii officia ſint poſt exactum iuramentum.

81 An teſtium examine commiſſo auditor ſibi poteſtatem vindicare poſſit inſtrumenta tranſſumendi.

82 Ex quibus cauſſis concedi ſolet, vt pro deſcribendis vel conferendis inſtrumentis commiſſarius deputetur.

83 Poteſtas inſtrumenta tranſſumendi ſub communi forma non intelligitur conprehenſa.

84 An aliqua ſit differentia inter commiſſionē in meliori forma, & commiſſionem in optima forma.

85 Sub commiſſione communi de audiendis teſtibus nō contineri ocularem loci inſpectionem.

86 Si pars in petitione ſua hoc deſideraſſet, & commiſſio in cōmuni forma ſecuta fuiſſet, an ad ocularem inſpectionem commiſſarius procedere poſſit.

Digitized by Google

87 *In omnibus commiſſionibus generaliter obſeruandum, vt pars aduerſa citetur.*
88 *Quid obtineat, ſi pars vocata poteſtatem ſui facere voluiſſet.*
89 *Commiſſarius iuſtam excuſationem admittere cogitur, alias receptio nullius momenti eſſet.*
90 *An Commiſſarius teſtes inuitos cogere poſſit?*
91 *Quibus remediis eidem vtendum ſit.*
92 *Delegatus iudex an mulctam infligere poſſit? item an corporaliter coercere?*
93 *An differentia ſit inter delegatum a Principe, & ab alio Iudice?*
94 *Delegatus Principis an ſententiam ſuam de iure ciuili exſequi poſſit?*
95 *Confirmata diſtinctio Innocentii, delegatum ſententiam ſuam exſequi poſſe, non quidem re exſequendo, ſed pronuntiando, veluti per ſententiã ſuſpenſionis, excommunicationis, pœnæ pecuniariæ.*
96 *Declaratione interpoſita mandata pœnalia decerni ſolent.*
97 *Aliam eſſe auctoritatem eius, cui tota cauſſa mandata eſt, aliam ipſius, cui pars duntaxat commiſſa eſt.*
98 *Examinata ſententia Mynſingeri, poſſe delegatum Iudicem teſtes, aures eius offendentes, extraordinaria pœna coercere.*
99 *An clericus a Iudice laico diſtringi poſſit?*
100 *Auctores, qui id defendant.*
101 *Difficultas circa præſentem conſiderationem.*
102 *An Commiſſarius vices ſuas alteri committere poſſit?*
103 *An in prorogatione dilationum, quæ Commiſſariis datæ ſunt, cauſſæ cognitio requiratur?*
104 *An præter cauſſæ allegationem etiam probatio neceſſaria ſit?*
105 *Iudici arbitrarium eſſe, an iuramentum in cauſſa probationis allegati impedimenti ſufficiat, an vero alia probatio requiratur?*
106 *Intereſſe inter productionem & dilationem.*
107 *An quinta & vlterior dilatio dari poſſit?*

QVamuis lege *3.§.idem diuus, ff. de teſtibus, item l. quoniam, ſupr. eod. tit.* caueatur, aliam eſſe auctoritatem teſtium præſentium, aliam vero teſtimoniorum, quæ recitari ſolent, & propterea Imperatores ſuadeant, vt quis datis itineris ſumtibus, illos euocandos
1 curet: tamen ex præſenti † conſtitutione edocemur, in teſtibus antea diſpoſitum fuiſſe, quod ratione inſtrumentorum hic ſtatuitur, vt, ſi quis cogatur fidem inſtrumẽtis, quæ protulerat, imponere, & id in loco iudicii explicare nequeat, ſed alibi ſe id facere poſſe confidat, Iudex litigantes, vel procuratores eorum, eodem deſtinare poſſit, ſi cauſſa
2 cognita † id iuſte peti animaduerterit, vt poſtquam locis oportunis fides inſtrumẽto data, vel minus data fuerit, negotiũ ad priorem Iudicem deferatur. Additur autem *in auth. ſeq.* illud faciendum eſſe apud eloquentiſſimum Iudicem, vel defenſorem ciuitatis, ſiue a prouincia in prouinciam, ſiue ab vrbe in vrbem, ſiue ab vrbe in prouinciam petantur, ſed hoc † in ciuilibus tantum admitten- 3
dum eſſe, in criminalibus vero teſtes apud iudices repræſentandos, vt cum res exegerit, tormentis ſubiiciantur.

Singularis huius legis & authenticæ deciſio eſt, declaratq; generalẽ regulam iuris ciuilis, *vt ſupra animaduerſum eſt*, & materiam continet vſu receptiſſimam. Qua de cauſſa vt leges noſtras ad fori conſuetudinem accommodemus, & contra ea, quæ ſtylo recepta ſunt, illuſtrationem & cõuenientem interpretationem a legibus accipere poſſint,
operæ pretium me eſſe † facturum iudicaui, 4
ſi quædam capita Ordinationis Spirẽnſis, de hac ipſa materia loquentia, hoc loci inſererem, & verum earundem ſenſum accurata explicatione perſequerer. Subiicio itaque §. vltimum eiuſdem Ordinationis, *part. 3. c. 15.* qui ita ſe habet:

Weiter ſoll auff dieſem Termin / vnd ſonſt zur jeder zeit / wann die Partheyen ſich zu beweiſung anbieten / zu beyder theil Willen vnd Gefallen ſtehen / als baldt Commiſſarien zu ernennen / vnd dilationem probandi zu bitten / oder derhalben zeit auff neckſten Termin zu nehmen.

Hæc verba latine reddita ita efferri poſſunt:

Præterea erit in arbitrio vtriuſque partis, vt in hoc termino, aut alias quocunque tempore, cum eorum, quæ allegauerint, probationem offerent, incontinenti Cõmiſſarios deſignare, & dilationem probandi petere, aut eius rei nomine dilationem ad proximum terminum poſtulare.

Quæ vltimo §. huius capitis † cõprehen- 5
duntur, quod ſcilicet in arbitrio litigantium verſetur, vt in hoc termino, vel alio tempore; cum probationem eorum, quæ facti erãt, offerunt, vt Cõmiſſarios, apud quos teſtes, & alias probationes producãt, nominare poſſint, cum iuris noſtri definitione minime cohæret. Quamuis enim controuerſum eſſe videatur, an Iudex teſtium examen alteri,
† veluti tabellioni committere poſſit, maxi- 6
me, ſi tractetur de cauſſa ciuili? idque fieri
poſſe conſtituant Cynus † *in l. noſtra, num. 1.* 7
Bald. in l. hac conſultiſſima, §. final. inf. de teſtam. num. 1. & Caſtrenſ. n. 4. & 5. Fulg. n. 3. Ang. n. 2. Abbas in cap. cum cauſſam, extr. de teſtibus, in fine. Hart. Hartman. in ſua pract. forenſ. lib. 2. titul. 15. obſeruat. 17. num. 8. qui tamen nu. 10. verſicul. ego nunc parum pondero, vim om'nem in conſuetudine ponere videtur, Albericus *in*

authent.

Digitized by Google

authent. ſed iudex, C. de epiſcop. & cleric. num. 1. Baldus in cap. 1. extra de teſtibus cogend. nu. 1. argum. eius textus. Anton. de Butr. num. 3. Ioan. ab Imol. num 1. Abbas nu. 3. Anchoran. nu. 4. Proſper Farinac. lib. 3. de teſtib. tit. 8. quæſt. 77. vbi plures allegat, *arg. c. l. 1. de offic. deleg. item in l. iudices, & c. 2. de iudiciis in 6. item l. fin. C. de te-*
8 *ſtib.* tamen † contraria ſententia probabilior eſt, quam defendit gloſſa, *d. leg. hac conſultiſſima. §. fin. in verb. depoſitiones*, vbi ait, illis iurandũ eſſe coram iudice, & nunquam reperiri, quod tabelliones poſſint recipere talia ſacramenta. Gloſſę ſententiam eodem loci amplectuntur Bart. *num. 1. Albericus nu. 9. in fin. Salyc. nu. 5. Alex num. 2. & 4. Stchard. num. 10. Odofred. in noſtra l. iudices. num. 1. & in authentica apud eloquentiſſimum ſeq. num 1. Iulius Pacius in l. nullum, ſupra. de teſtibus, num. 11. Felyn. in capit. cum cauſſam, 37. num. 26. verſ. ſecunda concluſio.* Quo referri poſſunt, quæ ſcripta reliquit Gloſſa *in authen ſeq. apud eloquentiſſimum, & ibidem Bart. in prin. & num. 1. Ang l. præcedenti iudices. num. 1. verſ. nota ex hac lege, Baldus nu. 4. Fulgoſ. nu. 1.* quod quamuis in caſu l. noſtræ munus audiendi teſtes, & inſtrumentã deſcribendi, in alium transferri poſſit, id tamen fieri nequeat in perſona ipſius, qui iuriſdictione caret: idque confirmari poteſt multis legibus. Primo, *per. l. 3. ff. de teſtibus*, §. *3.* in hæc verba: *Idem Diuus Adrianus Iunio Ruffino proconſuli Macedoniæ reſcripſit, teſtib. ſe nõ teſtimoniis crediturum*: verba epiſtolæ ad hanc rem pertinẽtia hæc ſunt: *Quod crimina obiecerit apud me Alexander Apro, & quia non probabat, neque teſtes producebat, ſed teſtimoniis vti volebat, quibus apud me locus non eſt: nam ipſos interrogare ſoleo*: & paulo poſt. *Gabinio quoque Maximo. idem Princeps in hæc verba reſcripſit: Alia eſt auctoritas præſentium teſtium, alia teſtimoniorum, quæ recitari ſolent. Tecum ergo delibera, vt ſi retinere eos velis, des eis impendia.* Huc pertinet Nouella ſexageſima, *vt defuncti, ſeu funera eorum non iniurientur*. ex qua intelligimus, iudicibus permiſſum non eſſe, vt huiuſmodi cognitionem ſolis aſſeſſoribus delegent. His finitimæ ſunt multæ leges, quæ requirunt, vt probatio iudici non alteri fiat, *vt l. 1. Cod. de condict. ob cauſ. turp. leg. ſecunda, Cod. ex quibus cauſſis mai. in integr. reſtit. l. quingenta, 12. ff. de probatio. l. 7. Cod. de edend.* Non aliena deinde definitio eſt *l. iubemus. Cod. de liberal. cauſ. l. inſtar. Cod. de iur. fiſc. libro decimo. l penultim. Cod. de fideiuſſ. l. adoptio. Cod. de adopt.* Vltimo hanc enuntiationem commendat ratio comprehenſa, *l. de minore, 10. §. quinto. ff. de quæſtio.* in hæc verba: *Plurimum quoque in excutienda veritate etiam vox ipſa & cognitionis ſubtilis diligentia adfert. Nam & ex ſermone, & ex eo, qua quis conſtantia, qua trepidatione, quid diceret, vel cuius exiſtimationis quiſque in ſua ciuitate eſt, quædam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt.*

Quibus ita ſubductis non magni † negotii fuerit ad argumenta ex contrario allegata reſpondiſſe. Etenim peculiare eſſe videtur in iudicibus a ſede Apoſtolica deſignatis, vt aliis ſuper receptione teſtium vices ſuas delegare poſſent. Idem defendi non incolorate poſſet, *in capit. mulieres, 2. de iudiciis in ſexto*, iure ſingulari receptum eſſe, vt ad mulieres audiendas, ne in publicum ſe temere committere cogantur, tabelliones deputentur, maxime illa conſideratione admiſſa, quod ex capit. *ſi qui teſtium*, extra, de teſtibus edoceamur, in valetudinariis, ſenectute vel debilitate confectis, aut paupertate depreſſis, receptum eſſe, quod non poſſint ad præſentiam iudicis adduci, vt ad ipſos audiendos mittere poſſint perſonas idoneas & diſcretas. Vrgent tamen e diuerſo, verba eiuſdem capit. *mulieres, vel ſi forte talis caſus occurreret, quo iure prohibente receptio teſtium alteri committi non poſſet*. quæ verba per argumenta a contrario ſenſu, demonſtrare videntur regulariter in cauſſis ciuilibus eſſe locum delegationi. 9

Qua de cauſſa quid obtineat † iure canonico in præſentia ad viuum non reſecabimus: iuris ciuilis diſpoſitionem autem aperte repugnare etiam noſtra *l. iudices*, pro parte contraria allegata, haud obſcure inſinuat, dum in cauſſa abſentiæ & maioris interualli illud concedit. Etenim *l. tertia, §. final. ff. de teſtibus*, comprehenditur, teſtes non eſſe temere ex longinquo euocandos. In eadem cauſſa eſt *lex final ſupra, de teſtib.* vt ſcilicet, non diuerſam cauſſam fouere, ſed hanc, de qua tractamus, poſitionem ſola aſſerere poſſe videatur. Etenim teſtes apud compromiſſarios Iudices ex conſenſu vtriuſque partis auditi, re ad Iudicem delata, ad poſtulationem partis repetuntur, quod ſane non obtineret, ſi talis examinatio aliis committi potuiſſet. illud interea non diſſimulabimus, conſuetudinem multorum locorum, *vt teſtantur Angel.* 10

Digitized by Google

dict. leg. iudices. C. de fid. inſtrumen. Philippus Corneus in dict. leg. hac conſultiſſima, §. fin. numer. 14. Felyn. dict. cap cum cauſſam, extr. de te-
11 *ſtibus num 30.* † eo rem deduxiſſe, vt iudices multitudine negotiorum & cauſſarum impediti, tabellionibus huiuſmodi examen committant. Porro neminem fugit, aſſeſſores Spirenſis cameræ, nedum multitudine negotiorum, ſed etiam publicis occupationibus ita diſtringi, vt audiendis teſtibus operam nauare nequeant. Accedit, quod in cauſſis coram iiſdem agitatis, non facile ſit teſtes ſiſtere, quippe qui ex longinquo plerunque accerſi deberent: quo caſu etiam ex diſpoſitione noſtri iuris, vt ante ſignificauimus, huiuſmodi commiſſiones in alienas perſonas expediri ſolebant, *dict. leg. iudices. C. de fide inſtrumen. & ibidem Cyn. num. 1. Salyc. numer. 1. Odofred. in princip. Fulgoſ. in ſuo ſummar. l. generaliter. C. de reb. cred. & iureiurand. l. 1. §. ſin autem abſuerit. C. de iureiur. propt. cal. dand. Anton. de Butrio. in cap cum cauſſam, extra de teſtibus, num. 2. Abbas numer. 22. Felyn. num. 31. Alexan. Stiatic. in ſua practic. iudicial. cap. 6. num. 1. Menoch. de recuper. poſſ. remed. 15. num. 146. Andr. Gail. pract. obſer. lib. 1. cap. 96. in prin. Proſper Farinac. libr. 3. tit 8. q. 77. cap. 1. num. 2.* idque eo caſu maxime obtinebat, quo conſtaret, teſtes, qui interrogandi eſſent præ ſenio, valetudine, vel denique ex cauſſa dignitatis, aut ſimili, non poſſe vllo modo, aut ſaltē ſalua dignitate & opinione ſua ad locum iudicii occurrere, *cap. ſi qui teſtium, extra de teſtibus, l. ad egregias. ff. de iureiu. authen. principales. C. de iureiur. propt. cal. dand. cap. mulieris, de iudiciis, in 6. Gloſſ in dict. cap. ſi quis teſtium, Innocent. ibidem, verſ. vel ad iudicem loci, Hoſtienſ. num. 1. Abbas num. 2. Felyn. num. 4.* Sed vt ſupra cognouimus non facile tabellionibus aut aliis perſonis, qui iuriſdictione carebant, talis cognitio decerni ſo-
12 let. Præterea certi iuris eſt, id in cauſſis † criminalibus admittendum non eſſe, *vt auth. apud eloquentiſſimum ſeq. item Nouell. de teſtib. §. & quoniam, & §. hæc omnia, Odofred. d. authent. num. 1. Cyn. num. 1. Baldus & Salyc. in ſuo ſummar. Bart. in prin. Proſper Farinac. in tract. de teſtibus, libr. 3. tit. 8. quæſt. 77 cap. 2. num. 71.* vbi infinitos auctores in hanc rem allegat. idem pronuntiat Caſtrenſis *in noſtra l. iudices. C. de fid. inſtrum. num. 1. verſ. & licet hic diſtinguatur*, item cauſſa ciuili quæ ardua ſit, *Ioan. Sichard. ibidem numer. 6. Alberic. in authent. apud eloquentiſſimum, numer. 1. Odofred. ibidem, num. 2. verſ. quid enim ſi litigo tecum, Fulgoſ. num. 1. Abbas in cap. cum cauſſam num. 22 extra de teſtibus. Capitius deciſ. 90. num. 15. Proſper Farinac. lib. 3. tit. 8. quæſt. 77 num. 55. c. 1. Ripa in l. admonendi num. 189. Campeg. in tractat. de teſtibus. reg. 286. in 10. fallent. Crauett. ad Veſtr. in pract. libr. 6. cap. fin. num. 11.* vbi teſtatur de communi opinione.

Et quamuis multi, *vt Baldus in d. authent. apud eloquentiſſimum, nu. 1. C de fide inſtrumen. Caſtrenſ. nu. 2. Sichard. nu. 6. Felyn. in cap. cum cauſſam. extra de teſtit. num. 24. poſt Iac. de Butrio, Innocent. Ioan. de Anan. Andr. Ioan. Monach. & alios ab eodem allegatos*, ſtatuant, contrarium † eſſe, ſi teſtes in ea regione verſen- 13
tur, quæ ſub iuriſdictione aliena ſit, tamen huiuſmodi opinio difficultate non caret, *vt videre licet apud Cynum in d. authent. apud eloquentiſſimum, num. 3. Fulgoſ. num. 1. Salyc. nu. 3. Alberic num. 1. Abbatem in cap. cum cauſſam, extr. de teſtib num. 22.* Vnde etiam auctores cōtrariæ opinionis, vt videre licet apud Anton. Gabrielem, *lib. 7. cōcluſ. 25. tit. de malefic. num. 4. Crauet. de ritu magnæ Curiæ, capit. 177. num. 7. Proſper Farinac libr. 3. tract. de teſtibus. tit. 8. quæſt. 77. c. 2. nu. 92.* vim maiorem conſtituunt in conſuetudine quam in rationib. vt videtur etiam facere Andr. Gail *libr. 1. obſeru. 96. num. 11. Iulius Clarus ſentent. lib. 5. §. fi. quæſt. 26. numer. 3. verſ. ſed de conſuetudine, & multi alii ab eodem allegati, Alberic. in tract. de teſtibus, in 2. part. principal. num. 19. Iacob. Menoch. lib. 2 pract. quæſt cap. 250. num. 20.* Fateor quidem, illud ea cōſideratione admitti poſſe, ne vt animaduertit etiam ipſe Gail & ante illum Angelus *in tracta. de malefic. in verb. qui Iudex ſtatuit terminum, numer. 23. Foller. in pract. criminal in verb. & demū repetantur teſtes, num. 3. Viuius opin. q. 28. num. 4. Clarus in ſua practic. §. fin. quæſt. 26. in prin.* ſi Iudex grauioribus cauſſis irretitus operam ſuam accommodare nequeat, crimina remaneant impunita. Sed ſane ſatis periculoſa res eſt, quem hoc modo dimicare de capite & fortunis omnibus, cum ad eruēdam veritatem rei geſtæ plurimum inquiſitio diligentis iudicis adferre ſolet, vt antea intellectum eſt, *l. de minore. §. plurimū, ff. de quæſt.* cum interſit qua conſtantia, aut qua contra varietate, quid proferat, quo vultu in reſpōdendo ſit: item vtrum pœnam ratione mendacii reformidare poſſit, *l. nullum, C. de teſt. l. 1 & tot. tit. C. de calumniat.* an vero talis licentia plane inulta futura ſit. Conſultius † itaque eſſet 14
huiuſmodi periculo propoſito, per literas ſubſidiales petere, vt Iudex eius loci tales homines

homines tranſmittere velit, vt auctor eſt Boſſius *in ſuo tractat.crimin.in titul.de oppoſit. contra teſt num.26.Lanfranc.in eod.tractat.numer.19.* vel quia illud difficulter impetrari ſolet, dirigere aliquos ex conſiliariis, qui petito territorio in ciuitate, vbi teſtes commorantur, eoſdem ex forma iudicii audiant, *argum.d.ict.l.iudices.C.de fide inſtrum.& d.cap. ſi qui teſtium, extra de teſtibus*, vt multis in locis factum eſſe memoria repeto.

15 Qua in re nõ eſt, quod nos moueat † auctoritas Andr.Gail.*d.obſer.96.lib.1.n.10.& 11.* qui oſtẽdit id promiſcue fieri, in cauſſis fractæ pacis, cum tñ condemnatus, vt ibidem ſubnectit idem Andr. Gail. vitam cum fortunis amittat, & impune omniũ offenſioni exponatur: multę enim ſunt cauſſæ, quæ huius rei iuſtitiam in decreto ſupremi tribunalis defendere videntur, occupationes publicæ & maiores, de quibus antea diſſeruimus: deinde, quod tales Commiſſarios in huiuſmodi cauſſis deſignare ſoleãt, qui plane idonei videãtur, de qua re poſtea. Tertio, quod verbo quidem tale periculum intentetur, ſed rariſſime aut nunquam tantæ atrocitatis exempla, in florentiſſima incliti Imperii, Germanici natione notentur, aut audiantur, aut alienum a ratione videri non debeat, ſi hoc caſu quædam permittantur, quæ alias facile cõcedi non ſolent, de qua re copioſe diſſeruimus, *in noſtro tract. de præſcript. part.3. cap.6. num.44.* His ita ponderatis animaduertimus, ſtylum cameræ Spirenſis, nedum in ciuilibus, ſed etiam criminalibus negotiis a diſpoſitione iuris differre. Eſt præterea & hic tertium, quod nominatim obſeruandum eſt, hanc ipſam rem electioni litigatorum cõmitti, vt ipſi ſcilicet commiſſarios, quos velint deſignẽt, id enim iure permiſſum eſſe non inuenimus, ſed potius iudicis officio cõtineri, vt in caſibus (in quibus olim id licebat) certas perſonas conſtitueret, quæ illud explicarent, *authent.principales. §.ſed ſi quis. Cod. de iureiurand. propter calumniam dando, leg.ad egregias. ff. de iureiurando, leg. iudices, Cod. de fide inſtrument. cap. ſi qui teſtium.extra de teſtibus, cap.mulieres, de iudic.in 6. clem.* 1. *de offic.delegat.* Vnde hæc forma electionis ex obſeruatione, *l. apertiſſimi, & l. final. Cod.de iudic.* proceſſiſſe videtur, in quibus recuſato iudice delegato, talem formam electionis propoſitam videmus.

16 His ita cognitis eodem † conſilio, ſubiicio eiuſdem Ordinationis caput decimum ſextum, quod proprie ad cauſſam noſtræ legis pertinet, & cuius principium ita ſe habet?

So alſo der Antworter / auff deß Klägers Artickel geantwortet/ Wo dann der Kläger in demſelbigen Termin gleich darauff nicht Commiſſarien ernennet / oder dilationẽ probandi **genommen/ ſol jhm das in der ſechſten Audientz hernach vor dem Deputatẽ nach der gerichtlichen Audientz/ wie obẽ geſetzt/ zu thun zugelaſſen ſeyn.**

Hæc latino ſermone concepta, ita eff[e]rri poſſunt: *Si reus ad actoris articulos reſponderit, & idem actor in eodem termino confeſtim nõ deſignet Commiſſarios, nec dilationem probandi petat, tamen vt id poſtea, in ſexta audientia, coram deputatis, poſt iudicialem cognitionem (vt ſupra intellectum eſt) facere poßit, eidem permittetur.*

Quæ hoc capite traduntur: pro inſigni parte aliena a iuris diſpoſitione poſſent videri, ꝙ ſupra intellexerimus, cauſſam cõmiſſariorum iure noſtro niſi certis in caſib. cognitam non fuiſſe: ſed nihil prohibet ea quæ recens cõſtituta ſunt interpretationem
a iure † recipere, *l. non eſt nouum. ff. de legib. l.* 17
1. §. lex Falcid. ff. ad l. Falcid. l. vt gradatim. §.1. ff. de minor. & honor. l. ſi. ff. de decret. ab ord. fac. l. in lege cenſoria, 203. ff de verb.ſign. l. 2. ff. de orig.iur. §. ita in ciuitate noſtra. Vnde quamuis iure definitum non ſit, quod commiſſarii, qui audiendis teſtibus operam nauant, peti poſſint, multo minus quando illud faciendum ſit, tamen extra controuerſiam eſt actiones nedum proponendas, ſed etiã probandas eſſe, *l 1. & 2. C. de probat. l. qui accuſare. C. de edend. l. fin, C. de rei vindic.*
† quando 18
autem illud explicandum ſit, aut quo in termino, id certo conſtitutum non memini.
Conuenit inter omnes † actionem princi- 19
palem ante litem conteſtatam probandam non eſſe, *cap.1. vt lit. non conteſt. & c. accedens. c. quoniam, eod.tit. cap.exhibita. extra. de iudic. cap. cum cauſſam, de appellat. item argum. l. properandum. §. et ſi quidem. C. de iudiciis. item l. ſiquidem. Cod. de except. Innocent. dict. cap. quoniam, de lite non conteſta. in princip. Panormitan. ibidem num.1. Felyn. num. 4. Marian. Socin. nu.8. Andr. Gail. libr. 1. obſeru. 93. num.7. Mynſ. cent.4. obſer.71. nu.1. Hartm. Hartm. in ſua pract. forenſ. lib.2. tit.15. obſeru. 10.* cum negotii merita partium aſſertione pandantur, *l. final. Cod. ſi per vim vel alio modo,* item ante litem conteſtatam nullum ſit iudicium, *l.1. Cod de lit.conteſt. l. amplius. ff. rem ratam haberi, & de ratihabition.* & teſtes non

ſolum in rem actoris audiendi ſint, ſed vtriuſque, *cap. non ſine 14. quæſt. 5.* cōſequens igitur eſſe videtur, vt poſt litem conteſtatam vbi controuerſiæ ſtatus conſtitutus eſt, illud liceat, maxime cognitis reſponſionibus ipſius rei, quod a definitione huius capitis, & §. *fi. c. præced.* abhorrere non videtur, dum vtrobique ſtatuitur, quod liberum ſit litigatoribus in præcedenti vel hoc termino probationem offerre, commiſſarios nominare & tempus ad probandum petere. Additur

20 *d. §. vlt* quod illud etiam liceat † quocunque tempore, quæ res in dubitationem incidere poſſet, quod effuſus ſermo nullū iudicii tempus excludere videatur, *l. fin. C. de dot. cog. cap. ſi Romanorum diſtin. 19. cum ſimil.* adeo vt etiam poſt publicationem teſtium ab alterutra vel vtraque parte id fieri poſſit, contra definitionem authent. *atqui ſemel. C. de probat.* quæ mens conditorum huius Ordinationis minime fuit, vt aparet ex §. **Zum dritten** / *cap. præcedenti*, item in nouiſſima cōſtitutione Spirenſi anno 1600 §. 134. **auch ſoll ins künfftig** / fol. 44. Recipit itaque ſermo generalis declarationem ab aliis legib. *l. in toto iure. 80 ff. de regul. iur. l. non dubium. C. de leg. l. non eſt nouum. ff. eodem tit. l. obligatione, ff. de pignor.* Vera itaque huius rei interpretatio videtur, vt liceat ei illud facere hoc vel præcedenti termino, vel etiam ſequentibus, antequam tamen ab vllo litigantium procedatur ad publicationem teſtium, vel Iudex ipſi certum diem probationis definiat, *arg. cap. paſtoralis. extr. de except.* etenim

21 nonnunquam expediens eſſe videtur, † differre probationis cauſſam quoad allegationibus vtrinq; finis ſit impoſitus. Fieri enim poteſt, vt nedum actionem, ſed & replicationem per eoſdem teſtes implere poſſit, idemque etiam procedit in exceptionibus & duplicis ipſius rei.

Porro teſtes non temere ſæpius vexandi videntur, *l. ſi quando. C. de teſtibus, l. 3. § fin. ff. eodem tit.* deinde intereſt litigātium, ne duplici ſumtu onerentur, *l. quoniam, C. de teſtibus, l. 3. §. diuus, cum §. ſequen. eod. tit. c. ſtatutum. §. proferendo, de reſcript. num. 6.* rurſum vtrique parti, vel vni ex duabus aliquando

22 conducere † intelligitur, vt probationis onere mature defungātur, quod monumenta ſcriptis conſignata perpetuo durent, *l. geſta. C. de re iudic. l. contrahitur. ff. de pignor. l. contractus. C. de fid. inſtrum.* hominum autem vita incerta ſit, *Nouell. 111. cap. quoniam cōtra, extra vt lite non conteſt.* deinde memoria labilis, *l. peregre. ff. de adquir. vel amit. poſſ. l. hac conſultiſſima. C. qui teſtam. fac. poſſ.* Plane in eo differentia eſt, vt antea admonui, quod reus iure noſtro non cogebatur ad cauſſam probationis ſe accingere, antequam actor intentionem ſuam impleſſet, *l. ſiquidem. C. de except.*

Animaduertendum autem eſt, † circa hanc deſignationem, commiſſariorum certas cōditiones plerumque requiri, vt ſcilicet eum, cui hoc negotium committi velimus ita deſcribamus, vt facile intelligi poſſit, de quo ſenſerimus, quod haud difficulter conſequemur edito ipſius nomine, cognomine, dignitate, aliiſue qualitatibus, ex quibus res certa reddi poſſit, *l. hac conſultiſſima, C. qui teſtam. fac. poſſ. & ibidem Bald. nu. 3. & 4. Alexan. num. 4. Fulgoſ. num 3. Caſtr. num. 6. Iaſon. num. 11. Bartol. in l. demonſtratio. ff. de condit. & demonſtr. num. 12. & 18.* qua in re nō conuenit nimis eſſe ſcrupuloſis, modo conſtet de perſona, *l. 1. §. fin ff. de dot. præleg. l. certum, ff. de reb. cred. ſi cert. pet. l. 1. 2. 3. ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit. Bart. d. l. demonſtratio, nu. 15. Alexan. d. l. hac conſultiſſima, nu. 4.* Porro, ſi error cauſſam ſumtuum & eluſionis præberet, non dubitaremus hoc caſu illos nominanti adſcribendos eſſe, *argum. l. eum qui temere ff. de iudic. & ibidem Caſtrenſ. num. 2. c. ſi. extra de reſcript. & eorum, quæ memoria prodidit Andr. Gail. lib. 1. obſeru. 50. num. 2.* Accedit quod incerta Cōmiſſariorum deſignatio videatur eſſe nullius momenti. *argum. ca. ad hac extra. de reſcrip.* Præterea edocemur ex receſſu viſitationis anni, 62. §. **Die Procuratores** / † quod in petendis commiſſionibus complecti quis debeat, in quam rem, & in quo puncto, & quos articulos huiuſmodi Cōmiſſarii deſiderentur, *ſecūdum ea, quæ ſcripto comprehendit Ciſnerus libr. 3. ordin. Spirenſ. cap. 16.* Etenim cum cauſſa commiſſionis ſit ſtricti iuris, vlterius porrigi nō debet, quam eius verba patiantur, *capit. Rudolphus, & cap. ſignificauit, & cap. ſedes Apoſtolica, extra. de offic. deleg. & arg. l non diſtinguemus, 32. § de officio. ff. de recept. arb.* Porro Iudex huiuſmodi † commiſſiones decernere nō poteſt, niſi cauſſa cognita, *hac l. Iudices.* Quæ autem in cauſſæ cognitione verſentur, nos copioſe perſequimur, *in l. 1. C. de dilat.* Accedit, quod Iudex officium ſuum non petenti, aut vltra quam petatur, regulariter impartiri nequeat, *l. 4. §. hoc autem iudicium. ff. de damn. infect. & ibidem Bartol. atque alii Doctores.* Et præterea & aliud neceſſarium, vt ſcilicet

23

24

25

Digitized by Google

26 licet nomina teſtium edantur, † vt apparet ex receſſu viſitationis, anno 1583. promulgato, de qua re etiam nonnullam mentionem facit Proſper Carauit. *ſuper ritibus magnæ curiæ, cap. 140. numer. primo*, quamuis in caſu aliqua ratione diuerſo, *item Afflict. in conſtitut. regias in 6. notabil. copioſe autem Rutgerus Ruland. in ſuo tractat. de commiſſ. libro ſecundo, capit. 6. numer. 5. & ſequen*. Non puto tamen 27 hanc & præcedentem conditionem, † ſi iuris definitionẽ ſpectemus, adeo ſtricte obſeruandam, quin ex poſtfacto deſignatio capitum, & articulorum ſuper quibus audiendi ſint fieri. Præterea adhuc alii teſtes nominari poſſint: alioquin confitendum erit diſpoſitionem iuris ciuilis repugnare, quæ tertiam productionem concedit, & quartam cum ſua ſolemnitate, *authent. at qui ſemel. ſupra de probation.* ſecundum ea, quæ ex Hoſtienſi, Baldo, Felyno, & aliis referimus. Vnde etiam animaduertimus, ſi ſtylum & conſuetudinem curiarum intueamur, has ipſas conditiones nõ ſemper adhiberi: conſultius tamen eſſe iudicarem, ſi ad tollẽdam ſiniſtræ occaſionem ſuſpitionis, illis quoad fieri poſſit pareretur, cum *d. authent. at qui ſemel* exaudiri poſſit de iudicibus ordinariis, quorum maior poteſtas eſſe ſolet, quam delegatorum, *l. a iud. ce. ſupra de iud.*

Dagegen der ander theil zu handlen/ vnnd wider die ernente Commiſſarien / ſo ferrn beyde theil ſich derſelbigen vor dem Deputaten nicht verglichen/ zu excipirn/ zeit in ordinariis, biß auff die zwölffte / vnd in extraordinariis, biß auff die ſechſte Audientz / vnd der Kläger dagegen zu repliciren auch ſo viel zeit haben ſoll.

Hæc latino ſermone donata ſequentem interpretationem recipiunt. *Aduerſus quæ pars altera agere & contra nominatos commiſſarios, ſi vtraque pars coram deputatis de illis non conſenſerit, excipiendi, in ordinariis, vſq; ad duodecimam, in extraordinariis, vſque ad ſextã audientiam, & viciſſim actor ad replicandum tantundem temporis habituri ſunt.*

Vnd ſo derhalbẽ ſubmiſſiones beſchehen/ Sol darauff durch Cammerrichter vnd Beyſitzer/ fürderlich beſcheid eröffnet/ von dẽ Kläger nach ermäſſung deß Gerichts/ ſeine Artickel ſo ferrn die verneint/ zu beweiſen/ zeit beſtimpt werden.

Hæc latine reddita ita ſe habent: *Et ſi propterea ſubmiſſiones fiant, ſupremus cõſiſtorii præſes & Aſſeſſores, quod conueniat incunctanter decreto expedient, & actori ſecũdum æſtimationem iudicii, ad probationem illorum articulorum, qui negabuntur, certum tempus definient.*

Hos §§. ad diſpoſitionẽ iuris ciuilis reuocatos minime cõgruere, rationes, quas mox ſubiicimus, facile euincent. Etenim ſi hos Cõmiſſarios † cũ delegatis iudicib. compa- 28 rare velimus, ſola aſſertio ipſius rei vel actoris de illis ſe diffidere cõtendentis, ſufficiet, neq; ſpeciali exceptione & replicatione aut interlocutoria iudicis opus eſt, vt cõprehenditur, *l. apertiſſimi, C. de iudic.* vbi de hac quæſtione cumulate ſcripſimus, ſiue illos potius conferamus cũ arbitris qui poſt recuſationẽ iudicis delegati eligi ſolent: adhuc longum interius ciuile & præſentis §. enũtiationem erit diſcrimen, q; huiuſmodi † arbitri non ab 29 vna parte nominari, ſed ab vtraq; ſe cõſtitui ſolent. Secundo, q; huiuſmodi electio intra triduũ expediri debeat, *l. fi. C. de iud.* Tertio, quod ſi non conueniat, inter partes de non eligendis arbitris, Iudex hãc contentionem dirimere poſſit, ipſemet tales deſignando, *l item ſi vnus. §. principaliter, 6. ff. de recept. arbitr. item dict. l. fin. C. de iudic. Gloſſa ibidem. in verb. dirimenda, & ibidem Baldus nu. 2. Fulgoſ. num. 2. Caſtrenſ. nu. 3. Aretin. nu. 3 Salyc. nu. 4. Zaſius ibidem nu. 2. Iaſon. nu. 4. Schard in l. apertiſſimi, eodem tit. nu. 14.* Hinc etiam fit, vt ſi ex lege municipali, vel ſimili cauſſa controuerſia ad Conſultorem tranſmittẽda ſit, & litigatores diſſentiãt, electio deuoluatur, ad iudicem, *Bart. in l. 1. §. 1. ff. de ventr. inſpic. num. 5. argum. l. 3. § fin. ff. de adminiſtr. tut. item l. in venditione. § fin. ff. de rebus auct. iudic. poſſid. & § & notãdum, eadem lege.* Vnde etiam, ſi partes diſcordent, in eligendo aſſeſſore, penes iudicem eſt electio. *Gloſſa in capit. ſuper quæſtionum, §. verum, in verb. aſſenſu, extra de offic. iudic. delegat.* ex quibus apparet non opus eſſe prolixo illo iudicii ordine quo Iudex poſt exceptionem, & replicationem, productionem teſtium, per quos cauſſæ recuſationis probentur, & cõtrouerſia principalis ex incidenti quæſtione cum graui damno litigantium, multiſque laborib. & moleſtiis, quæ interea temporis exhauriendæ ſunt, in multos annos ſæpe producitur ſuo decreto tandem incidentem quæſtionem tollat. Ceterum † non deſunt rationes, quæ aſſerere cauſſam hui⁹ depoſitionis poſſunt. 30 Etenim ſenatus Spirenſis cum huiuſmodi audientia in longinquas regiones reiicienda ſit, compertum habere non poteſt, quibus virtutibus, aut contra vitiis eo loci homines ſint prædîti, *argument. capit. cupien-*

Digitized by Google

tes. §.ſi vero in diſcordia,cap.quoſdam & capit. quanto,extra,de præſumt.l.eius.ff. de reb.cred.ſi cert.pet. Deinde ſatis inuidioſum eſſe videtur electionis cauſſam in ſe transferre, niſi competẽs aliquod interuallum intercedat, quo agitato negotio, partes adhuc conuenire poſſint, *arg.cap. quoniam,extra de iure patronat.& cap.cum propter,eod.tit.& cap.eam te, eod.tit.& c.1.de controuerſ.apud Par.cur.terminand.* maxime cum & pronuntiatum ſit generale, iudicem in illam curam incumbere debere, vt per amicam compoſitionem potius controuerſias dirimat, quam vt ſua iuriſdictione vtatur, *authent. ſi vero contigerit, C.de iudic. l.1. §. inde quæritur,ff. de oper. nou. nunt.* Si itaque litigantes plures nominãdo, ex quibus aliqui ſuſpecti non ſint, huic difficultati medeantur, expedita res erit. Idem quoque obtinebit, ſi ex poſtfacto nõ ſuſpectos nominet, in quos pars aduerſa conſentiat. Quod ſi autẽ illud omittatur, hoc caſu non iniuriã cognitionem exceptionũ propoſitarum, nec non & replicationis, item ſecutæ atteſtationis Iudex rationem habere poteſt. Quid ſi enim reus omnes Commiſſarios ab actore nominatos reiiciat, vel contra id in actore eueniat, & difficile ſit ipſi actori vel reo alios nominare, æquitas poſtulare videbitur, vt decreto ſuo Iudex hãc iniquitatem vindicet & malitiæ litigãtium occurrat, *argum.l. hoc modo, 64. §.1.ff. de condit. & demonſtr.*

Obſeruandum autem eſt in diſceptatio-
31 ne † propoſita non ſufficere generalem re-
cuſationem, vt ius ciuile, *dict. leg. apertiſſime. C.de iudic.* inſinuare videtur, *& ibidem Gloſſa. in verb.libello Bartol.num.2.Baldus nu.7 Salyc. nu.7.Iaſon.nu.15.Fulgoſ nu.4. Cyn.nu.1.Franc. Aret.num.5.Caſtrenſ.nu.7.Zaſius*, & alii, modo quis hoc aſſerere ſit paratus cum iureiurando: ſed requiri cauſſarũ expreſſionem, *vt* §§. in quorũ explicatione verſamur, haud obſcure inſinuare videntur, dũ & exceptionis, replicationis, probationis & decreti mẽtionem faciunt, quod ipſum non videtur eſſe alienum a diſpoſitione iuris canonici, *cap. ſuſpitionis.de offic.deleg.c. cum ſpeciali.ff. de appellat.* quam definitionem loquentẽ de recuſatione iudicis delegati ſtatuo, non incõmode ad noſtros §§. transferri poſſe. Neq; obſtare puto pronuntiatum Andr. Gail. *lib. 1.obſeru.33.nu.17.* qui exiſtimat, notariũ examinis, ratione ſuſpitionis ſolo iuramẽto recuſari poſſe, intelligi enim debet de illo notario, qui Commiſſarius non ſit, ſed ab illo adſciſcitur, vt eum intelligit Rutgerus Rolandus *libr. 4.de commiſſar.cap.14.numer.28.* id probans in notario adiuncto, ne ſecum pugnare videatur, dum ait, ibidem *num.16.* iuris canonici obſeruationem vſu iudiciorum paſſim receptam. Quod ſi quis Andream Gail. intelligat de iudicib. delegatis, qui de ſola ſuſpitionis cauſſa cognoſcunt, illosq; ſeparet a tabellionibus, qui ad hoc deſignati ſunt, vt teſtes audiant, de quibus loquitur Alexand. *libr 5.conſ.104.num.2.poſt Petrum de Ancharan.* non tendam magnopere, ſed tamen admonebo §§. in quorum declaratione verſamur haud obſcure reclamare, niſi conciliationis gratia quis diſtinguat inter notarios, qui a partibus nominati ſunt, & illos, qui à iudice conſtituantur, de quibus ſequenti in §.

Dieweil auch an ſolchen Commiſſarien/ſo durch Cammerrichter vnd Beyſitzer je zu zeiten verordnet werden/ nicht weniger dann an dem Richter gelegen/ So ordnen wir/ daß hinfurter niemandts/ er ſey was Standts er woll/ zu Commiſſarien verordnet werden ſoll/ er ſey dann darzu tüglich vnd geſchickt/ erkennet vnd geachtet. Latine ita reddimus.

Cum etiam in huiuſmodi Commiſſariis, qui a ſupremo Spirenſis Conſiſtorii iudice, & eiuſdem Aſſeſſoribus deſignantur, non minus præiudicii, quam in ipſis iudicibus verſetur: ſtatuimus ne deinceps vllus cuiuſcunque ordinis aut ſtatus ſit, in commiſſariũ deputetur, niſi idoneus & ſatis verſatus (alias aptus) fuerit iudicatus & reputatus.

Quæ in hunc §. collata ſunt, iuris deciſioni non videntur quoque reſpõdere, ſi communem Doctorũ (de cuius veritate ſuo loco inquirimus) interpretationem, *l. certum. C.de iud.* reſpiciamus. Nam Cynus *ibid.nu.1. Odofred nu.3 Bart.in prin.Alberic.nu.1 Bald.in prin.& n.2.Ang. in prin. Caſtrenſ.nu.1.* & alii
ibidem a nobis relati tradũt, etiam imperi-
tum literarum iudicem † eſſe poſſe. Quod 33
cum ita ſeſe habeat, per conſequens idem probãdum eſſe videtur in huiuſmodi commiſſariis. Et quamuis reſpõderi poſſet, hãc traditionem Doctorum declarationem recipere, vt ſcilicet locum non habeat in iudice delegato, *Nouell.82.de iud.in princ.& §. vt eam exaudiunt Gloſſa dict.l. certi. C. de iudic.in verb.magiſtratibus,Salyc.ibid.nu.3. Iaſon.n.5.* tamen rurſum in difficultatem incidimus, quod eadem Gloſſa atque Doctores profiteantur, talem delegationẽ valere, ſi a Principe facta ſit: tribunal autem Spirenſe concurrentem cum Imperatore habet iuriſdictionem,

Digitized by Google

dictionem, *vt ſupra libro ſecundo, eiuſdem ordinationis, cap. 35.* quodque in perſonis magnæ dignitatis non videatur huiuſmodi obſeruatio tenere, *arg. cap. ſtatutum, de reſcript. in 6.* Vnde bene atque ordine conſtituiſſe Imperatorem animaduertimus, ne in poſterum alii commiſſarii cuiuſcunque eſſent ordinis aut dignitatis cōſtituerentur, quam
34 qui idonei † & apti, vel in eo genere verſati iudicati & reputati eſſent. Quid pronuntiatione horum verborum contineatur, non cuiuſuis, ſed intelligentis, & in iure atque praxi verſati, eſt pronuntiare. Nobis autem in præſentia ſatis fuerit, quaſi per vmbram & imaginem quorſum pertineant comprehendiſſe. Per dictionem, *idonei*, demonſtrāt meo iudicio capacitatem & qualitatem ipſius perſonæ: per verbum, *aptitudinis*, peritiam & experientiam inſinuare videntur.
35 Hoc igitur munus minoribus † committi non poterit, aut qui infra illam ætatem ſint, quæ *l. quidam conſulebant. ff. de re iudic.* deſignatur; non fœminis, *l. fœmina ff. de reg. iur.* non ſeruis, non monachis, *l. in omnibus. ff. de regul. iur. cap. cum ad monaſterium, extra. de ſtat. monach.* non mulctatis exilio, vel deportatis, vel proſcriptis, §. *ſed & capitis. Inſt. quib. modis tut. fin. vbi Port. numer. 9. Ang. num. 2, Aldobrand. num. 3. Mynſing. num. 3. l. fin. Cod. de ſent. paſſ. & reſtit.* item his qui infamia notati ſunt, *l. diuus, ff. de iniur.* & id genus aliis vitiis laborantibus, propter quæ huiſmodi officia denegari ſolent, qua in conditione etiam eſſe conſtituimus omnes cauſſas, ex quibus Iudex recuſari poteſt, de quibus *in leg. aper-*
36 *tiſſime, C. de iudic.* Peritiam in † commiſſario requiri coarguunt illa, quæ ſupra a nobis commemorata ſunt, dum ſtatuimus iudices nimis pronos eſſe non debere ad huiſmodi delegationem admittendam, *l. 3. §. idem diuus, cum §. ſequen. ff. de teſtib l. de minore, §. plurimum. ff. de quaſt.*

Obſeruandum enim commiſſario eſt, ne animi elatione prouectus, vel cœco aliquo impetu raptus, ant affectibus impulſus, citra
37 mandatum a parte † impetratum, aliquid faciat, *hac l. iudices*, aut eius fines excedat, *l. diligenter, ff. mandat. c. cum dilecta. c. cum olim. c. Rudolphus c. ap. ſignificauit, extra de reſcript. c. cum olim Abbas c. cum P. & G. cap. ſuper eo. de offic. delegat. Marant. diſput. 1 num. 33. Cephal. conſil. 284. num. 11. vol. 2. Andr. Gail. libr. 1. ob-*
38 *ſeru. 35. nu. 3.* Vnde ſi duo commiſſarii † conſtituti ſint, vnus ſine altero nihil explicare poteſt, *cap. cauſſæ matrimonii. cap. prudentiam, cap. cum cauſſa, extra, de offic. delegat.* Idem igitur obtinebit, ſi ſine adiuncto examen teſtium ſuſcipiat. *Ruinus conſ. 5. lib. 5. Theſaurus deciſ. 255. num. 7. Rutgerus Ruland. libr. 4. cap. 14. num. 7.* Nam & is, ſi modum commiſſarius excedat, inhiberi poteſt. *Mandoza de inhibit. quaſt. 6. num. 2.* Requirimus præterea in ipſo Comiſſario, vt non vnam, ſed vtramque partem † de ſua commiſſione inſerto e- 39
iuſdem exemplo *Guid. Pap. deciſ. 286. num. 1. Bald. in l. cum qui, ff. de iuriſdictio omn. iudic. in quaſt. 4. Afin. in praxi iudiciali in tit. de citat. cap. 2. num. 3 Roland. a Valle conſ. 39. nu 23. lib. 1. Iaſon in leg. 2 ff. ſi quis in ius vocat. non ier. nu. 2. Bartol in authent. qui ſemel. C. quom. & quand. iud. in verb. aduerſario cognitis. argum. eius textus, Baldus in authent. offeratur, C. de lit. conteſt. numer. 10. Rutger. Ruland. libr. 6. de commiſſar. cap. 3. num. 7. idque argum. cap. præterea de dilat.* reddat certiorem, & reo † articulos, ſuper 40
quibus teſtes audiendi ſint, vt ſua interrogatoria conficere poſſit, vna cum directorio tranſmittat, *Andr. Gail. obſeru. 95. num. 6. lib. 1. Rutger. Ruland. in ſuo tract. commiſſ lib. 5. cap. 1. num. 3. Iaſon l. 1. num. 16. ff. de reb. cred. ſi cert. pet. Termineus tit. de probation. per teſtes, Innocent. in cap. per tuas, extr. de teſtib. n. 1. Hoſtienſ. nu. 5. Bald. num. 9. Abbas num. 2 Aretin. nu. 11. Felyn. num. 2. verſ. vlterius, Specul. in tit. de teſt. §. nunc videndum, 5. num. 10. & §. iam de interrogatoriis, 6. nu. 3. Proſper Farin. lib. 3. tit. 8. quaſt. 73. num. 16.* Vbi tamen requirere videtur, vt id ab aduerſa parte petatur. Si tamē aliquid eorū omiſſum eſſet, propterea examē non vitiaretur, *vt ſentiunt Hoſtienſ. Bald. Felyn. & alii loco proxime allegato.* Porro, ſi reus poſteā ſuperueniat, & articulos ſibi dari deſideret, vt interrogatoria formare poſſit, & petat in hoc competentem dilationem, hoc denegari non poterit, *Speculat. d. §. iam de interrogatoriis, num. 1.* Solent etiam huiuſmodi articuli in iudicio exhiberi, *vt oſtēdit idem Specul. lib. 1. part. 4. tit. de teſtib. §. nunc videndum, num. 3. Damhoud. in ſua praxi ciuil. capit. 167.* Quod ſi factum eſſe ponamus, nō eſt, quod Commiſſarius de illis communicandis vlterius laboret, neque referre puto, † an ar- 41
ticuli ex ipſo libello conſtituantur, an vero, vt in camera Spirenſi fieri teſtatur Andreas Gail *libro primo, obſeru. 80. numero tertio*, capita prioris libelli diſtincta loco articulorū & poſitionum repetantur. Edenda præterea ſunt nomina † teſtium, ſi id in iudicio fa- 42
ctum non ſit, vt tanto melius ſe aduerſa pars præparare poſſit, *Baldus dict. capit. per tuas,*

Digitized by Google

numer. 12. Felyn. numer. 3. Proſper Farinacius dict. libr. 3. titul. 8. quæſtio. 73. numer. 20. vbi plures refert, ſubiiciens non deeſſe, qui propter periculum ſubornationis negant, hanc editionem neceſſariam eſſe, & non
43 ſolum ipſi, verum etiam parti † producenti, & omnibus teſtibus certum diem & locum, quo honeſte & tuto deflectere poſſint, deſignabit, *l. qui tamē, 21. quæalias incipit, ſi cum dies, §. ſed ſi in aliquem. ff. de recept. arbit. clemen. paſtoralis. §. notorium, de ſentent. & re iudic. capit. ex parte, quadrageſimo ſeptimo, de appellatio. l. ſi quando & authent. ſed etſi quis, ſupra de teſtibus, capit. ſecundo, de teſtibus, & ibidem Panormit anus numer. 10. Felynus numer. 31. Baldus numer. 1. & 6. Imol. in princip. Aretinus numero octauo, Decius numero 28. Proſper Farinacius in tractat. de teſtibus, libro tertio, titul. 7. quæſtio 72. capit. 1. numer. 1.* vbi multos more ſuo recēſet Maſcardus, *concluſ. 682. numero primo, Cephalus conſil. 203. num. 3. libro ſecundo. Antonius Gabriel. libro ſecundo, titul. de citat concluſ. 1 numer. 105. vbi plures refert. Andreas Gail. libr. 1. obſeru. 96. numer. 5 leg. iudices. Cod. de fid. inſtrument. & ibidem Bartol. numer. 1. Fulgoſ. in ſuo ſummario, Caſtrenſ. numer. 6. Salycet. in princip. Angel. numer. 1. Alberic. in authent. apud eloquentiſſimum, numer. 1. eodem titul. Hartman. Hart. in ſua pract. forenſ. libr. 2. tit. 15. obſeru. 6. num. 1. Neumeurer. in ſuo formulari part. 7. tit. de proceſ. in cauſ. commiſſ. Rutger. Ruland in ſuo tract. de commiſſ. lib. 6. cap. 3. & ſequent.* Idque cum dilatione conueniente, *l. fin. ff. de fer. l. 1. ſupr. de dil.* de qua re copioſe ſcribimus, *in præludiis eiuſdem tit.* de qua re etiam textus eſt *in l. 1 ff. ſi quis caut. iud. ſiſt. item l. continuus 137. §. cum ita ff. de verb. oblgat. & capit. cupientes, de elect. in 6. & ibidem etiam Doctores.*

Porro illis diem obſeruantibus, & com-
44 miſſionis literas, † deſiderantibus videre, illę in originali exhibendæ atque commonſtrandæ ſunt, *l. vnica. Cod de mandat. princip. & capit. cum in iure peritus. extra de offic. delegat. l. prima, & l. prohibitum. Cod. de iure fiſci, Bartolus in leg. prima, Cod. mand. princip. numer. 1. & ibidem Pomates atque Parſius in apoſtill. Baldus numer. 2. Fulgoſ. numer. 1. & 2. Albericus numer. 1. & ſequent. Salycet. num. 1. Maſcardus concluſ. 498 Alciatus regul. 3. præſumt. 14 numer. 7. Afflict. deciſ. 361. numer. 17. Roland. a Valle conſil. 39 numer. 23 & ſequent. Menochius conſil. 100. numer. 77. Rutger. Ruland. in tracta. de commiſſ. libr. 6. capit ſecundo,* vbi nonnullas declarationes perſequitur, quæ ſatis periculoſæ videntur. Nonnunquam tamen id Commiſſarius facere † non 45 cogitur, ſi exhibitio mandati, diſputationis & cauillationis cauſſa potius petatur, quam ad fidem faciendam: eaque res dubitationem non habet, ſi Commiſſarius de hac re Imperatorem reddiderit certiorem, & ab eo iniunctum ſit, ne commiſſionis literæ communicentur.

Sin autem pars ex certa & legitima cauſſa ad illum † diem occurrere non poterit, 46 idque doceat, examen in aliud tempus differtur, *argum. authent. ſed etſi quis. C. de teſtib. & cap. 2. extra eodem tit. in verb. & non ex ineuitabili quadam neceſſitate venire non poſſet, & ibidem Gloſſ. in verb. audire, Felyn. num. 2. Andreas Gail. lib. 1. obſeruat. 96. Rutger. Roland. de commiſſ. lib. 6. cap. 6. num. 9.* Securius autem illos facere exiſtimo, qui impedimentum aliquod incidere animaduertentes, commiſſarium mature certiorem reddant, & prorogationem termini petant, vt hoc modo ſumtus aliaq; incomoda vitari poſſint. Porro ſi longius ſpacium † intercedat, hoc caſu 47 non exiſtimarem cōmiſſarium quidquam labis contrahere, ſi partibus huiuſmodi impedimenta allegantib. iniungat, vt per procuratorem, quæ explicanda ſunt, exſequantur, *arg. l. ſi longius, ff. de iudic. & l. 1. ff. de diuerſ. & tempor præſcr.* Et ſane dubium nō eſt quin vtraque pars tam producens, quam aduerſa alium ſuo loco mittere poſſit, modo is mandatum † ſuæ conſtitutionis exhibeat. *cap. 1.* 48 *extra de procurat. l. ſi quis. §. procuratorem, ff. iudic. ſolu. Vant. in tract. de nullitat. tit. de nullit. ex defect. mandati.* Et quidem ſi pars aduerſa hoc deſideret, nulla dubitatio eſt, quin de mandato ſuo docere cogatur. Quod ſi vero id non petatur, Commiſſarius ex officio ſuo ne ipſius examen luſorium conſtituatur id iniungere poteſt. *Vantius dicto loco, numer. 64. Rutgerus Rulandus, lib. 6. de commiſſariis, capit. 8. numer. 3. arg. l. licet. C. de procur.*

Si itaque nullę ſint cauſſæ excuſationis in perſonis litigantium, vel etiam teſtium, de quibus *in lege ſecunda ff. ſi quis caut. iudic. ſiſt. cauſſ. fact. non obtemp.* ſed ſui poteſtatem conſtituto tempore faciant, cōmiſſarius † cauſ- 49 ſam euocationis & diei conſtituti iiſdem aperiet, & ſi quid ab vna vel altera partium per modum proteſtationis, de qua *in capit. præſentium, extra de teſtibus*, vel alia ratione allegabitur, quod ad cauſſam pertineat, id

id ſcripto complectetur rotuloque ſuo inſeret, *Rutger. Ruland. libro ſexto de commiſſ. capit. 15. num. 14.* qua in re meminiſſe conuenit, ſolemnitatem *dict. cap. præſentium*, inſinua-
50 tam † non vſquequaque obſeruari, *vt docet Andreas Gail. libr. 1. obſeru. 87. num. 5.* & permitti obiectionem in teſtes, quamuis talis proteſtatio non interceſſerit.

Habet tamen hæc res nonnullam vtili-
51 tatem, de qua poſtea, & quidem † ſi pars aduerſa interrogatoria contra articulos formata exhibeat, eadem commiſſarius accepta diligenter excutiet, vt ſi quædam deprehenderit, quibus reſpondendum nō ſit, eadem de medio tollat. Quæ autem illa ſint colligere poſſumus ex his, quæ ſupra *tit. de iureiur. propt. calum. dand.* a nobis in hāc rem exarata ſunt, de qua quæſtione Andr. Gail. *libr. 1. obſeru. 95. num. 1. & ſeq. & Gloſſa atque Doctores, in cap. præſentium, §. teſtes, de teſtibus, lib. 6. Rutger. Ruland. libr. 5. de commiſ. cap. 8. & ſeq. Dernhoud. in ſua pract. ciuil. c. 169.*

52 Qua in re animaduertēdum eſt, † quod interrogatoria regulariter ex ipſis articulis formari debeant, cum extra articulum teſtes interrogati nullam fidem faciant, eo ꝙ non iurati deponant, *cap. de teſtibus, extra, de teſtibus, & ibidem Gloſſa, in verb. non iurati, Panormitan. Felyn. & alii Andr. Gail. obſeru. 905. numer. 4.* vbi plures auctores allegat, *Ioan. Emeric. a Roſbach. in ſua pract. ciuil. tit. 55. num. 5. Rutger. Ruland. dict. libr. 5. cap. 12. & ſeq. Hoſtienſ. in d. cap. de teſtibus nu. 2. Aretin. num. 6. Bellamer. num. 9. Bart. in l. ſi duo patroni. § idem Iulianus. ff. de iureiurand. nu. 10. Odofred. nu. 1. Caſtrenſ. num. 14. Iaſon num. 26. Menoch. conſil. 60. num. 6. lib. 1. Maſcard concluſ. 1365. nu. 1. Proſper Farinacius in tract. de teſtib. libr. 3. tit. 7. quæſt. 71. num. 1.* vbi hanc enuntiationem or-
53 nando, id conſtituit etiam † locum habere, ſi directorium ad vnum articulum pertineret, & teſtes interrogarentur ſuper alio articulo, aut ſi cū articulis de poſſeſſione mentionē faceret, teſtis interrogetur ſuper proprietate, *l. momentaneæ, in fin. & ibidem gloſſa. in verb. cuſtodiri, C. qui legitim. perſ. ſtand. in iud. hab. & ibidem Fulgoſ. num. 3. Salyc. num. 16.* de qua re & quomodo illud intelligendum ſit nos copioſius eodem loci expoſuimus. Ceterum idem Farinac. *in loco ſupra alleg. nu. 14 ſecutus Bartolū, d. l. ſi duo patroni, nu. 8. Fulg. nu. 6. Alber. num. 9. Roman. nu. 4. Caſtrenſ. nu. 14. Alex. nu. 14.* hanc concluſionem ita moderandā putāt, vt intelligatur in caſu, quem
54 ſupra propoſuimus. Nam ſi iurauerint, † ſe veritatem dicturos eſſe ſuper articulis & tota cauſſa, aliud probādum eſſe, vt colligitur ex *dict. c. de teſtibus, 29. extra de teſtib.* vbi hæc verba ad rem pertinentia occurrunt: *Si vero cum ad probandam exceptionem peremtoriam ab alterutra partium introducuntur, reliqua pars ſuper principali negotio etiam eos deponere forte petierit, & vt cogantur ſuper toto negotio dicere veritatem, ſacramento eos poſtulauerit obligari ad id ſunt ſine dubitatione cogendi.* Et ibidem hoc obſeruarunt Hoſtienſ. *num. 4. Butrius nu. 5. Bellamer. nu. 4. Abbas nu. 6. Felyn. num. 4. Speculat. in tit. de teſtib. §. 1. verſ. item quod deponit: Ioſephus Maſcard. concluſ. 1365. nu. 7.* vbi declarat, hanc denuntiationem quoq; non procedere in connexis & dependentibus a cauſſa principali, *Alberic. in l. ſi quis libertatem, num. 6. ff. de petit. hered. Ang. ibidem. nu. 1. Caſtrenſ. in l. 2. ff. de iuriſd. omn. iud. num. 2. & ibidem Alex. num. 2. poſt Angel. Bald. & alios ab eodem allegatos, argumen. eius textus, & cap. cum cauſſam, extra de teſtibus*, ex quo facile intelligimus, de quibus dependentiis aut circumſtantiis res intelligenda ſit. Plures declarationes videre licet apud eundē Maſcardum *concluſ. 1365. Proſperum Farinacium, in dict. tract. de teſtibus. libr. 3. tit. 7. quæſt. 70. ca. 4. num. 22. & ſeq.*

Quod ſi pars aduerſa nulla † interroga- 55
toria cōcipi curauerit, hoc caſu iudicis officio continebitur, vt ipſe eaſdem concinnet. Et ſane ſi diſpoſitionem iuris ciuilis ſpectare velimus, hoc proprium ipſius iudicis eſt, vt animaduertere licet ex *l. 2. & 3. l. quæſitum, 13, l. ob carmen. 21. §. ſi teſtes. ff. de teſtibus, l. vbicunque. ff. de interrog. in iur. fac.* quod enim partibus illa cura commiſſa † ſit, nuſquam 56
iure noſtro conſtitutum deprehendimus, ſed potius ſtylo atque conſuetudini iudiciorum ex cauſſis quæ referuntur, *c. l. ſæpe contingit. §. & quia. de verb. ſign.* accepto referri debet. Quod ſi vero quis † iuri canonico id ad- 57
ſcribere velit, *vt cap. præſentium, de teſtibus in 6. cum ſimilibus*, non tendam magnopere, ſed admonuiſſe contentus ero, ius canonicum a iure ciuili minime diſcrepare, cum pars ipſa hoc onus ſuſcipere detrectat, vel ſuperſedit, vt apparet ex *capit. cum cauſſam, extra de teſtib. Andr. Gail. obſeruat. 95. lib. 1. nu. 9. poſt Caſtrenſ. in l. vnica. §. is videtur, nu. 4. ff. ſi quis ius dicent. non obtemp. Alexand. ibidem. num. 6. Rutger. Ruland. lib. 5. de commiſſar. cap. 11. num. 5. Ant. de Butr. in cap. præſentium, n. 4. de teſtib. in 6. Franc. ibidem num. 6. Viuius opin. 912. num. 7. Brunus a Sole in ſuo conſil. criminal.*

Digitized by Google

nu.102.Did.Couar.pract.q.c.18.n.7.verſ.quamobrem ex officio iudicis, Proſp. Farin. lib.3. tit.8. q.73.n.9. Quid aũt Iudex inquirere debeat, nulla certa regula definiri põt. Vſus iudicio-
58 rum † varia genera interrogatoriorum induxit: Generalia: de quibus *in d. l.2.& 3.& paſſim toto tit.ff.& C. de teſtib.* Præliminaria, de quibus late diſſerit Rutgerus Ruland, *lib. 5.de commiſſar. c. 10.* & Specialia, quæ potiſſimum metimur ex idonea ratione quam teſtis reddere tenetur, *l.teſtium, C.de teſtibus, l. ſola, C.eodem tit.§ & licet Nouell.de teſtibus, in verb.etiam cauſſam teſtimonii forte faciant manifeſtam*, deinde, vt rogetur de omnibus circumſtantiis ipſius rei, de quibus *in capit. cum cauſſam, 37 extr.de teſtib.*

59 Obſeruandum autem † iudici erit, ne inciuili aliqua percontatione teſtes exacerbet, vel anſam periurii præbeat, nominatim de criminibus inquirendo. Et quamuis me non prætereat, eſſe nonnullos, qui arbitrentur teſtem in genere, an criminoſus ſit, vt ipſi appellant, interrogari poſſe, *vt Speculat. libro primo, part. 4.titul.de teſte, §. 6. iam de interrogatoriis, numer. 22. Abbas in capit. cum cauſſam, numer.13.Imol. ibidem numero octauo, Oſaſcus deciſion. Pedemontan. 66.num. 11.* moti auctoritate Gloſſæ, *ibidem in verb.de cauſſis*, pronuntiantis, quem de omnibus interrogari poſſe, quæ continentur, *l.2. & 3.ff. de teſtibus*, & ex eadem l. 3. edoceamur, iudicem inquirere poſſe, an quis honeſtæ & inculpatæ vitæ, an contra notatus & reprehenſibilis ſit, præualuiſſe tamen ſententia illorum
60 videtur, qui indiſtincte videntur pronuntiare, quod teſtes neque in genere, neque in ſpecie de crimine interrogari poſſint, *Hoſtienſ.in c.cum cauſſam nu 20.Ioan Andr.nu.15. Abbas nu.13.Imola.nu.8.Felyn.nu.10. extr. de teſtibus.Fulgoſ.l.3.nu. 5.& Bart.ibid.nu.13.ff.de teſtib. expreſſim autem Didac. Couarr. pract. q. 18.num.7.* qui ait. hanc ſententiam frequentiſſimo conſenſu confirmatam, *Innocent. in c.inquiſitionis.extra de accuſat.Hartm. Hartm. in ſua praxi forens.tit. 15.obſeru. 12.num.1. Proſper Farinac. in ſuo tractatu, de teſtibus. libr. 3. tit.8.quæſt. 73.num. 53.& 65.* vbi infinitos auctores accumulat, idque per argumẽta, quæ ſupra, *in titul.de iureiuran.propter calum.dand. verſ. ſeptima cauſſa eſt, commemorantur.*

Ceterum, quia non videtur ſatisfactum
61 eſſe hoc modo † definitioni, *l.3.ff. de teſtib.* pro conciliatione, ſeparari poſſit cauſſa iudicis, ex officio qualitatem perſonæ & conditionem indagantis a partium expreſſa petitione. Etenim illud iudicẽ ex officio poſſe conſtituunt Baldus *in leg. ſecunda, C. de exhib.reis.num. 3.verſ.tamen mero officio, Ang. in l. ampliorem. Cod.de appellat. numer. 2. idem gloſſa ibidem in verb.adimplere.verſ.item & de facto. Aretin. in cap. qualiter & quando.§.debet.extra.de accuſat. Georg. Natta in repet.clem. ſæpe contingit, §.& quia, Oſaſcus deciſ.Pedemontan. 66.num. 11.Proſper Farinac. in tract. de teſtibus, libr. 3.titul. 8.q. 73.numer.61. Bertachin. in verb. teſtis interrogatus.* Poteſt deinde & alia conciliatio eaque ſecurior in medium
adduci, quod † Iudex non prohibeatur ab 62
aliis teſtibus inquirere, de vita & conditione alterius, & hæc videtur vera interpretatio, *dict. leg.3.* Porro, ſi quis priorem diſtinctionem amplectatur, exiſtimo iudicẽ aut commiſſarium eius rei nomine inſoleſcere non debere; ſed tunc demum huiuſmodi
interrogationem facere, cum † aliquid ſit, 63
quod eum moueat, veluti quod eius rei infamia laboret, *vt Imol. dict. c. cum cauſſam & Felyn ibidem num. 10.poſt Innocentium in cap. 2.de confeſſ.* item aliqui relati per Specul. *in d. §.iam de interrogatoriis, num. 22. & per AEgid. in tract.de teſtibus, verſ. alii diſtinguunt*, idque verum eſſe conſtituunt Butrig. *in capit. cum cauſſam, numer. 20. Bellamera ibidem num. 42. Practic. Conrad. §. 2.de offic. Prætor.in cauſ ciuil.rubric.de interrogator. num. 6.* quo referri etiam poteſt ſententia Paciani *lib.ſecundo, de probat.cap.17.nu. 59. Viuii opinio 912. numer.1.* id tum demum admittendũ eſſe, ſi per ſententiam conſtet illum talem eſſe. Et quamuis Rutger. Ruland. *lib.5.de commiſſ.c. 12.n.7.* hanc Paciani conſideratione̅ plane reiiciat, quod neget interrogatione opus eſſe, vbi per ſententiam illud conſtet, tamen puto eidem auctoritatem ſuam conſtare, cum ex multis legib. edoceamur, talem inquiſitionem contra eos fieri poſſe, qui aliquo famoſo iudicio damnati ſunt: veluti ſi iudicio publico quis damnatus ſit, vel ob teſtimoniũ dicendum, vel non dicendum pecuniã accepiſſe iudicatus vel conuictus erit, *l.3.§.lege Iul.ff.de teſtibus*, item ſi in publicis iudiciis calumniæ damnatus fuerit, *l.quæſitum, 13.eod. tit.* vel adulterii, *l. ſcio quidem translatum, eod.* Quamuis enim quis ratione criminis condemnatus ſit, non tamẽ ſemper promta ratio eſt, ſententiam proferendi, *vt conſtat ex cap.ſicut, extra, de re iudic.* Deinde nos non verſamur in ea quæſtione, vbi ad partis interrogationem quis reſpondere cõpellitur, ſed quando Iudex ex officio eodẽ procedit.

Neque

Neque ſufficit, quod aliquid iudici notum ſit, niſi ex actis id ipſi notum fuiſſe, apud iudicem appellationis conſtet. Credendum autem eſt, Iudicem aut Commiſſarium tam circumſpecte in hac re progreſſurum, ne illa poteſtate temere abutatur, ſi viros receptæ auctoritatis & dignitatis minus ciuili percontatione exaſperare velit, cum in iudice ſingularis diſcretio & iudicium requiratur, *arg. c. ſit rector. diſtinct. 43. & cap. hoc habet diſtinct. 46.* imo talis Iudicis & Commiſſarii
64 poſſit eſſe ea inciuilitas, vt non immetito † iniuriarum actione conueniri poſſit, *arg. l. ſi vero, 5. §. 1. ff. qui ſatiſdar. cog.* Porro, in aliis perſonis, qui eius dignitatis non ſint, ſtatuo, etiam hanc facultatem non debere promiſcuam eſſe, quod vrgeant rationes, quas circa cauſſam ſeptimam, ex qua quis non cogatur reſpondere, *tit. de iureiur. propt. calum. dand.* complexus ſum. Cauendum enim eſt, ne temere periurii anſam ipſi præbeat, vnde primo humaniorem inueſtigãdi rationem atque viam aggredi debet, vt ex aliis teſtib. id potius ſciſcitetur, quã ab eo, qui crimen aliquod contraxiſſe arguitur.

His fundamentis iactis infero, ſi iuris noſtri diſpoſitionem intueri velimus, ad inſtãtiã partis huiuſmodi interrogationes, quas paſſim frequentari videmus, admittendas nõ eſſe, de quibus Neumeurer *in ſuo formulari part. 7. cap. 63. ſub tit. communia interrogatoria, item apud Emeric. Rosbach. in ſua practic. ciuil. titul. de interrogat. numer. 23. Terminius in ſuo proceſſu iuris ſcript. titul. de interrogator.*
65 vt ſcilicet † quis ex teſte quærat, vtrum reus ſit alicuius publici criminis, veluti homicidii, adulterii, &c. item vtrum infamia notatus ſit. Vix enim iudici, vt iam antea auditum eſt ex officio hæc conceſſa videntur, niſi moueant illa, de quibus iam antea cognouimus.

In eadem cauſſa eſſe cenſeo, etiam alias interrogationes, quarum idem Neumeurer mentionem facit, item Rutgerus Rulandus, *num. 5. tit. de artic. & interrogator.*
66 *cap. 12. num. 8.* an ſcilicet aliquis proſcriptus ſit, quamuis hæc percontatio poſſit inuenire excuſationem, quod proſcribi quis poſſit non ſolum propter ſcelera & delicta, ſed etiam propter contumaciam in non ſoluendo commiſſam. *Andr. Gail. lib. 2. de pace publ. cap. 5. num. 11 & ſequen.* adeo vt reus nonnunquam innocens iudicari poſſit, ſi propter inopiam vel ſimiles difficultates, quod ſententia facere iuſſus erat, præſtare non poſſit.

Porro, ſi talis quæſtio illi proponatur, quem manifeſtum ſit in ea cauſſa non verſari, putarim iniuriarum actionem etiam moueri poſſe, *argum. d. l. ſi vero. §. 1. ff. qui ſatiſdar. cog. item l. ſi creditores. § fin. ff. de bon. auct. iud. poſſ. alias titulus eſt de priuileg. creditor. circa fin. l. quiſquis. C. de poſtuland.* Pari ratione † non 67
puto paſſim admittendam illam interrogationem, an quis corruptus vel pretio accepto teſtimonium ferat, nam ſane & hoc graue crimen eſt, vnde neceſſitas ad talem poſitionem reſpondendi inhumana poſſit videri, quam receptam tamen eſſe tradit Rutgerus Ruland. *in ſuo tract. de commiſſ. libr. 5. cap 12. nu 9. arg l. in prin in verb. & an lucri. ff. de teſtib.* Sed ſane & hæc lex eandem ſolutionẽ recipere poteſt, quam ſupra perſecutus ſum. Poſſet itaque meo iudicio commiſſarius paulo ciuiliori percontatione vti, an aliquid lucri & emolumenti ſenſerit ex hac cauſſa vel ſpes ipſi alicuius compendii præbita ſit. In ſpecie enim ſciſcitari, an pecuniam acceperit, vt teſtimonium hoc vel illo modo ferret, ſi perſona, quæ producitur, honeſta ſit, ſatis durũ eſſe videtur. Qua in conditione etiam eſſe ſtatuo interrogatorium, † an quis ſit ſpurius, de quo mentionem facit idem Rutgerus Rolandus, *dict. c.* 68
12. libr. 5. num. 11. nam aut conſtat illum legitime natum eſſe, & hoc caſu iniuriarum actionem intentari poſſe exiſtimarim, aut certum eſt, illũ eſſe talem, vel denique dubium: & hiſce caſibus arbitrarer verecundius facturum eſſe iudicem, ſi illud ex aliis requirat, veluti ex teſtibus, vt id in aliis criminibus fieri poſſe teſtatur Speculator, *libr. primo, part. 4. titul. de teſte. §. 6. iam de interrogatoriis, numer. 23. Bartol. in leg. Marcellus, §. primo, ff. rer. amot. Ioan. ab Imol. cap. cum cauſſam, extra de teſtibus, numer. 8. Abbas num. 13. Felyn. num. 10. Proſper Farinacius in tractat. de teſt. libr. 3 tit. 8 quæſt. 73 num. 68.* Quod ſi autem illud ex eiſdem expiſcari nequeat, hoc caſu non improbarim tale iudicis factum, ſi aliqua iuſta cauſſa ſit, quæ eum moueat. Etenim etſi ſpurii æſtimationis diminutionẽ patiantur, tamen ex quo inſontes ſunt, *cap. naſci. diſtinct. 56.* non eſt, quod hoc confiteri erubeſcant.

Præter interrogationes † de quib. mentionem fecimus, etiã aliæ receptæ ſunt, veluti vtrum putet ſeſe eſſe idoneum, *vt tradiderunt Butrius in d. c. cum cauſſam, nu. 20. Imol. n. 8. Anch. n. 15. Proſper Farin. in tract. de teſt. lib. 3. tit. 8. q. 73. n. 71.* item poterit deſcendere 69

Digitized by Google

75 gatoriis † illa poſtea teſtib. nō proponat, vel ea, quæ non erant reiicienda, temere repudiet, an examen ex eo periclitetur, non immerito dubitari poteſt? Nam illud nullius
76 eſſe † momenti, aut nihil probare conſtituunt Abbas, *d.c. cum cauſſam, nu. 6. Felin. n. 2. Oſaſc. conſ. 65. n. 5. Burſat. conſ. 34. n. 4. Proſp. Farinac. d. q. 73. lib. 3. de teſtib. tit. 8. n. 3. & 6.* vbi talem opinionem magis cōmunem dicit, idq; maxime locum habere, ſi pars in exhibitione interrogatoriorum vſitatam bonis practicis proteſtationē interpoſuerit, veluti interrogatoria infra ſcripta exhibet procurator nomine N. ſecundum quæ omnia & ſingula petit, teſtes aduerſæ partis interrogari, & illorum reſponſiones actis ſiue rotulo ſigillatim adſcribi, proteſtando alias de nullitate depoſitionum.

77 Diſſentiunt aūt & huiuſmodi † omiſſionē non vitiare depoſitionē teſtium, modo iidē repetantur, & ſuper interrogatoriis poſtea examinentur, conſtituunt Mynſing. *cent. 1. obſer. 32. allegās præiudicium Cameræ, Andr. Gail lib. 1. obſ. 95. lib. 7. Spec. lib. 1. part. 4. §. nūc videndum, n. 17. Schurff. conſ. 86. n. 2. lib... Alex. conſil. 41. n. 9. lib. 4. Decius in c. licet cauſſam, n. 56. extr. de probat. Marant. de ord. iudicior. part. 6. rubr. de interrogatoriorū productione n. 4. Virg. Bocat. in tract. de liter. remiſſ. c. 6. n. 23. Decian. conſ. 51. n. 122. lib. 2. Maſcard. concl. 684. n. 1. Iaſ. l. ſi quis ex argentariis, §. Prætor ait, in 6. notabili ff. de edendo.* Et hæc ſententia probabilior videtur arg. *c. per tuas, 48. extr. de teſtib.* Cum enim ius canonicum interrogatoria, quæ ad inſtantiam partis facienda ſint, introduxerit, illis etiam certam moderationem adſcribere potuit.

78 Exhibitis ad hunc modum † interrogatoriis, poterit eadē pars ſiquidē de fide Commiſſarii dubitet, & nullus auctoritate Iudicis nominatim deſignatus ſit, adiunctū a ſe electum, qui examini interſit, offerre, de qua re copioſe Anton. Theſaur. *deciſ. 255. n. 1. & ſeq. itē Rutg. Ruland. lib. 4. de commiſſar. c. 14.* Ceterum, ſi aliqua ſuſpicione laboret, a parte aduerſa contra illum excipi poterit, de qua re ſupra nōnihil attigimus: ſin minus adhibita eiuſdē perſona, ad teſtes audiendos curam
79 ſuam extendit, † exacto iuramento, quo inuocato numine diuino, ſuper ſacroſanctis Euangeliis, promittant ſeſe ſuper articulis iuris auctoritate non repudiatis, in tota cauſſa, quæ verſetur inter actorem, & reum, in rem vtriuſque partis, in nullius gratiam, aut odiū, veritatem, quatenus ſcientia ſua cōprehenderint, interrogatos dicturos eſſe, neque illam celaturos ob quæuis munera, dona, cōpendia, fauorem, odium, amicitiam, metum, aut ſimiles affectus, vitia & technas, quæ hominum animos inceſſere, aut illorum ingenio excogitari poſſent ſine fraude & dolo. Quæ iuramenti forma totidem pene verbis proponitur *lib. 1. Ordinationis Spirenſis, c. 77.* Hoc autem aut ſimile iuramentum præſtandum a teſtibus edocemur ex *l. iuriſiurandi, C. de teſtib. & c. quotiens, c. licet 2. extr. de teſtib. c. tuis quæſtionibus, & c. nuper, eod. idq; in d. l. iuriſiurandi tradunt Gloſſa, Bartolus, Baldus, Cynus, Fulgoſ. & alii, Mynſinger. centur. 4. obſeruat. 77. Gail. lib. 1. obſeruat. 101. numero 1. Burſat. conſil. 192. num. 28. lib. 2. Cephal. cōſ. 294. num. 3. lib. 2.* Qua in re obſeruandū eſt, Gloſſam *in c. fraternitatis, ext. de teſtib. & ibid. Hoſtienſ. nu. 5. Bald. n. 12. Felin. n. 12. Panor. num. 13. Butrius n. 21. Spec. in tit. de teſte, §. ſequitur, nu. 1.* multas ſolemnitates requirere, veluti, quod teſtis iureiurando comprehendat, non ſolum dicturum ſe eſſe veritatem, ſecundum textum *in cap. hortamur, 3. quæſt.* ſed etiam ſe totam, plenam, atque meram veritatem dicturum. Tertio, quod nullam falſitatem admiſcebit. Quarto, quod veritatem proferet, ſiue rogatus fuerit, ſiue non fuerit. Quinto, quod illā dicet ſuper tota cauſſa. Sexto, ꝙ iuret ſe veritatem pro vtraque parte expromturum. Septimo, quod teſtis iuret, quod nec pretio, nec amore, nec timore, nec odio, nec pro alio commodo teſtimonium dicet. Octauo, quod teſtis cum ſacramenti religione promittat, ſe depoſitionem ſuam ante publicationem in iudicio factam, non eſſe reuelaturum; ſed an hæc tam ſtricte & ad amuſſim requirantur, expoſuimus *in l. iuriſiurandi, ſupr. de teſtib.* quo Lectorem breuitatis ergo reiicimus.

Quæ officia ſint ipſius † Cōmiſſarii poſt 80
exactum iuramentum, hic ſigillatim recenſere minime opus eſſe duco: ſed ſufficere, ſi Lectorem remiſero ad Speculatorem *lib. 1. part. 4. tit. de teſte, §. nunc tractandum, 7. deinde ad Marant. in ſuo ſpeculo, part. 6. tit. de product. teſt. Iodoc. Damhoud. in ſua praxi ciuil. cap. 170. n. 1. & ſeq. Terminium in ſua proceſſu iuris ſcripti, cap. 37. Noe Meurerum in ſua formula. part. 7. cap. 60. Andr. Gail, lib. 1. obſeruat. 104. Rutger. Ruland. in ſuo lib. de Commiſſar. 2. part. 2. cap. 13. & multis ſequent. Emericus a Roſbach in ſua practica iudicial. in titul. 58. Proſper Farinacius libro 3. titul. 8. quæſtion. 80. Maſcard. concluſione 80. & concluſ. 1369.*

81 Illud tamen minime † omittendũ eſſe exiſtimauimus, teſtium examine cõmiſſo, non tamen propterea auditorẽ ſibi poteſtatem vindicare poſſe, inſtrumenta tranſſumendi, cum, vt antea admonuimus, mandati fines excedere non debeat, *l. diligenter, ff. mand. c. ſuper quæſtionum, §. 1. cap. cum dilecta, de offic. deleg. cum ſimil. & hac l. iudices*, quæ aperte differentiam conſtituit, inter remiſſionem, quæ fiat ex cauſſa teſtium, & illam, quæ ratione inſtrumentorum interponi ſolet, quam difficilius ſolere indulgeri euincit ratio, quod inſtrumenta ſine graui ſumtu transferri poſſunt, non idem obtineat in teſtibus, qui ex longinquo accerſendi ſint, *l. quoniam, C. de teſtibus*, & ſine captione a ſuis negotiis ſæpe auocari nequeunt, *l. ſi quis ex ſignatoribus, ff.*
82 *quemad. teſta. aper.* vnde vt huiuſmodi † commiſſio intercedat, alia quam in teſtibus cauſſa requiritur, veluti quod tractetur de editione libri, vel inſtrumentorum, quæ cuſtodia archiui publici coerceãtur, vt tradit Bartol. *in hac l. num. 1. Bald. num. 1. & 3. Fulgoſ. verſic. ſed & ſecundo modo. Caſtrenſ. num. 3. Salycet. num. 1. Angel. in princip. Iulius Pacius num. 3. Donell. num. 4. Sichard. num. 1.* aut quod ſine periculo talia inſtrumenta transferri nõ poſſint, vt hanc legem intelligit Cynus *ibidem num. 1.* & a qua interpretatione alieni non ſunt, *Salyc. num. 1. Alberic. num. 1. Baldus, Fulgoſ. Caſtrenſ. & Donellus in locis allegatis, Andr. Gail lib. 1. obſeruat. 96. numer. 2. & 3. idque expreſſim confirmatur Imperiali conſtitutione, ann. 76. §.* mit was Gefahr / deinde ex receſſu viſitationis, anni 73. cuius caput eſt, mit was Gefahr / vbi tres caſus, in quibus poteſtas tranſmittendi Commiſſario decerni ſolet, commemorantur: quorum Primus eſt, ſi ratione itineris & longinquitatis diſcrimen aliquod propoſitũ ſit, ne literæ interceptæ pereant. Alter autem caſus eſt, ſi ex archiuo publico fides petẽda ſit. Tertius eſt caſus, cuius mentionem facit Gloſſa *hic in verbo, exiguntur, quam ſequuntur Odofredus num. 3. Fulgoſ. verſ. Gloſſ. quia ſuſpecta, Ang. in princ.* Si inſtrumenta in iudicio exhibita in ſuſpicionem vocentur, & tabellio aliique teſtes, per quos rei veritas impleri poſſit, in longinquo morentur: quo referri etiam poſſunt, quæ ſcripto prodita ſunt in memoriali anni 56. *incip.* auff daß auch allerley / item in receſſ. viſitat. anni 73. cuius exordium eſt, Und dieweil / ex quiquibus edocemur, hanc facultatem, vt ſcilicet apud Commiſſarium etiam inſtrumenta edenda ſint, non aliter concedi ſolere, quam ſi cauſſæ iuſtæ, ob quas illud petatur, ſupplicationi vel petitioni de Commiſſariis inſerantur. Et quamuis antea quidam in dubium vocare voluerint, an ſub cõmuni forma commiſſionis intelligeretur, vt videre licet apud Chriſtoph. Schwamman. *in ſuo proceſſ. Cameræ Imperial. lib. 1. c. 46. num. 21. cum ſeq. item Rutgerum Ruland. in tract. de Commiſſar. part. 2. lib. 5. cap. 22. num. 8. & ſeq.* & illorum interpretatio per hæc ipſa decreta, quorum mentionem fecimus, ſatis aperte refelleretur: tamen ne quid ambiguitatis reliquum eſſet, nouiſſima conſtitutione Spiræ, anno 1600. compoſita, *§. 129. fol. 40.* tam † ambitioſa ſubtilitas plane ſublata & exploſa fuit, in 83
verba ſequentia: Wir erklären auch / ſetzen / ordnen / vnd wollen / daß hinfüro an / wann Commiſſiones außbracht / poteſtas tranſſumẽdi, &c. nicht in communi, ſondern allein in meliori forma zuverſtehen ſeyn ſoll. quæ ita latine reddi poſsũt: *Nos declaramus etiam, diſponimus, ordinamus, & volumus, quod deinceps, quando commiſſiones impetrabuntur, poteſtas tranſſumendi non in communi, ſed duntaxat ex meliori forma intelligẽda ſit.* Ceſſat itaq; nedum dubitatio illorum, qui ſub communi forma hanc poteſtatem comprehendi exiſtimabant, ſed etiam qui mediam viam amplectendo, *vt ait Schwamman. in d. c. 46. lib. 1. num. 31.* ſtatuebant hanc facultatem in eum tranſire, cui ſimpliciter omiſſa clauſula communis formæ teſtium receptio commiſſa erat: item eorum diſputatio, de quibus idem Rutgerus Ruland mentionem facit, *d. c. 22. lib. 5. part. 2.* qui cum antea cõmiſſionem in cõmuni forma impetraſſent, & orta altercatione inter partes, an ſub tali cõmiſſione etiam poteſtas inſtrumenta recipiendi contineretur, & huiuſmodi controuerſia ad tribunal Spirenſe reiecta, & nondum deciſa tertiam dilationem, & nouam commiſſionem pro examinandis aliis teſtibus, cui etiam petitio pro tranſſumendis inſtrumentis adiecta fuerat, & ad talem petitionem commiſſio & dilatio decreta eſſet, an per conſequens poteſtas tranſſumendi quoque conceſſa videatur, quod commiſſio interpretationem a præcedenti petitione recipere videretur, *argum. l. ſi ſine, §. qui in iure, ff. de interrog. in iure fac.* Etenim cum hic dilucide comprehendatur, tranſſumendi poteſtatem ſub forma communi non cõprehendi, ſed duntaxat intelligi debeat de meliori forma, facile aſſequimur petitionẽ pręcedentem hoc iuris non tribuiſſe. Accedit & alia

Digitized by Google

& alia conſideratio, quod non ſufficiat hoc peti, ſed nominatim cauſſæ comprehendi debeant, ob quas eadem poteſtas deſideretur, *vt antea oſtendimus*. Præterea hic idem §.
84 videtur etiam illorum contentionem † dirimere, qui anxie, & ad religionem vſque requirunt, an aliquid differẽtiæ inter hæc duo interluceat, ſcilicet inter commiſſionem in meliori forma, & commiſſionem in optima forma: de qua longa diſceptatio eſt apud eundem Rutgerum Rulandum *in tractat. de commiſſ. part. 2. lib. 5. c. 23.* Præbet enim argumentum, inter hæc duo nullum diſcrimen eſſe, quod & ipſum comprobari videtur ex verbis §. Vnd dieweil/ cuius antea meminimus. Etenim cum ibidem, quo pacto commiſſiones in meliori forma, vel optima decerni poſſent, cõprehenderetur, mox mentio melioris formæ omittitur, & ſolius optimæ formę commemoratio inſeritur, in verba ſequentia:

Vnd dieweil im viſit Abſchiedt/ Anno 73. vnd ReichsAbſchiedt/ An. 76. im §. Mit was Gefahr/ꝛc. klar vnnd lauter geordnet / in welchen Fällen die Commiſſiones in meliori, ſiue optima forma, erkẽnt werden ſollen/ ſo laſſen es die Herren Keyſerlichen Commiſſarien vnd Viſitatores / bey der Diſpoſition ſolches nechſt angezogenen Abſchiedts/ daß denſelben nachgeſetzt/ beruhen / Doch daß die Procuratores, wann ſie Commiſſiones in optima forma bitten/ in jrer Petition pro commiſſione oberzehlte Fäll/ vnd dergleichen Vrſachen allegiren, vnd anzeigen ſollen: Oder da ſolches nicht beſchicht / ſoll jhnen die Commiſſion in meliori forma nicht erkennt / ſondern abgeſchlagen werden.

Quæ latino ſermone comprehenſa, ad hunc modum ſubnectimus:

Et cum in receſſu ſiue decreto viſitationis anni 73. & Romani Imperii conuentione anni 76. §. cum quanto periculo, &c. clare & dilucide ſtatutum ſit, in quibus caſibus commiſſiones in meliori, ſiue optima forma decernendæ ſint, Imperiales Cõmiſſarii, & Viſitatores rem ipſam diſpoſitioni decretorum, de quibus mentio facta eſt, vt eidẽ pareatur, relinquunt: tamen vt Procuratores, cum inſtabunt pro commiſſionibus in optima forma, ſuis precibus commemoratos caſus, nec non ſimiles cauſſas, allegent & ſignificent, aut ſi hoc factũ non ſit, commiſſiones in meliori forma non decernuntur, ſed repulſam ferent.

His ita ſubductis, haud difficulter intelli-
85 gimus, ſub commiſſione communi † de audiendis teſtibus non contineri ocularem inſpectionem. Etenim cum nulla in cõmiſſione de loco per cõmiſſarium explorando, atque inſiſtendo mentio fiat, cõſequens quoque eſt, vt verbis commiſſionis innitamur, *l. diligenter, ff. mandat. l. quod cõſtitutum, ff. de teſtam. militar. c. ad audientiam, extr. de decimis,* cum & hæc res iuris decretum requirat, vt apparet ex *l. 3. C. fin. regund. verſic. agrimenſor ire præcipiatur ad loca*: & paulo poſt: *nihilominus agrimenſor in ipſis locis iuſſione Rectoris Prouinciæ vna cum obſeruante parte hoc ipſum faciẽs perueniet.* Quo pertinet *l. ſi irruptione, §. ad officium, ff. fin. regund. item l. 1. C. de canon. frument. vrb. Rom. lib. 11.* idque aperte confirmat Rutgerus Rulandus *in ſuo tract. de commiſſar. lib. 3. cap 2 num. 8. & ſequent.* eoque referenda ſunt, quæ ſcripta reliquit Andreas Gail *lib. 1. obſeruat. 26 num. 9.* Ceterum, ſi pars in petitione ſua etiam hoc deſiderarit, vt
† Commiſſario non ſolum teſtes audiendi, 86
ſed etiam locum ex propinquo cõtemplandi poteſtatem faceret, atque commiſſio in cõmuni forma expedita ſit, an Cõmiſſarius hanc facultatem exercere poſſit? Et idẽ Rutgerus Ruland. *in tract. de commiſſar. part 2. libro 5. c. 28. nu. 10. Chriſtoph. Schwamman. in ſuo proceſſ. Cameral. cap. 46. num. 25.* putant poſſe. Ego tamen ſubſiſto prioris argumenti comparatione facta, deinde quod Andr. Gail, cuius auctoritate nituntur, *lib. 1. obſeruat. 96. nu. 2.* cum declaraſſet, ſub communi forma etiam ocularem inſpectionem cõprehendi, tandem hæc verba ſubiicit: *Quod tamen nominatim in ſententia exprimi ſolet.* Poteſt tamen hæc ipſa opinio defendi *d. l. ſi ſine, §. qui in iure, ff. de interrog. in iure fac.* & ibidem Glo. atque Doctor. & quod ceſſent rationes, quæ in priori caſu in conſiderationem veniunt, maxime, cum hæc inſpectio neceſſario alicuius Commiſſarii operam requirat.

Illud generale eſt in omnibus † commiſ- 87
ſionibus, ſiue in meliori, & optima forma, ſiue communi ratione expediantur, ſiue tractetur de teſtibus audiendis, ſiue de inſtrumentis tranſſumendis, vel loco inſpiciendo, neceſſariam eſſe partis aduerſæ citationem, *l. iudices, C. de fid. inſtr. l. 3. C. fin. regund. Caccioran. conſ. 64. n. 22. Burſat. conſ. 192. n. 34. Decian. conſ. 92. nu. 33. Maſcard. concl. 496. nu. 11. Proſp. Farin. in ſuo tract. de teſtib. lib. 3 tit. 8. quæſt. 62. c. 1. & 2. nu. 1. Andr. Gail. lib. 1 obſeru. 102. Hart. Hartmann. lib. 2. tit. 15. obſeruation. 6.* Quod
ſi autem † partes huiuſmodi denuntiatio- 88
ne facta, ſui poteſtatem facere voluerint, officii ſui partes in examinandis teſtibus,

Digitized by Google

etiam nulla alia denuntiatione interpoſita in teſtibus audiendis, *l.ſi quando, & authent. ſeq.C.de teſtib cap.2.extr.de teſtib.* locum controuerſum adeundo, *d.l.3. C.fin.regund.* inſtrumenta ex archiuo deſcribendo, *l.iudices,C.de fid.inſtrum.* accommodare non prohibebitur. *Salyc.d.l.ſi quando,C.de teſtib..nu.9. Viuius opin.966.num.6.* vbi talem ſententiam cõmunem pronuntiat, Abbas *in c.2.extr. de teſtib.nu.3.Felin.nu.21.Aretin.num.3. Proſp.Farinac. lib.3.tit.8.q.72.num.82.* Quod ſi tamen pars vocata, iuſtam aliquam abſentiæ cauſſam allegari curaſſet,& dilationem petiiſſet, audiendus eſſet, *d.authent.ſed etſi quis,C.de teſtibus, & d.c.2.extr. de teſtib.* adeo, vt ſi Com-
89 miſſarius ſpreta † tali excuſatione nihilominus ꝓgrederetur, huiuſmodi receptio nullius momenti redderetur, *vt docent Innocent. d.c.2. Abbas ibid.n.3.Imola n.4.Felin.nu.18.Decius nu.9.Proſper Farinac. d.quæſt.72.c.r. nu.19. Andr.Gail lib.1. obſer.102.num 3. argum.c.cum Bertholdus, extr.de ſentent, & re iudic. item l.ſi finita,§.ſi forte,ff.de damn.infect l.quæſitum,ff. de re iudicata.*

90 Quod ſi vero teſtes vocati venire † recuſent, an hoc caſu Commiſſarius illos cogere poſſit, quæſtionis eſt: & poſſe illud ipſum facere tradiderunt Andr.Gail *lib.1.obſer.100 n.2.per l.cum ab initio.ff.quemad.teſtam.aperiant. & Gloſſ. ibidem in verb. cogat, item per l.ſed etſi quis,eodem tit.* quamuis illę leges,vt etiam caput primum, & totus tit. *extr.de teſtib.cogend. item l.ſi quando, C. de teſtibus*, de Iudice ordinario loqui videantur : tamen idem etiam obtinere in Iudice delegato pronuntiant Abbas *in c.1.extr.de teſtib.cog.n.1.* vbi teſtatur, hanc opinionem communem eſſe, idq; argum. *c.præterea, & c prudentiam, de offic.deleg. Anchoran.ibidem num.1.Specul.in tit.de teſte,13. §.de teſtium compulſione, num.7. Maſcardus de probat.lib.1.q.5.n.58.Proſper Farinac.lib.3.tit.8.*
91 *quæſt.78.c.1.num.23.* Sed quibus † remediis vti debeat,non expediunt,cum delegatus Iu-
92 dex † mulctam infligere non poſſit, *l.3. §.ſi quis ad pedaneum, ff. ne quis eum qui in ius voc. eſt vi exim.l.aliud, §.mulctam,ff.de verb.ſignifi. l.2.ff.de iudic.§.fin.l.defenſores, C.de defenſor.ciuit.l.2. § 1.in verb.a competenti iudice, ff. ſi quis in ius voc. nõ ier.l 2. & l.3. item l.eos, C.de mod. mulctar.Alciat. in l.imperium, ff.de iuriſd. omn. iudic.n.159.* vbi illam ſententiam cõmunem dicit Alex. *l.1. ff. de eo cui mand. eſt iuriſd.* Pari
93 ratione † nõ poteſt quem corporaliter coercere, *§ ſi vero ignoti, Nouell.de teſtib.l.nemo poteſt,§.gladii,ff.de regul.iur.l.2.C.de ſportul.item Nouell.de inceſt.nupt. in princip.* deinde argumento ſumto a mulcta pecuniaria, ad animaduerſionem corporalem, cum quæuis pœna corporalis videatur eſſe grauior, quã corporalis, *l.in ſeruorum, in fin.ff de pœn.* eodẽ modo non poteſt pignoribus captis, quod pronuntiauit, exſequi, *l.a Diuo Pio, 15.ff.de re iudic.l.ea quæ, ff.ad municipal. l.properandum, §.ſin autem, circa fin. ff. de iudic.l.4. §.fin.ff.de defenſor.ciuit.* Sed reſponderi fortaſſe poſſet ex ſententia Bartoli *in d.l.a Diuo Pio, ff.de re iud. num.13.* quem eodem loci ſequuntur Alex. *num.4. & paſſim alii. Panorm.in cap ſignificaſti, ext.de offic.deleg.* diſtinguendum eſſe inter illum, qui legatus ſit a Principe, & ab alio Iudice, vt hic illud facere nõ poſſit, illic autem talis facultas negata non videatur, *argum.l. fin. C.de iudic. & § ſi vero etiam, Nouell. de exhib. reis, cap.ſignificaſti, cap.in literis, cap.paſtoralis, §.præterea, extr.de offic. delegat.* Sed aduerſati videntur ea, quæ in hãc cauſſam ſcripta reliquit Andr. Gail *lib.1. obſeruat. 101.nu. 10.* quod ſcilicet officio ipſius Commiſſarii contineatur, vt teſtes ad certum locum & tempus citet. Quod ſi autem vocati nõ obſeruent diem, iterum ſub aliqua pœna pecuniaria citandos eſſe: & ſi quidem in contumacia perſeuerent, Cõmiſſarium in eandem pœnam eos declarare poſſe, addens, quod facta declaratione pœnæ, vlterius progredi nequeat, ſed committentem conſulere cogatur. *Wurmſer.pract.obſeruat. lib.1.titul. 18.obſer.7.* Qua de cauſſa ſciendum eſt, non vſque adeo expeditam illam traditionem
eſſe, an delegatus † Principis iure noſto ex- 94
ſequi ſuam ſententiam poſſit, quod leges in hanc cauſſam allegatæ officium impoſitum difficulter ſuſtinere poſſint, vt videre licet apud Iacobum Menoch. *lib.1. de arbitr. iudic. ſent.quæſt.74.num.52. & ſequ.* quod denique contrariam ſententiam amplectantur Gloſſa *in d.l.a Diuo Pio, ff. de re iudic. item Cumanus ibidem, Cynus & Fulgoſ.in l.iubere cauere, ff.de iuriſd.omnium iud. Iac.de Bellouiſ. in d.§ ſi vero etiam. Nouell. de exhib.reis, ipſe Menoch. d.q. 74.num 54.lib.1.* deinde, quod is, cui teſtium examinatio committitur, videatur nudũ ſolum miniſterium ſuſcepiſſe, *argum.c.2. de iudic. in 6.cap.fin. extr. de offic. & poteſt. iudic. deleg.§.finali.*

Qua de cauſſa, vt in hac difficultate, quid meæ ſententiæ ſit, expromã, exiſtimo, † nõ 95
abſurdam eſſe diſtinctionem Innocentii *in cap.cum ab eccleſiarum, extr. de offi.ordin.* quem ſequi etiam videtur Alexand. *in l.a Diuo Pio,*

§.1.ff.

Digitized by Google

§.*1.ff.de re iud.* vbi multos in eandem ſententiam allegat: *Iaſon ibidem num.23. Angel.in §.ſi vero, Nouell. de exhib.reis. Longouall. in l. imperium, num.70. ff. de iuriſd. omnium iud. Ioan. ab Imol.in c.ſi quis contra clericum, extr. de foro compet.* qui auctores ſunt, delegatum ſententiam ſuam exequi poſſe, non quidem verba ſententiæ ad rem conferendo, ſed pronuntiando, veluti per ſententiã ſuſpenſionis, & excõmunicationis pœnæ pecuniariæ, idq́; arg. *c.ex literis, ext. de offi. deleg.* & quod illis, quibus cauſſa commiſſa eſt, videantur etiam omnia illa conceſſa eſſe, ſine quibus eadem explicari non poſſint, *cap.præterea, cap.ſuſpicionis, extr. de offic. deleg. item l. ad rem mobilem, l. ad legatum. ff. de procurat.* Quod & ipſum confirmari poteſt per *l.cognitio, § vt bonorũ, ff. de off. cui mandat. eſt iuriſdict. Menoch. d. quæſt. 74. nu.37.* Porro hac declaratione interpoſita,
96 per † Cameram mandata pœnalia banni, vel alia decerni ſolent, *Andr. Gail d. lib.1. obſeru. 100. n.11. Rutg. Rul. in tract. de commiſſar. lib.3. c. 11. nu.6. & ſeq.* Et quamuis hæc conciliatio ex eo laboret, quod Innocentius non de Principis delegato, ſed inferioris a Principe loquatur: poterit tamen reſpõderi, quod cum id ipſum, an delegatus Principis exſequi ſententiam ſuam poſſit, cõtrouerſum ſit, *vt ſupra intelleximus*, interpretationem ſuã a conſuetudine, vel ſtylo acceperit, in his perſonis, quæ, vt defendit Panor. *in c.1. extr. de teſtib. cogend. nu.1.* nõ inter nuntios, qui certum aliquod miniſterium explicare debeant, ſed
97 inter † cognitores, & quaſi delegatos Iudices debeant recenſeri: tamen non illam videntur habere auctoritatẽ, quam is, cui tota cauſſa cõmiſſa eſt, *arg. c. ſuper quæſtionũ, §. verum, & § porro, ext. de offic. deleg.* adhibita & illa conſideratione, quod huiuſmodi Cõmiſſarii, vt perſonæ priuatæ plerumque iuriſdictione careant: vnde hos eoſdem, ne dũ ſententiam proſcriptionis, quæ vitæ & omnium bonorum periculũ contineat, proferre non poſſe puto, ſed etiã aliis Iudicibus, ſub quorum iuriſdictione teſtes contumaces habitent, ſub certa pœna non poſſe præſcribere, vt huiuſmodi contumaces ad obſequium compellant, quod tamen Iudici delegato permiſſum eſt.

Quod cum ita ſeſe habeat, non bene cõuenire videntur, quæ memoriæ prodidit Myſing. *centur.6. obſeruat.72.* poſſe delega-
98 tum Iudicem † teſtes, eius aures offendentes pœna extraordinaria coercere, *l.nullum, C. de teſtib. Did. Couar. pract. quæſt. c.18. nu.8.* vbi multos auctores in hãc rem laudat Iul. Clar. *lib. ſent. 5. §. fin. q.38. num 15. Sapia l. fin. num.8. ff. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd.* Sed duplex reſponſio meo iudicio hanc difficultatẽ expedire poterit: Vna, quod cum pœna extraordinaria infligenda ſit, illa non de corporali, ſed pecuniaria intelligi debeat, per rationes, quæ ſupra a nobis comprehẽſę ſunt: Altera, quod Doctores de Iudice delegato loquentes, de illo exaudiri poſſint, qui iuriſdictionem aliquam ordinariam habeat, *Gloſſ. in verb. præcipimus, d. l. nullũ, C. de teſtib.* Quo caſu an etiam clericorum temeritatem † Iu- 99
dex ſecularis compeſcere poſſit, controuerſum eſt. † Gloſſa enim *in verb. præſumtionem,* 100
d. l. nullum, id affirmare videtur. *item Baldus num. 8. Fulgoſ. nu.1. Cynus nu.3. verſ. ſed non videtur, Salyc. nu.4. Odofred. in princip. Frider. Senenſ. conſil.93. Mynſing. cent.6. obſer.72. num.9.* vbi ait, huiuſmodi interpretationem apud Germanos paſſim vſu receptam eſſe. *Guiliel. Benedictus in c. Raynutius, ext. de teſtam. in verb. & vxorem nomine Adelaſiam, nu. 434* vbi idem de Galliæ conſuetudine teſtatur. Quorum auctoritas licet magna ſit: ſtatuo tamen talem † traditionem ſatis periculoſam eſſe, ꝙ 101
aduerſetur generalis definitio, *cap ſi diligenti,* vnde edocemur, clericum non poſſe adſtringi iuriſdictione ſeculari, etiamſi iuramentum eius accedat, idque etiam in criminibus ꝓcedere animaduertimus, ex definitione *cap. etſi clerici, 4. extr. de iudic. & c. cum non non ab homine, eodem tit. Panormit. in c. verum, de foro competent. num.18. Caſtrenſ. in l nullum, C. de teſtib. Didac. Couarr. pract. quæſt. c.18. num.8. verſ. ſed & locus erit hu c opinioni, Rol. a Vall. conſil.12. num.48. lib.2. Anton. de Padilla in l. tranſigere, C. de tranſact. nu.112. Boſſius in tractat. crimin. tit. de falſ. num.110. Matth. de Afflict. deciſ.230. Iulius Clarus lib. ſentent. 5. §. final. quæſt.38. num.14. Proſper Farinac. in tractat. de teſtib. lib.3. tit.7. quæſt.66. num.103.* qui auctores ſunt, clericum, ſi de pœna ipſius tractetur a Iudice examinis, ſi ſecularis ſit, ad Iudicem eccleſiaſticum remittendum eſſe. Porro, an conſuetudine contrarium introduci poſſit, iidem Doctores non attingunt. Qua de cauſſa, vt in re periculoſa, ego vlterius diſputandũ non exiſtimo, quod repugnet *c.1. ext. de conſuet. & c. eccleſ. S. Mariæ, ext. de conſtit.* ducto argumẽto a ſtatuto ad conſuetudinẽ.

Hæc de poteſtate Commiſſarii. An autem † vices ſuas alteri delegare poſſit, conſuli poterit Andr. Gail *lib.1 obſer.97. num.1.2. & ſequen. Schrader. in ſuo tractat. feud. part.10. ſect.* 102

Digitized by Google

12.num 89.& ſeq. Menoch.lib.6.præſumt.c.92. num.1.Rutger.Ruland.lib.3.de commiſſar.cap.5. num.1.& ſeq.

Was aber die dilationes probādi, & prorogationes derſelben antrifft/ ſollen dieſelbigen nach Geſtalt vnnd Gelegenheit der Sachen vnd Parthenen gemäſſiget/ vnd hinfürter keinem Procuratori ſecunda, oder tertia dilatio, oder derſelbigen prorogation abſque cauſſæ cognitione, vnnd anzeige gnugſams fleiß/ gegeben/ Aber mit der vierdten dilation gehalten werden/ vermög vnd Inhalt der gemeinen Recht.

Quæ latino ſermone comprehenſa ad hūc modum ſubnectimus: *Quod attinet ad dilationes, & earum prorogationes, pro modo & qualitate cauſſarum & perſonarum, moderationem accipient: neque vlli Procuratori ſecunda aut tertia dilatio, aut earum prorogatio abſque cauſſæ cognitione, & ſignificatione interpoſitæ diligentiæ dabitur; circa quartam dilationem vero forma iuri ciuili præſcripta ſeruabitur.*

An præſens §. cum diſpoſitione iuris cōmunis conueniat, non immerito in diſce- 103 ptationē † reuocari poſſet, quod cauſſæ cognitionem non ſolum in ſecunda dilatione concedenda, verum etiam in prorogatione dilationis requirat: tunc enim cauſſæ cognitionem non eſſe neceſſariā cōſtituunt Specul.*lib.2.part 1.§.2.nunc videamus, n.4.Ang.l. fin.ff.de fer.n.6.* vt quidā eundē allegat, Caſtr. *n.7.Iaſ.n.44.Barth.Capoll.cautel.13.in prin.n.1. Alberic.in l.dies, ff.de dam.infect.n.2.* vbi ait, illud etiā abſente parte fieri poſſe, *Felin.in cap. vltra tertiam de teſtib. nu.5. verſ.item ſi ante lapſum, In.noc.in c.2.de dilat.* in hæc verba: *Item credimus, quod eam ſine cauſſa cognitione poſſit augere, vel minuere. Panorm.in c.quod ad conſultationem, extr.de ſentent. & re iudic.n.19. Gloſſa in l.2 ff.de re iudic.in verb.coarctat.item Gloſ.in l.4 ff.ſi quis condemnatus, in dictio.ſupra, & ibidem Alberic.in princ.poſt Dyn. & Oldrad.Caſtr. n.2.Io.ab Imol.n.7. verſ.in gloſſ.ſupr. ibi cū cauſſa, Ang.ibid.verſ.licitū eſt iudicanti, Greg.Lopez in gloſſ.ad partitas Hiſpanorū, part.3.tit.15.l.3. Rutg.Rul.lib.2.de commiſſ.c.7.n.5.Io.Faber in l. a procedente, C.de dilat.* Quamuis itaq; auctoritas tot Doctorum merito mouere debeat, nos tamen cōſulenda eſſe ſtatuimus, quæ de hac re ſcripſimus *in prælud.tit.de dilat.n.1.*

In eadem cauſſa eſt, quod adiicitur præter cauſſæ cognitionem, etiam ſignificationem adhibitæ diligentiæ conuenientis fieri debere. Nam cum hæc verba, vt colligere licet ex nouiſſima Cōſtitutione Spirenſi a deputatis Spiræ, anno 1600. compoſita §.132. Nachdem auch/ fol. 40. aliam interpretationē non habeant, quam quod quis in dilationis petitione, modo ea deſideretur, antequā prior dilatio effluxerit, debeat cōplecti idoneam † cauſſam, ex qua ſecundam & tertiam 104 dilationem petat: quamuis eandem nō probet, hoc definitioni iuris aduerſari, quæ probationem allegationis, quæ in facto cōſiſtit, ſemper requirit, *l.3.§.ſi ad diem, ff.de re milit. l. quotiens, C.de naufrag. lib.12. l.non ſolum, §.ſed vt probari, ff.de oper.noui nuntiat.* Et quamuis in cauſſis, quæ videantur parui præiudicii, nonnunquam iuramentum ſufficiat, *c.quia propter, §.fin.extr.de elect. & leg.theſaurus, ff.ad exhibend.l.fin.C de fide inſtrum.* tamen, quod nulla probatio cauſſæ propoſitę, hoc caſu requiratur, id a iuris diſpoſitione demum abhorret. Etenim fatemur, non ſatis inter noſtros Interpretes cōuenire, quæ forma probationis in controuerſia propoſita requiratur: nonnulli enim plenam requirūt rei geſtæ, vel caſus, qui interuenit, fidem: nonnulli diſtinguunt, an tale impedimentum veriſimiliter per teſtes probari poſſit, an minus, de qua re *in prælud. titul. de dilat.* Receptior † tamen eſt ſentētia hoc Iudici arbitrarium 105 eſſe, *vt oſtendit Alexan.l.2. §.quod diximus, ff.ſi quis caut.iud ſiſt.cauſ.fact.non obtemp. n.2.* vt is inſpecta iudicii mediocritate, vel grauitate, *l.theſaurus.ff.ad exhibend.l.fin. C.de fide inſtru. l.cum plures, 15 ff.de rebus auct.iudic.poſſid. cap. paſtoralis, extr.de except.* & ponderatis perſonæ, an honeſta ſit, an vero vitæ deploratioris, *l.non omnes, §.a barbaris.ff.de re milit. capit. mandata, extr.de præſumt.* item locorum, an ſcilicet veriſimiliter teſtes habere potuerit, an non potuerit, *l.quotiens, C.de naufrag.libro 12.* atque aliis circumſtantiis ſtatuāt, an iuramentum boni conſulendum ſit, an minus, *vt c.quia propter, §.fin.extr. de elect. & d.l.theſaurus, ff ad exhibend. & l.fin C.de fide inſtrum.* ita intelligi poteſt Andr. Gail *lib.1.obſerua.91. num.5.Rutger.Ruland.lib.2.de commiſſar.cap.8. num.12.* vbi nonnullos alios allegat, *Ioſephus Maſcardus concluſ.884. Roman.l.2.§. quod diximus, nu.5.ff.ſi quis caut.iud.ſiſt.cauſſ.fact.non obtemp. Bartol.d.§.quod diximus, num.1. Caſtr. num.2.* qui tamen requirunt perſonæ honeſtatem. Eſſe autem hoc Iudici arbitrarium, aperte conſtituit Decius, *in c.ex ratione, extr. de appellat. num.14.poſt Abbatem, Petr.de Anchor.Ioan.Andr.Cardinal. & alios ab eodem allegatos. Guido Pap.q.65. Vantius in tract. nullit.in tit.de nullit.ex defect. iuriſd.n.162. Theſaur.dec.*

Pede-

Digitized by Google

Pedemont.10.num.1. Afflict.deciſ.29. Iacob.Menoch.lib.2.arbitr.quæſt.caſu 118.num.3. Maſcard.d.concluſ.883.num.17. Rebuffus in tractat. de appell.artic.6.gloſſ vnic.nu.8. Alexand.conſ. 42.num.12.lib.3.

Quod autem in fine huius §. additur, quartam dilationem ſecundum diſpoſitionem iuris dandam eſſe, illam ſignificatio-
107 nem † præ ſe ferre videtur, quaſi §. *quia vero, Nouell.90.de teſtib. item auth. at qui ſemel, C. de probat. c.in cauſſis,& cap vltro, extr. de teſtibus,* non de tribus productionibus, quæ cum deſignatione diuerſorum teſtium, & interuallo fierent, & quarta productione cum ſolemnitate ibidem præſcripta intelligi deberent, vt illa iura exaudiunt Gloſſa *in d.auth. at qui ſemel, in verb. productionem, ſub litera N. Odofred.num.1.Bartol.num.4.& ſeq.Bald.num. 13.Caſtrenſ.num.15.& ſeq.Salyc.num.3.Sichard. nu.28.Cynus in l.1. C.de dilat.n.8. Abbas in c.in cauſſis, extr. de teſtib. num.1.Felin.n. 2.poſt Imolam, Anton.de Butrio, Archidiacon. Dominic.& alios ab eodem allegatos,* ſed de tribus dilationibus, prout cum violatione ipſius textus contra manifeſtam verborum ſignificationem eadem accipiunt Angel. *in d.authentic.at qui ſemel, in princip. Alberic.num.2. Fulgoſ.circa fin. Gloſſ.in d c.vltra tertiam, extra de teſtibus,& aliquot canoniſtæ in cap. in cauſſis, extr.eod.* Quod ſane a mente noſtri iuris alienum eſſe videtur, cum ex *l.1.C.de dilat. & l.final.ff.eodem titul.* edoceamur, omnem dilationem proba-
108 toriam, peremtoriam eſſe, neq; aliam † indulgeri, niſi iuſta cauſſa hoc ſuadeat, *l.orationem, ff. de feriis*, quo caſu de tertia & quarta dilatione iure noſtro nihil cautum eſſe deprehendimus, imo exiſtimamus, & quintam dari poſſe & ſextam, ſi cauſſæ circumſtantiæ illud poſtulent, cum ius noſtrum hoc caſu diſtinguat. Fatemur tamen, rarius accidere, vt plures dilationes dentur, quam ſecunda aut tertia, *l.oratione, ff. de feriis, l.final. ff. eodem tit.* Poteſt tamen hæc interpretatio de dilationibus ex illis cauſſis excuſari, quas perſecuti ſumus *in d.auth. at qui ſemel.*

Lex, Plures, 18.

Summaria.

1. *Apocha quid?*
2. *Differentia inter apocham & acceptilationem.*
3. *Antapocha quid ſit.*
4. *Cauſſa huius legis promulgandæ.*
5. *Si debitor antapocham tradere recuſet, quo remedio compelli poſſit, ex ſententia Donelli.*
6. *Conſideratio auctoris in propoſita quæſtione.*

PRo euidentiori explicatione huius legis ſtatuo, nos præmuniendos conuenienti interpretatione dictionum apochæ, & antapochæ. † Apocha dictio Græca eſt, rece- 1
ptionem ſignificās, ſiue pecuniæ ſolutæ profeſſionem, *vt l.14.C.de ſolut.* Cum enim Latini proprium nomen non habeant, vtuntur peregrino, *l.fin. §.Titius, ff. de cond.indeb. l.19.ff.de acceptil l.27.ff.de furt. l.47.§.tutela, ff. de adminiſtr. & pericul.tut.* quæ alio nomine ſecuritas ab Imperatoribus vocatur, *vt l.fin. ſupr.ſi certum petat.l.1.de apochis publ.lib.10.leg. 35.§.fin.ff.de inoffic.teſtam.* quam nonnulli parum conſiderate acceptilationem † vocant, 2
cum inter acceptilationē & apochā magna differentia ſit, vt apparet ex definitione acceptilationis, *Inſtit. quibus mod.toll.obligat.§. idem per acceptilationem, item l.1.ff.de acceptilatio.* cum inter hæc duo etiam hoc interſit, quod acceptilatione omnino liberatio contingat, quamuis nulla pecunia ſoluta ſit. Apocha autem non alias, quam ſi pecunia ſoluta ſit, *l.ſi accepto, 19. §.final.ff.de acceptil.* An- 3
tapocha † autem eſt contraria cautio, & quæ viciſſim ab ipſo debitore apochā accipiente interponatur, idque dupliciter explicari poteſt, curando apocham bis deſcribi, ita vt vna ſubſcribatur a debitore, & ipſi creditori tradatur: Alia ſubſcriptionem habeat creditoris, & ipſi debitori in hoc reddatur, vt per talem ſubſcriptionem conſtare poſſit, illum ratione certi iuris ſolutionem accepiſſe, vt hoc modo præſcriptio impediri poſſit. Alia ratio cautionis eſt, quam proprie antapocham appellare poſſumus, cum debitor priuata ſcriptura cōfitetur ſe penſionem ratione certi iuris, quod penes creditorem ſit, exſoluiſſe.

His ita cognitis ſciendum eſt, † Impera- 4
torem, vt malitiæ quorundam debitorum occurreret, qui ſibi res concreditas per multos annos ſine interpellatione obtinentes, vſurpare ius proprietatis, vel dominii nituntur, illa occaſione moti, quod dominii probandi ratio ceſſante cauſſa poſſeſſionis difficile ſit, *l.cum res, ſupr.de probatio.* & quis prima fronte ex detentione, ne dum poſſeſſor, ſed & dominus videatur, vt *in d.l. cum res,* diſſeruimus. Inde eueniebat, vt ne dum emphyteutæ, ſed etiam coloni, & inquilini eo conſilii & malitiæ nonnunquam progrederentur, vt ſe dominos rei in fidem acceptæ profiteri non erubeſcerent, & longa præſcriptione cauſſam ſuam aſſerere conarentur, cum dominus hanc intentionem

Digitized by Google

ſuam non facile elidere poſſe videretur, niſi literas locationis. *l. ſi quis conductionis, 25. infra, de locato & conduct. & l. conductionis, 26. eodem*, quæ in tanto interuallo ex variis caſibus intercidere poſſent, protuliſſet, *Nouell. 111.* hanc conſtitutionem edidit, cuius beneficio creditores apochæ a ſe tradendæ exemplum a debitore ſubſcribendum retinere poſſent, vel ab eodem, vt antapocham conſcriberet, exigere. Ceterum, quæſtio-
5 nis eſt, ſi debitor hoc recuſet † facere, qua actione eum compellere poſſit, qua in re placet mihi conſideratio Donelli *hic nu. 19.* poſſe creditorem adhibitis teſtibus, interpellare debitorem,, vt antapocham conficiat. Quod ſi facere recuſet, non prohiberi eundem adhuc penſiones petere, tanquam non ſolutas, *argu l. ſiue apud acta, ſupr. de tranſactio. & l. cum proponas, ſupr. de pact. item l. 15. §. ſi emtor, ff. de re re iudic.* & ſi conuentus iudicio proferat apochas ſolutionis factæ, eum deſiderare poſſe, vt ſibi per notarium actorum eædem edantur. Quæ Donelli conſideratio quamuis non videatur ſpernenda, quod fraudem pari conſilio excludere liceat, *l. ſiue apud acta, ſupr. de tranſact. l. cum proponas, ſupra de pact. l. 15. §. ſi emtor, ff de re iudicat. l. cum pater, 77. §. ſi Titio, ff. de legat. 2.* tamen quod non temere idem bis ſit exigendum, *l. bona*
6 *fides, ff. de reg. iuris.* Exiſtimarim † potius ipſi conſuli poſſe aliis remediis. Primo, per denegationem apochæ, cum nemo morã, aut perperam facere intelligatur, qui iure ſuo vtitur, *l. ſciendum, 21. ff. de vſur. l ſin. C. de reſtit. in integrum, l. nullus dolo, ff. de regul. iur.* Secundo poteſt adhibere tabellionem, qui apocham pecuniæ receptæ, nec non exemplum ipſius deſcribat, *vt obſeruauit hoc loco Albericus num. 1. Pacius num. 16.* qui notant, hanc cautionis rationem hodie magis frequentari. A qua ſententia non eſt aliena interpretatio Bartoli, qui *hic num. 1.* auctor eſt inſtrumentum liberationis, de quo rogatus ſit notarius, nedum debitori, ſed etiam creditori edendum eſſe, quod ipſius id ipſum interſit, *Bartolo ſubſcribunt Baldus hic num. 3. Angel. numer. 3. Caſtrenſ. num. 4.* qui etiam argum. noſtræ legis tradunt eum, qui pecuniam ſoluit ſine receptione alicuius recognitionis, poſſe creditorem compellere, vt de ſolutione facta curet inſtrumentum publicum conſcribi. Tertium remedium, quo ſubueniri creditori poſſe exiſtimarem, eſt, vt vtatur condictione ex hac l. *argum. l. vnica, ſupr. de condict. ex lege.* Et quamuis Donellus hoc ipſum improbet, quod putet cõdictionem ad hoc dari, quod ipſius interſit, nõ intereſſe, ſi alia ratione docere poſſit, rem ita ſe habere, *l. argentarius, §. 1. ff. de edend.* tamen huiuſmodi rationem tanquã minus ſufficientem non puto ſubſiſtere, cum non ſatis ſit, quod debitor extra iudicium, vel in iudicio fateatur, rem ita geſtam eſſe, aut quod creditor per teſtes docere poſſit hoc ita eueniſſe: Sed ad diuturniorẽ probationis cauſſam, & excluſionem præſcriptionis, ſcriptura, quæ ſemper loquitur, requiratur, *l. 4. ff. de pign. & l. 4. ff. de fide inſtrum.* Cum itaque ipſius interſit, perpetuam potius, quam temporalem habere probationem, merito beneficium noſtræ legis eidem denegari non debet. Gloſſa & Doctores hic nonnihil de præſcriptione annuæ præſtationis attingũt, de qua re cum alibi ſit commodior locus, & nos *in tract. de præſcript.* copioſe de ea re diſceptauerimus, eodem etiam Lectorem breuitatis cauſſa reiicere voluimus.

Lex, Comparationes, 19.

SVMMARIA.

1 *Quando comparationis remedio vti ſoleamus.*
2 *Ex illis inſtrumentis duntaxat comparationem faciendam, quæ publica ſint, aut priuata, cum ſubſcriptione teſtium.*
3 *Quæ conditiones in tali collatione requirantur.*
4 *A teſtibus ſcripturæ fides imponenda, ad minus duobus.*
5 *Iuriſperiti eligendi, & quot numero.*
6 *Si inter partes hoc conueniat, etiam vnus ſufficere poteſt.*
7 *Periti iurare coguntur, & qua forma.*
8 *Quid iurare debeat, qui talem comparationem deſiderat?*
9 *Periti ſingulos characteres & ductus bene conſiderare debent.*
10 *Quid deſideretur in illa ſcriptura, quæ in controuerſiam vocatur.*
11 *An mortuis teſtibus, qui inſtrumento adſcripti ſunt, adhuc comparationi locus ſit?*
12 *Comparationem plenam fidem facere, ſi publicum inſtrumentum ſit, de quo controuerſia eſt. & n. 13.*
14 *Quid obtineat, ſi inſtrumentum ſit priuatum, & partiũ atq; trium teſtium ſubſcriptionẽ habeat, qui in fata conceſſerint.*
15 *Auctores, qui putent comparationem etiam hoc caſu ſufficere.*
16 *Auctores qui diſſentiant.*
17 *Conciliatio præcedentis controuerſiæ.*
18 *Quid probandum, ſi inſtrumentum nullam partiũ, & teſtium ſubſcriptionem habeat, longa auctoris diſtinctio.*
19 *Si teſtes de re geſta deponere poſſint, nõ opus eſſe comparatione inſtrumentorum.*
20 *Quomodo teſtes, qui contractui non interfuerunt, rationem*

Digitized by Google

tionem concludentem ſcientia reddere poſſint?

21 *Comparatio inſtrumenti priuati aliis adminiculis deſtituta, ſemiplenam probationem duntaxat conſtituit.*

22 *An idem procedat in rationibus atque epiſtola, diuerſæ Doctorum ſententiæ?*

23 *Rationes, ex quibus negatiua ſententia confirmetur.*

24 *Ex quibus cauſſis illud Iudici arbitrarium eſſe debet.*

CVm ne dum publicis inſtrumentis *l. contractus, & l. iudices, l. final. hoc noſtro titul. Nouell. 73. de inſtrum. caut. & fide. §. ſi quis caute, cap. 2. extr. de fide inſtrum.* ſed etiam priuatis eo caſu, quo quis manum ſuam agnoſcat, *l. Publia, ff. depoſit.* fides accommodetur, non autem idem procedat, ſi quis chirographum a ſe ſcriptũ eſſe neget, vel manus tabellionis publici in controuerſiam vocetur, *d. Nouell. 73. §. ſi quis igitur, §. ſed etſi quis,* propterea ad
1 collationem ſcripturarum confugere † ſoleamus, *d. Nouell. 73. §. ſi vero moriantur,* vt inde fides rei geſtæ elici poſſit: & hęc ratio probationis fallax atque periculoſa ſit, ꝙ multi inueniãtur, qui manum alienam facile imitari, & exprimere ſoleant: Idcirco etiam in re lubrica maiori cautela vtendum eſſe ipſe Iuſtinianus exiſtimauit, ſiue quæratur de inſtrumentis, quæ in controuerſiam deducta, hoc ſubſidii requirunt, ſiue de illis, cum quibus hæc collatio facienda ſit. Hac itaque conſtitutione promulgata, qua cautela in documentis, de quibus vltimo mentionem fecimus, vtendum ſit, ediſſerit: nõ eſſe comparationem faciendam, niſi ex inſtrumen-
2 tis, quæ † publice ſunt confecta, vel chirographis, quæ trium teſtium ſubſcriptionem habeant.

3 Requirit autem in hac † collatione, certas conditiones: Primo, vt huic priuatæ ſcripturæ fides imponatur à teſtibus, qui ſubſcri-
4 pti ſunt, ſiue † omnibus, ſiue ad minus duobus, vt diſerte hac noſtra lege comprehen-
5 ditur. Secundo, quod eligantur † in hoc genere collationis viri periti, quos ex generali definitione *l. vbi, ff. de teſtib.* duob. ad minus definimus, quod apparet ex verbis noſtræ legis. Omnes autem comparationes ab his fieri cenſemus, &c. Verbum enim plurale in ſingulari numero effectum ſuum ſortiri nõ ſolet, *l. final. ff. ad Senatuſconſult. Trebell. Bartol. hic num. 3. in lectur. 2. Salyc. num. 8. & 18. Baldus num. 30. Fulgoſ. numer. 7. verſic. in gloſſ. ſi peritis, Caſtrenſ. num. 10. item Sichard. num. 4.* dum faciunt mentionem notariorum, *Iulius Pacius n. 39. Alberic. n. 1: verſic. tertium eſt forma, Alex. conſ. 35. nu. 8. lib. 1. itẽ Alex l. 1. ff. de verb. oblig. §. fin. Franciſc. Aretin. ibid. n. 41. Iacob. Menoch. libro 2. arbitr. quæſt. caſu 114. nu. 27. Ioſeph. Ludou. deciſ. Peruſ. 7. num. 7.*

Recipit tamen † hæc inſpectio nonnullas 6
declarationes. Etenim ſi litigantes vnum elegerint, eum ſufficere non dubitamus, *l. 1. §. fin. ff. de verb. oblig.* idem quoque admittendum eſſet, ſi negotii mediocritas, vel inopia peritorum contrarium ſuaderet, ſecundum ea, quæ diſſeruntur a Doctoribus *in l. iuriſiurandi, ſupr. de teſtib.* item quæ ſcribit Ioſephus Ludouic. *d. deciſ. 7. n. 9.* ſed negotium faceſſit Nouell. *73 §. ſi vero moriantur:* ex quo colligimus, illud Iudicem explicare debere, vnde etiam Nicol. de Materel. item Bald. *hic num. 30.* Iudicem non adhibitis peritis illud ſolum præſtare poſſe contendunt. Aliter hãc rem digerunt Caſtrenſ. *hic num. 10.* Iulius Pacius *num. 37* Iacobus Menoch. *d. caſu 114 num. 32.* idque argum. *l. ſcripturas, infr. qui pot. in pign. ſunt:* verſari ſcilicet in arbitrio Iudicis, vtrum per ſe vna cum aliis peritis, cum omni ſubtilitate inquirere velit, an vero idẽ aliis mandet, qui mox, quid inuenerint, renuntient: ſed ſane textus *in d. §. ſi vero moriantur, Nouell. 73.* hanc interpretationem non videtur recipere. Vnde exiſtimarem, vtrumque textum coniungendum eſſe, ſcilicet legem noſtram, & d. §. *vt Iudex*, adhibitis in eo genere verſatis, hanc rem excutiat, ita Gloſſa *in d. §. ſi vero, & Cynus hic num. 10. Angel. num. 4. Albericus numer. 2. verſ. tertium eſt forma,* & hoc conſultius eſſe conſtituit Fulgoſ. *hic circa fin. Bald. num. 30.* Sane ſententia Caſtrenſis eo caſu admitti poſſet quo inſtrumẽta, cum quibus fieri deberet, collatio in longinquo verſarentur, de qua re *in l. Iudices, ſupra, hoc titulo.*

Tertia conditio eſt, † quod, antequam ad 7
comparationem veniant, iurare cogantur, quod neque lucri cauſſa, neque inimicitiis, neq; gratia tenti huiuſmodi cõparationem faciant, *vt hac noſtra l. & Nouell. 49 §. 2. in fin.* Qua in re animaduertendum eſt ex ſententia noſtrorum Interpretum, hos homines non compelli ad iuramentum veritatis, ſed eius, quod ſecundum artem credunt, *ita Angel. hic nu. 3. Baldus hic num. 3. Caſtrenſ. num. 11. Sichard. nu. 4. Donell. n. 12. Bart. l. 1. num. 8. ff. de ventr. inſpic. Ioſeph. Ludouic. d. deciſ. 7. numer. 8.* quamuis Iulius Pacius *hic nu. 48.* temere diſſentiat, negans hoc iuſiurandum credulitatis vocari poſſe. Sed ſane ſi verba ad eam formam reuocẽtur, quam ipſe proponit, quod ſcilicet pronuntient, ſibi videri ſcripturam

Digitized by Google

controuerſam manu talis notarii, vel perſonæ exaratam eſſe, vel nõ eſſe: non animaduerto, quo pacto hi de veritate deponere dicantur. Multo minus puto audiendum eſſe Donell. *hic n.11.* qui ſtatuit hæc verba: *Omnes autem comparationes non aliter fieri concedimus, niſi præſtito iuramẽto ab his, qui comparationem faciunt*, non de peritis hominibus intelligi, ſed de partibus comparationem vrgẽtibus. Nam talem interpretationem refellit §. *fin. ſi vero nihil, Nouell.73* ex quo edocemur, hãc cautelam, in partibus primum per illã conſtitutionem inductam.

8 Quarta conditio eſt, quod † is, qui petit comparationem fieri, iuret, ſe non habere alias probationes, præter adminiculum cõparationis, *Nouell.73. de inſtrum. cautel. & fid.* ſi vero nihil ita, *Salyc. hic nu.7. Angel. num.11. Iulius Pacius n.45. Menoch. d. caſ.114. n.34. Ioſeph. Ludou. d. deciſ.7. n.5.*

9 Quinta conditio † eſt, vt periti ſingulos characteres, & ductus literarum, nec non ſubſcriptionis, atque ſignorum diligenter inſpiciant, §. *oportet, &* §. *ſi vero, d. Nouell.73. de inſtr. caut. & fid.* item conferant ſtyli qualitatem, *arg c. quam graui, extr. de crim. falſ. Bald. hic n.18. Alberic. n.1. verſ. item talis, Salyc. nu.19. Ang. n.9. Pacius n.41.* vbi addit, præcipue ſpectandas eſſe literas duplici charactere inſignitas, id eſt, qui duobus modis ſcribi ſolẽt, vt ſunt literæ D. & G. ex his enim potiſſimũ falſitatem deprehendi, peritos ſcripturarũ affirmare, *Iacob. Menoch. d. caſu 114. num.31. Ioſeph. Ludouic. d. deciſ.7. n.10.*

10 Sexto requiritur, vt etiam † illa ſcriptura, quæ in controuerſiam vocatur, vel publica manu ſit conſcripta, vel trium teſtium ſubſcriptione munita, ſi contractus libram auri excedat, *authent. ſed nouo iure, ſupr. de reb. credit. ſi certum petat. authent. at ſi contractus, §. oportet, cum §. ſeq. Nouell. de inſtrumen. cautel. & fid.* Ex quibus intelligimus hoc caſu, ſi ab imperito literarum contractus ſuſcipiatur, idque in ciuitate fiat, quinque teſtes requiri: *ita Angel. hic num.8. Ioſeph. Ludouic. deciſ. Peruſin.7. num.2.* qui in hanc ſententiam allegat Alexandrum & Anchoran. item Roland. a Valle, qui tamẽ mihi non videntur de comparatione loqui, ſed de viribus ipſius contractus, qui ſine hoc teſtium numero ſubſiſtere nõ poſſit. Videtur tamen hæc ipſa doctrina ex relatis §. *ſi quis igitur*, §. *ſed et ſi quis*, § *ſi vero moriantur, Nouell.73. de inſtrum. cautel. & fid.* defendi poſſe.

11 Sed quæſtionis eſt, an mortuis † teſtibus, ſi viua voce ipſum inſtrumentum confirmare nequeant, adhuc comparationi, quæ idoneam probationem contineat, locus ſit? Negat idem Ludouicus *d. deciſ.7. num.4. titul. de falſ. num.26.* qui in hanc ſententiam allegat, Gloſſam *in l.1. & 2. de teſtament. Fulgoſ. conſilio 79.* vnde colligitur, ſcripturam hoc modo nudam reddi. Sed ſane hæc traditio ſatis dura mihi ſemper viſa eſt, quod conſtet ex diſpoſitione noſtræ legis, item *l. ſcripturas, infra, qui potior. in pignor. ſunt*, §. *ſi quis igitur, &* §. *ſed et ſi quis, de inſtrument. cautel. & fid.* priuatum chirographum inſtructum trium teſtium ſubſcriptione conferri cum inſtrumento publico. Deinde, quod ſi comparatio ſemiplenam fidem conſtituat, & ex circumſtantiis etiam plenam, abſurdum videatur, quod mortuis teſtibus hanc ſcripturam nudam dicamus, quæ præter comparationem manus partium, habeat etiam ſubſcriptionem trium teſtium, quæ & ipſa adminiculum in collationis cauſſa præbere poteſt. Certum autem eſt, difficilius quem quatuor manus imitari poſſe, quam vnam. Accedit, quod facilius aliquis conuinci mendacii, aut falſitatis poſſit, cum quatuor certo loco, & definita die fuiſſe ſcribit, quam ſi de vno ſermonem inſtituiſſet, *leg. optimam, infr. de contrahen. & committend ſtipulatio.* Vnde Bartolus *authent. at ſi contractus, num.8. verſic. aut negatur*, huic inſtrumento plenam fidem accommodandam exiſtimat, & multo apertius Ang. *in hac noſtra l. n.10. Salyc. n.21. Fulgoſ. n.6.*

Hactenus de forma comparationis, nunc de effectu ipſius nonnihil differendum eſt. Regulam itaq; conſtituo generalem, comparationem inſtrumenti publici, ſi periti a Iudice conſulti ſecundum formam † a no- 12
bis ſupra propoſitam, pronuntient, ſe ſecundum artem conſtituere, controuerſam ſcripturam, manu eius, de quo dubitabatur, ſcriptam fuiſſe, idoneam probationem colligere, *Bart. lectur.2. n.1. verſ. oppono in lege Codicis. idem Bart. in auth. at ſi contractus, nu.5. Bald. hic n.32. Caſtr. n.6.* qui tamen diſtinguit, vt mox audiemus, *Salyc. num.21. Fulg. nu.6. Iul. Pacius hic n.60. Gloſſ. in auth. & ſi contractus, hoc tit. in dictione ſoli, circa fin. Alex. conſil.184. num.6. volum.7. Maſcard. concl.330. num.15.* Ceterum Odofred. in hac noſtra *l. n.11.* Cyn *nu.13.* Alberic. *circa fin. verſ. hoc etiã hic*, id arbitrio Iudicis cõmittendum ſtatuit, vtrum plenam, an ſemiplenam probationem obtinere debeat, idemq; videtur ſentire Alex. *conſil.181. lib.2.*

lib.2.num.4. Porro ſi quis vtramque opinionem bene excutiat, in idem recidere deprehendentur. Statuimus enim inſtrumentum publicum ex comparatione plenam fi-
13 dem impetrare † non ſolum ſi tabellio ſcripturam ſuam eſſe agnoſcat, quo caſu cōparatio neceſſaria non videtur, §. *ſed etſi quis, Nouell.73.* niſi tabellionis perſona vilior, aut ſuſpecta videatur, aut, ſi aliud adminiculum, veluti teſtium, § *ſi tamen, §. ſed ſi inſtrumenta,* aut miniſtri, vel annumeratoris, qui teſtentur, hanc manum tabellionis eſſe, *§. in his vero, quæ conficiantur, §. quod ſi tabellio defunctus habeat: Gloſſa in authent. & ſi contractus, in verbo, ſoli, Bartol. ibidem num.4. Afflict. deciſion. 181. num.8. Iacob. Menochius arbitr. quæſtion. lib.1. caſ.114. num.2.6. & ſeq. Maſcard. concluſ. 330. num.4.* ſed etiam ſi omnibus huiuſmodi adminiculis ſcriptura deſtituta ſit, idque argum. noſtræ legis, quæ hoc caſu emendata non deprehenditur, niſi ratione quantitatis maior numerus teſtium requiratur, de qua re poſtea accedunt *l. ſcripturas, infr. qui pot. in pig. ſunt. & §. fin. Nouell.73. de inſtrum. cautel. & fid.*

Quod ſi vero priuatā ſcripturam eſſe proponamus, multo aliter digerēda res erit. Nā
14 † ſi inſtrumentum partium & trium teſtium ſubſcriptionem habeat, illique in fata conceſſerint, vt inſtrumento auctoritatem maiorem viuæ vocis ſuffragio cōciliare nequeant: adhuc tamen huic inſtrumēto innitendū eſſe, quod, vt antea admonui, a publico inſtrumento ad hanc priuatam ſcripturam non inepte argumentemur, *vt hac noſtra lege, l. ſcripturas, infr. qui pot. in pign. ſunt, putant*
15 † *Bart. num.8. Ang. num.10. Salyc nu.21. Fulgoſ. num.6.* quod & ipſum ſequi quaſi omnes canoniſtas declarat Felinus *in c.2. de fid. inſtr. n. 6. verſic. ſeptima declaratio.* Sed hæc traditio ſcrupulo non caret, quod repugnet §. *ſed etſi quis, Nouell. de inſtr. caut. & fid.* quæ negat cōparationem ſolam ſufficere, neque arbitramur, magnam vim conſtituendam eſſe in ſubſcriptione partium, cum qua ratione totum chirographum imitari potuit, eodem artificio, imo minori ſubſcriptionem eiuſdem partis reddere potuerit. Vnde non im-
16 merito Ioannes ab † Imola *in c.2. extr de fide inſtrum. item in l. nuda, ff. de donat. num.2. item Felin. in d.c.2. num.6. Panormit. ibidem num.5.* hanc doctrinam plane repudiant. Quapro-
17 pter † ꝑ conciliatione poſſet ſententia Bartoli eo caſu admitti, quo cōparatione facta, vis ſimilitudinis illud ſuadere videretur. Si enim id ſimilitudo efficere poſſit in aliis inſtrumentis priuatis, quæ hanc ſcripturā non habeant, *vt auctor eſt Bartol. in l. admonendi, num.26. Menoch. lib.2. arbitr. quæſt. caſu 114. nu. 8. Alexand. conſil.181. num.4. lib.2. Viuius in theſaur. comm. opin. in verb. comparatio literarum, Maſcardus concluſ.330. num.20. vbi plures allegat,* quāto magis illud admittendum erit in documento, quod teſtium ſubſcriptionem contineat. Porro illud multo magis procedere ſtatuimus, ſi teſtes in inſtrumento deſcripti illud ſuo teſtimonio adiuuent, *Menoch. d. caſ.114. Maſcard. d. concluſ.330. Purpur. in l. admonendi, num.176. ff. de iureiur. Bart. ibidem num.26.* ſiue tres numero, ſiue duo duntaxat id faciant, *vt hac noſtra l. comparationes,* imo & vnum ſufficere ſtatuo. Si enim ſine hoc adminiculo, *vt antea oſtendi,* audiendus erit, cur non accedente tali momento?

Porro ſi ſcriptura † nullam ſubſcriptionē 18
teſtiū habeat, ſed partis, de cuius manu contentio eſt, ſigillum, hoc caſu cōparationem plenam fidem colligere conſtituunt Caſtr, *in l. admonendi. Purpur. ibid. num.177. Menoch. d. caſu 114. num.21. Maſcard. d. concluſ.330. n.10. & 11. argum. l. ſi qua per calumniam, ſupr. de epiſc. & cler. item c. ſignificante, extr. de appell. l. ſi per procuratorem, ff. de procur. l.2. ff. de rebus al. non alien.* Sin autem tale adminiculum non habeat, adhuc intereſſe putamus, an ſaltem teſtes aliquot producere poſſit, qui deponāt, ſe vidiſſe huiuſmodi inſtrumentum ſcribi: tunc enim conueniens probationis pondus obtinere colligimus, ex §. *ſed etſi quis, Nouell. de inſtr. caut. & fid. item Maſcard. d. concl.330 n. 5. Gloſſ. in authent. at ſi contractus, in verbo, ſoli. Bartol. in l admonendi, ff. de iureiur. numer.26. item Iaſon ibidem num.85.* quamuis Menoch. *d. caſu 114 num.19.* arbitrio Iudicis & hic multum adſcribat, quod & nos non negamus ex cauſſis ſupra relatis, & ex conſideratione generalis regulæ *l.3. §. eiuſdem, ff. de teſtibus.* Sed obſeruandum hoc loco eſt, non eſſe † neceſ- 19
ſarium, vt teſtes deponant de cōtractu ipſo, aut re geſta: alioquin duo plerunque ſufficere poſſint, citra vllum ſcripturæ adminiculū, *l. vbi numerus teſtium, ff. de teſtib.* ſed quod viderint huiuſmodi inſtrumentum ſcribi, *§. ſed etſi quis, Nouell. de inſtrument. cautel. & fide.* Exigerem, † tamen, vt ſuæ ſcientiæ conclu- 20
dentem rationem redderent, *l. ſola, ſupr. de teſtib. & l. teſtium, eod.* quod in ſuperiori caſu, cum teſtes ſubſcripſerint, aut ſigillum ſuum impreſſerint, ſine difficultate explicari poſſit, dum manus ſuas, aut ſigilla agnoſcūt, *l.1.*

Digitized by Google

§.final. & l.ſi quis ex ſignificatoribus, ff. teſtam. quemadmod. aper. §.ſi vero moriantur, cum §.ſequent. d. Nouell.73. de inſtr. caut. & fid. Poſteriori vero caſu plus negotii habere videtur, quod aliam, quam, quod manum ſcribentis notam habeat, rationem reddere cogantur. *Alexand.conſil.76.num 4.lib.3. Zaſius conſ.4. num.7. lib.2. Afflict.deciſ.181.in fine. Menoch. arbitr.quæſt.lib.2.caſu 114.num.22.* Audiri itaque illorum teſtimonium poteſt, ſi memoria repeterent, quæ eadem ſcriptura contineantur, ſimul etiam formam chartæ, aliasq; circumſtantias obſeruaſſent, quãuis de principali contractu deponere nequeant. Solent enim creditores, qui bona fide cõtraxerant ex poſtfacto, ſolicitudine aliqua incuſſa, petere, vt huiuſmodi chirographa conſcribantur, quæ illis præſentibus aliquot teſtibus tradantur, *vt animaduertit etiam Paul.Caſt. hic n.4.* Imo ſi ipſam ſchedulam non legiſſent, aut quid eadem contineretur, illis ſignificatum eſſet: adhuc tamen cõcludentem rationem ſuæ ſcientię reddere poſſent, ſi conſtaret, ratione cuſtodiæ (veluti, quod illis præſentibus ſcriptam ſchedulam in archiuo depoſuiſſet, vel alio in loco ſecuro, *c.ad audientiam, extr.de præſcript. in authent.ad hac, hoc cod.tit.*) eandem ſchedam eſſe.

21 Sin autem ipſa ſcriptura † omnibus adminiculis deſtituta, ab aduerſa parte negetur, hoc caſu comparationis ſubſidium ad ſemiplenam probationem duntaxat proficere tradiderunt Bart. *in l.admonẽdi, nu.26. Panor. in c.2.verſ.dicerem tamen, & ibidem Felin.n.14. Ripa in d.l.admonendi, n.113 Did.Couarr.pract. quæſt.22.num.6.* vbi hanc opinionem cõmunem teſtatur Roland. a Valle *conſ.27.nu.12. Burſat.conſil.133.num.21.Barthol.Socinus conſil.41.nu.2. vol.3.* & plures alii, quos refert Maſcard. *de probat. vol.1.concl.330.nu.7.* Ceterum Bart. *in authent.at ſi contractus, hoc noſtro titul. & §.oportet, & § ſeq. Nouell.73.* rationes atque

22 † epiſtolam ex collatione plenam fidem impetrare, vt antiquitus ſolebat *l. comparationes, hoc titul. & d.authent.at ſi contractus, l.ſcripturas, infr.qui pot.in pign.ſunt,* exiſtimat, Bartolum ſequuntur plurimi auctores, quos videre licet apud Iacobum Menochium *arbitrar.quæſt.lib.2.centur.2.num.24.* Franciſcum Curtium Iuniorem *in l.admonendi, num.123. Maſcard.concluſ.330.numer.12. Didac.Couarr. pract.quæſt.c.22.nu.7.* vbi Bartoli opinionem communem fatetur, quãuis ipſe diſſentiat: In rationibus Menochius Bartolo accedere videtur *d.caſu 114.num.23.* In epiſtola autem probat contrarium. Ego tamen priorem opinionem veriorem puto, quod *§.oportet vero, cum §.ſeq.item tota Nouell. de inſtr.cautel & fid.* de contractibus & obligationibus ſuper his conſcriptis loqui videatur, nõ de epiſtolis, aut rationibus. An autem hęc inſtrumẽta omnia Bartolus recte apochas appellet, in præſentia non diſcepto. Sufficit enim, quod de ipſius mente cõſtet, ſe loqui de ſcripturis priuatis, vel chirographis, quæ a parte parti, vt ait, tradi ſolent. Recte itaque idem Bartolus colligit definitionem d. Nouellæ † non 23
habere locum in rationibus, cum totus liber rationum non facile effingi ab aliis queat, & non verſetur in poteſtate, rationes concinnantium, vt ſemper teſtes adhibeant: vnde etiam Bart. *in d.authen.at ſi contractus:* imo & Angel. *in hac noſtra lege n.10.Salyc.n.17.Barth. Socin.conſ.41.n.2.vol.3.Alex.conſ.58.nu.1.lib.7. Decius in c.2.nu.16.de fide inſtr. Curtius in l.admonendi, ff.de iureiur. num.124. Purpur.ibidem num.212. & infiniti alii, quos referunt & ſequuntur Maſcard.330.nu.18. Menoch.d.caſu 114.nu.23.centur.2.* id defendunt. Et licet in epiſtola non deprehẽdatur vtraque ratio ſupra a nobis conſiderata: tamen cum altera interueniat, eaque vrgentior ſit, ſcilicet, quod circa epiſtolas, cum ad abſentes mittantur, nullo modo quis teſtes adhibere poſſit: non animaduerto, quod ea, quæ cauta ſunt de chirographis, ad epiſtolas commode transferri poſſint, cũ leges correctorię interpretatione non ſint iuuandæ, *l.præcipimus, in fine, infr.de appell. cum ſimil. de quib. in auth. quas actiones, & l.fin.ſupr. de ſacroſ.eccl.* Vnde hanc Bartoli ſententiam etiam hoc loci approbant Ang. *n.10.Salyc.n... Alex.in l.admonendi, ff.de iureiu. num.38. & infiniti alii, quos refert Maſcard.d. cõcl.330.n.12.* & quam cõmunem eſſe fatetur Didacus Couarr. *pract.quæſt.c.32.n.7.* quamuis ipſe in contrariam ſententiam inclinet. Concedo tamen, illud Iudici † arbitrariũ eſ- 24
ſe, vt ſcilicet ex ſimilitudine characterum, item perſonæ comparationem deſiderantis conditione, magnitudine negotii, quæ motum animi, vel in hanc, vel in illam partem impellere poſſint, *l.ob carmen, §.fin. ff.de teſtibus,* conſtituat, an comparatio admittenda ſit, an minus, *argum.l.vbi, infr.ad legem Corn. de falſ.l.3.§. eiuſdem, ff. de teſtib.* quæ ſententia videtur eſſe Menochii, ne dum in epiſtola, ſed etiam in chirographo, *d.caſ.114.n.9.lib.2. arbitr.quæſt. Maſcard. d.concluſ.330. num.20. & ſequent.* vbi multos alios in hanc ſententiam citat.

Lex,

Digitized by Google

Lex, Cum quidam final.

SVMMARIA.

1 *Quæ requirantur vt inſtrumenta exhibita fidem feciſſe dicantur.*
2 *Inſtrumenta exhibenda ſunt in termino ad probationem conſtituto.*
3 *Aduerſa pars citanda, ſi tẽpore productionis quadam obiicere velit.*
4 *Inſtrumento deinde fides imponenda, & quomodo illud intelligendum.*
5 *Recognitionem inſtrumenti ab aduerſario factam, ſufficere.*
6 *An tacita recognitio ſufficiat, diuerſa Doctorum ſententia.*
7 *Sententia Bartoli approbata, quod expreſſa recognitio requiratur, aut terminus aduerſario, ad contradicendum ſtatuatur.*
8 *An contumacia non reſpondentis pro confeſſione habenda ſit.*
9 *Exemplum inſtrumenti hoc modo agniti plenam fidem impetrare.*
10 *Si deſideretur reproductio inſtrumenti hoc modo agniti, & id amiſſum dicatur quæ probatio hoc caſu de amiſſione requiratur.*
11 *Conciliatio cum l. creditor de pignorat. actio. & ibidem excuſſa Bartoli & aliorum diſtinctio.*
12 *Intellectus l. teſtium, de teſtibus.*
13 *Quæ rationes amiſſionem alleganti hoc tribuant, vt iuramento defungi poſſit.*

QVamuis inſtrumentorum confectio eo pertineat, vt probationem rei geſtæ implere poſſint, *l. cum, res ſupra de probat. l. 4. ſupra de pignor. item l. 4. ſupra. de fid. inſtrumen.* tamen vt hoc impetrare poſſint, non ſuffi-
1 cit, nuda exhibitio, ſed † ſolemni legum & iudiciorum obſeruatione, opus eſt, vt hoc modo inſtrumentis fides imponatur, *vt hac noſtra lege, & l. iudices, ſupra hoc titul.* Principio itaque opus eſſe videtur, vt poſt litem
2 conteſtatam, & termino ad † probationem conſtituto in iudicio, vel apud illum, qui ad hanc rem deſignatus ſit, proferantur, *l. iudices, 17. hoc noſtro tit.* Cum enim teſtes ante illud tempus produci nequeant, *cap. 1. & toto tit. extra. vt lit. non conteſt* Conſequens quoque eſſe videtur, vt idem in inſtrumẽtis probemus, quamuis fateri conuenit, plures rationes vrgere in teſtibus, quam inſtrumẽtis, *ita concludit Fridricus de Senis, conſil. 160. incip. caſus eſt talis, Alexand. libr. 2. conſ. 3. numer. 4. & ibidem Natta in addit. poſt Anton. de Butr. & Felynum in hanc cauſſam allegatos, Maſcardus concluſ. 922. Foller. in additio. ad Marant. part. 6. tit. de inſtrum. product. num. 44. Felyn. in cap. 1. num. 27.* Vnde ſi quis inſtrumentum ante litem conteſtatam produxerit, cogetur poſt iudicium acceptum illud reproducere, *ita Felyn. eod. capit. 1. poſt Frideric. de Senis & Anton de Butrio*, vbi tamen illud certa ratione moderatur, vt ſcilicet non obtineat, ſi conſtet exemplum inſtrumenti, in actis etiam poſt litem conteſtatam permanſiſſe, & datum fuiſſe terminum ad impugnandum, *Maſcard. d. concluſ. 922. nu. 5. Foller. in addit. ad Marant. part. 6. tit. & producuntur ſcripturæ, num. 44.*

Vnde etiam elicitur † aliud requiſitum, 3
quod ſcil. ad fidem conſtituendam opus ſit, vt aduerſa pars ad huiuſmodi productionem vocetur, *l. iudices, ſupr hoc noſtro tit. Marant. in ſuo ſpec. par. 6. in tit. de inſtrum. product. nu 35. poſt Bald. & Ludou. Rom. in hanc rem laudatos, Maſcard. d. concluſ. 922. num. 3. Bald. in l. iudices. c. 176. tit. de liter. product. n. 1. Chriſtoph. Winzler in ſuo proceſ. iudiciario titul. 38. num. 1. & ſeq.*

Tertia conditio, quæ videtur exigi, eſt, 4
quod inſtrumento, quod ita quis exhibuit, fides imponatur. Id autem ſecundũ interpretationem Pacii *hic nu. 2.* Donell. *n. 2.* Gothofred. *in ſuis Gloſſis*, conſequetur, vel per teſtimonia illorum, qui inſtrumẽta ſubſcripſerint, vel per comparationẽ, de qua quæſtione in præcedẽti lege eadem approbentur. Ego autem ſtatuo, † id alia faciliori ra- 5
tione efficere nos poſſe, ſcilicet per documenti recognitionẽ ab aduerſario factam. Neq; vlla dubitatio eſt, quin expreſſa agnitio hoc largiatur, *cap. 1. §. fin. & cap. ſeculares, de foro compet. in ſexto, cap. relatum extra. de iure patron.* & ita intelligi poſſunt *l. iudices*, item præſens noſtra lex, eodemque pertinet, *l. ſi quis ex ſignatoribus. ff. de teſtament. quemadmodum aper.* Sed an † ſufficiat tacita recogni- 6
tio, quod ſcilic. præſente & tacente aduerſario quis huiuſmodi inſtrumentum produxerit, non immerito in diſceptationem reuocari poſſet. Et Caſtrenſ quidem, *hic num. 12.* poſt Ioannem Andreæ a ſe allegatum, videtur hanc ſententiam confirmare, quod taciturnitas in iudicio ſæpe pro approbatione habeatur, *l. 1. Cod. vt quæ deſunt aduocat.* quodque recognitio auctore Rebuffo, *tit. de ſchedul. recogn. num. 45.* magis conſuetudine, quam iure introducta videatur, q; ſane confidenter amplecti non ſuſtineo, q; præſens conſtitutio, nec non *l. iudices, ſupra hoc tit.* diſerte requirat, vt inſtrumẽto fides imponatur. Probabilior itaq; videtur ſententia Bar- 7
toli, qui in lectura antiq. *in princ.* requirit, vt inſtrumentum diſerte approbetur, vel terminus aduerſario conſtituatur ad impu-

Digitized by Google

gnandum inſtrumentum, iſque ſine fructu elapſus ſit. Quam ſententiam etiam probat Salycetus *hic num. 1. Sichard. num. 5. Ludouic. Roman. conſ. 159. Iaſon in l. ait prætor. §. ſi iudex, num. 21. ff. de re iudic.* idemque etiam ſtatuo eſſe de mente Felini *in cap. 1. extra de probat. num. 28. Follerii in addit. ad Marant. tit. de inſtrum. product. nu. 44.* Quo pertinet traditio Andr. Gail. *lib. 1. de de pac. publ. nu. 15. Maſuerii in ſua praxi. tit. de dilat. num. 9. Coleri in tractat. de proceſ. exſecut. part. 3. cap. 1. num. 101. Rebuffi tit de chirographi recognit. nu. 17.* Quod ſi aduerſarius iuſſus reſpondere ad fidem inſtrumentorum, contumacem ſeſe præbeat,
8 illum pro confeſſo haberi † poſſe, *arg. c. 2. de confeſſ. in 6.* quo poteſt referri lex, *de ætate, §. qui tacuit. ff. de interr. in iur.* quod & ipſum magis conſuetudine & ſtylo curiarum inuaſiſſe puto, quam iuris aperta deciſione, niſi in ercedāt omnes illæ conditiones, de quibus in *c. ſi poſt præſtitum,* Vnde etiam Gail. *d. cap. 15* non intempeſtiue admonet, id cum delectu fieri debere. Poſſe n. cauſſæ magnitudinem & perſonarum qualitatē aliud ſuadere, vt hoc modo partes compellantur, alias probationes afferre, vel ad comparationis ſubſidium confugere.

Præterea ex hac noſtra lege obſeruādum eſt exemplum ad ſolemnitatē, de qua mentionem fecimus reuocatum, de qua men-
9 tionem fecimus reuocatum, & apud † acta relictum, plenam fidem impetrare, *Gloſſ. in verb. exiſtimans, & apertius Bartol. hic in lectur. nou. & antiq. Salyc. num. 3. Fulgoſ. num. 2. Angel. num. 1. Caſtrenſ. nu. 2. Sichard. num. 5. Bald. num. . . . Maſcard. concluſ. 914. Felyn. in capit. quoniam contra, extra de probat. num. 50.* adeo vt poſtea originales literas exhibere nō cogatur, niſi aduerſarius ipſius inſtrumentum de falſo redarguere velit, & iureiurando cōfirmet ſe confidere, quod talem ſcripturam de falſo redarguere poſſit: tunc enim exhibere originalia cogitur, niſi fortuito caſu ta-
10 le inſtrumentum † amiſerit, idque vel doceat, vel ſaltem iureiurando ſuo declaret, *vt hac noſtra lege.*

11 Ceterum, cum † aduerſari videantur, *l. creditor. infra. de pignor. action. item l. ſi quis ex argentariis, § penult.* Idcirco pro conciliatione ſciendum eſt, intereſſe, an actor fundamentum ſuæ petitionis conſtituat in fortuito caſu? Tunc enim probādi onus ipſi incūbet, *dict. §. penult. & ibidem Bart. num. 2. Alexand. num. 12. poſt Frederic. de Senis & Ioannem Andrea in hanc ſentētiam adductos, & ibidem Iaſon. num. 16. poſt Baldum, Angelum, Fulgoſ. atque Decium in hanc cauſſam adductos, Salycet. hic num. 6. Caſtrenſ. num. 8.* Ceterum cum videatur obſtare, *l. cum plures, §. fin. ff. de rebus auct. iud poſſ.* vbi ſimpliciter cauetur, inſtrumentum, ad hoc impetrandum ſufficere, idem Alexand. & Iaſon etiam aliam rationem cum priori commiſcendam ſtatuunt, ſi ſit fundamentum intentionis ſuæ, item ſi ratione officii obligatus erat, ad inſtrumenta diligenter cuſtodiēda. Quod ſi vero reus pro ſua defenſione caſum allegat, tunc intereſſe, an cogi poſſit ad exhibitionem inſtrumenti reiue iure contractus, an denique officio iudicis? Primo caſu conuenientem probationem ab ipſo exigi, *l. creditor.* Secundo vero caſu, iuramentum ſufficere, *ita Bartol. dict. §. penult. num. 2. Iaſon num. 11. Alexand. num. 6. Salycet. num. 6. Angelus nu. 2. Maſcard. concluſ. 909. num. 8.* ſed hanc di-
ſtinctionem † videtur euertere, *l. teſtium, in* 12
fin. ſupra de teſtibus, quæ plenam caſus fortuiti, etiam a defenſore probationem requirit, quamuis ex contractu obligatus non ſit ad culpam omnem præſtandam, *vt in l. creditor. infra. de pignor. action.* Sed reſponderi poterit id naturā contractus, ex quo ab initio obligatus erat conciliare, qui in ſcriptis inſtitutus erat. Quamuis itaque ex contractu non teneatur ad diligenter cuſtodiendam apocham allegatæ ſolutionis, tamen quod hoc modo facile eludere poſſit, totam eius legis prouiſionē, idcirco probationem caſus fortuiti eidem iniungit, *Pacius hic numer. 10.* Hæc Doctorum noſtrorum diſtin-
ctio eſt. Porro, † quod ad legem noſtram at- 13
tinet, tres rationes amiſſionem allegāti hoc tribuere puto, vt iureiurando defungi poſſit. Primo, quod fidem impoſuiſſet inſtrumento, deinde, quod officio iudicis ad exhibitionem duntaxat teneatur, *vt l. prætor. ff. de edend.* Tertio, quod quilibet arbiter ſit & moderator rei ſuæ, *leg. in re mandata, infra mandati,* ita vt tanta diligentia ibidem non requiratur. Qua de cauſſa etiam recte ſtatuitur, illum non cogi, vt iuret fortuito caſu ſe rem amiſiſſe, ſed quod huiuſmodi chartula ſine omni dolo deperdita ſit.

Plus valere quod agitur, quam quod ſimulate concipitur.

Titulus XXII.

SVMMARIA.

1 *Ratio ordinis aut continuationis.*

2 *Omnis*

2 *Omnis ſimulatio, vel ex parte vnius contrahitur, vel vtriuſque, cum exemplis.*

3 *Generalis definitio nos debere potius veritatem inſpicere, quam ipſam ſcripturam.*

4 *Hanc regulam locum habere in contractibus, donationibus, tranſactionibus, nuptiis, iudicialibus actibus, & vltimis voluntatibus.*

5 *Exceptiones quod ſi præſumtio ſit iuris, & de iure aliud æquitas ſuadeat.*

QVamuis inſtrumentorum effectus ſit, vt fidem rei contineant, *l. cum precibus, ſupra. de probat. l. contractus. ſupra de fid. inſtrument.* tamen tanta vis & auctoritas illorum minime eſſe cenſetur, vt veritatem rei
1 conuellant, *l. acta hoc tit.* Hanc igitur † occaſionem ſecuti pandectarum compilatores, non incommode hunc titulum ſubiiciendum eſſe exiſtimauerunt, qui nimirum eo pertineret, vt iudices intelligerent, non eſſe id eueſtigio amplectendum, quod inſtrumenti verba præ ſe ferrēt, quæq; per ſimulationem concepta eſſent, ſed quæ veritati conſentanea forent.

2 Contrahitur autē † ſimulatio vel ex parte vnius vel vtriuſque. Vnius cū hic in dolo eſt, ille vero per errorem decipitur, cuius rei luculentiſſimum exemplum nobis ſuppeditat, *l. ſi. hoc noſtro tit.* vbi is qui ædes alienas conduxerat, & inſtrumentum locationis ſe ſubſcribere exiſtimauerat, venditionis inſtrumentum, quod alter eius loco ſubiecerat, nulla lectione inſtrumenti interpoſita, imprudens ſubſcripſit. Aliud exemplū nobis ſubminiſtrat, *l. cum precib. ſupra. de probat.* vbi ignorante diuerſa parte quis donationis titulum inſtrumento adſcripſit, cum longe aliter inter contrahentes conueniſſet. Porro ex vtraq; parte hæc ſimulatio inſtituitur, cum in fraudem conſtituti iuris aliæ perſonæ vel cauſſæ adſcribuntur, quam cum quibus & quarum nomine contractum ſit, *l. ſi per impreſſionem, ſupra. de his, quæ vi met. cauſ. ſiunt, l. 3. infr. ſi quis alteri vel ſibi. l. 3. §. pen. ff. ad SC. Maced. l. 2. & 4. hoc noſtro tit.*

3 Definitio itaque eſt generalis, nos † debere potius reſpicere rei veritatem, quam ipſam ſcripturam, *l. 1. hoc noſtro tit.* ꝙ ipſum procedit, ſiue publica, ſiue priuata ſcriptura ſit, adeo vt non interſit, vtrum ſimulatio ex vna tm̄ parte interuenerit, an vero ab vtraq; ab vna, *vt l. ſi. hoc titul.* ab vtraque, *vt l. 2. 3. 4. hoc eod. tit.* ſiue ſimulatio, ſiue error interceſſerit, *l. 6. §. 1. ff. de offic. præſid.*

Hæc regula non ſolum locum habet in
4 contractibus † proprie dictis, vt in emtione & pignore, *l. 3. hoc tit. item l. 3. infr. de cōtrah. emt.* ſed ēt in donationib. *l. 2. infra. de emancip. liberor. l. nec ignorans. infra. de don. l. ſi forte. ff. de caſtrenſ pecul.* in tranſactionibus, *l. cum ea, 21. ſupr. de tranſact.* in nuptiis, *l. ſimulatæ, 30. ff. de ritu nupt* in repudio, *ff. de repud.* in actib. iudicialibus, *l. 1. §. is quoque. ff. de collat.* in vltimis voluntatibus, *l. in fraudem, 10. & l. ſeq. ff. qui & a quibus.* Admittit tamen nonnullas exceptiones, & Primo quidē obſeruandum eſt, hoc pronunciatum locum non habere in illis præſumtionibus, quæ † dicuntur eſſe 5
iuris & de iure, cuius rei exemplum proponi poteſt in tutore, qui in conſcriptione inuentarii quaſdam res complexus ſit, quæ nō erant pupilli: idque eo nomine, vt pupillus locupletior videretur. Etenim hæc allegando audiendus non erit, *l. fin. infr. arbitr. tutel.* Secunda exceptio eſt, ſi æquitas cōtrarium ſuadeat, *vt l. Lucius, 27. ff. depoſiti* vbi quod dabatur dotis cauſſa, collatū eſt in titulum depoſiti.

Lex I. De commodato, tit. 23.

SVMMARIA.

1 *Commodatarium damnum quod fortuito caſu contingat in re commodata, non præſtare, niſi hoc promiſerit.*

2 *An ſatis ſit quod quis generaliter periculum in ſe ſuſceperit?*

3 *Argumenta quæ hoc innuēre videātur, & Doctores qui hoc defendant.*

4 *Argumenta & aſſertores contrariæ ſententiæ.*

5 *Diſtinctio gloſſæ & Bartoli.*

6 *Intellectus l. ſed etſi quis, §. quæſitum. ff. ſi quis caut. iud. ſiſt. cauſ. fact. non obt.*

7 *Excuſſa interpretatio gloſſæ in l. quæ fortuitis C. de pignoratit. action.*

8 *Ratio differentiæ inter iudiciales conuentiones & contractus.*

9 *Conſideratio auctoris.*

CVm in re commodata exactiſſima diligentia requiratur, *l. 18. ff. commodat* atque is contractus accipientis gratia inſtituatur, non immerito dubitari potuit, an is caſum fortuitum quoque præſtare deberet? Hæc quæſtio præſenti in conſtitutione deciditur, *item l. 1. §. 1. ff. de obligat. & action. l. 5. §. quod vero. ff. eodem.* periculum † rei 1
commodatæ, quod fortuitis caſibus contrahatur, domino ipſius rei adſcribendum eſſe, niſi in contrahendo aliter conueniſſet, *vt hac noſtra lege, & l. contractus, 23. ff. de regul. iur.* Sed magna apud Doctores noſtros altercatio eſt, an ſufficiat quod quis generaliter periculum rei † commodatæ in ſe 2
ſuſceperit, an vero requiratur, vt ſpecialiter caſus fortuiti enumerentur. Occurrunt enim circa hanc inſpectionem di-

Digitized by Google

uerſa iuris noſtri pronunciata. Illum enim, qui ratione periculi ſeſe obſtrinxit, omne
3 damnum † quacunque ratione cõtingens, præſtare debere innuunt ſequentes leges: Primo *l. ſi quis domum, 9. §. ſi quis fundum, qui alias pro lege allegatur. ff. locati.* Vnde intelligimus pacto ſtandum eſſe, ſi quis fundum ita locauerit, vt ſi quid vi maiori accidiſſet, id ei præſtaretur. Secundo, *l. quæ fortuitis. infr. de pignor. action.* qua comprehenditur creditorem a petitione debiti ſubmoueri, ſi inter contrahentes placuerit, vt amiſſio pignorum liberet debitorem. Tertio, *l. 7. §. ſed etſi quis. ff. de pact. l. & Ariſtoni, 39. ff. mandat.* vnde edocemur conuentionem valere, quod quis omne periculum præſtet, vel vt res alicuius periculo ſit, quæ verba non videntur aliam interpretationem recipere, quam vt etiã agnoſcãt omnes caſus fortuitos. Quarto huc pertinet, *l. 1. § ſæpe euenit ff. depoſit.* vbi cum facta eſſet comparatio eius, qui periculum depoſiti ſuſcepiſſet, & illius qui depoſito ſe obtuliſſet, tandem differentia conſtituitur, vel in vltimo ſchemate, quis caſus fortuitos præſtare non cogatur. Quinto adduci poteſt, *l. ſi vt certos. §. nunc videndum. §. etſi forte. ff. commod.* vbi ſola æſtimatio facit, vt quis damnum omne præſtare cogatur. Sexto ſuffragatur, *l. litis, 37. ff. de negot. geſt.* male pro parte aduerſa allegata, quæ declarat, eum qui negotium alienũ gerat, vſuras quoque præſtare compellendum, & periculum eorum nominum, quæ ipſe contraxit, niſi fortuitis caſibus debitores ita res ſuas amiſerint, vt tempore litis ex ea actione conteſtatæ ſoluendo non eſſent. Si appellatione periculi fortuiti caſus non comprehendantur, parum apte Iuriſconſultus illos relato caſu excepiſſe iudicandus eſſet, cum exceptio ſecundum traditionem noſtris receptam de ipſa regula deducatur, *l. 1. ff. de regul. iur. & ibidem noſtri interpretes.* Septimo, id coarguit l. 4. ſi conferatur cum inſcriptione tituli, *infr. de peric. tutor. & curator.* quæ aperte declarat, tutoribus fortuitos caſus nõ imputari, cum tamẽ titulus ſolum periculi mẽtionem faciat. Octauo, huc referri poſſunt multæ aliæ leges, in quib. dictio periculi hãc ſignificationẽ admittere videtur, *vt l. 4. ff. de reb. cred.* hoc depoſitum eſt periculo eius, qui ſuſcepit, *item l. nauis 62. eodem*, periculum nauis poſſeſſor petitori præſtare non debet, quamuis ipſius periculo nummi fuerint, & ibidem cum pecuniæ periculo dantes fœnerentur, *l. 34 ff. mandat.* pecuniam periculo eius fore, qui accepiſſet argẽtum, *l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* conuenit quoad periculũ vini ſuſtineat, & ibidem §. 1. periculo liberatur venditor. Vltimo, hãc explicationem commendat notiſſima iuris noſtri enuntiatio, pactorum fidem ſeruandam eſſe, *l. 1. ff. de pact. l. 7. §. pacta. ff. eod. l. fin. ſupra. de pact.* Nec deſunt auctores qui hãc interpretationem defendant, *vt Martinus, relatus a gloſſa, Duaren. in explicat. huius tituli, verſ. commodatarius autem, Pacius hic num. 9. Salycet. num. 10.* qui tamen de cauſſa commodati loquitur, *Petrus Faber in l. contractus. ff. de reg. iur. num. 3. & 4.*

Pro defenſione contrariæ ſententiæ etiam magni momenti argumenta ſeſe † of- 4
ferũt. Primo conſtitutio in cuius enarratione verſamur, quæ videtur ſpecialem caſus fortuiti deſignationẽ requirere in hæc verba: *Sed cum is qui à te commodari ſibi bouem poſtulabat, hoſtilis incurſionis contemplatione periculum amiſſionis, ac fortunam futuri damni in ſe ſuſcepiſſe proponatur: præſes prouinciæ, vbi probaueris eum indemnitatem tibi promiſiſſe, placitum conuentionis quoque implere compellet.* Secundo vrget *l. ſed etſi quis. §. quæſitum, ff. ſi quis caut. ind. ſiſt. cauſ. fact. non obt.* quo declaratur, talem conuentionem non valere, niſi ſpecialiter cauſſæ exceptione exprimantur, quibus a promiſſore ſpõte renunciatum eſt. Tertio ſuffragatur *l. negotium, 22. ſupr. de negot. geſt.* quæ decernit negotium gerentes alienum, non interueniente ſpeciali pacto, caſum fortuitum non præſtare. Quarto, in eandem ſententiam citatur, *l. 1. infra depoſit.* qua comprehenditur eum apud quem res depoſita ſit, ita demum de caſu fortuito teneri, ſi illud ſpecialiter conuenerit. Quinto, comprobant hanc ſententiam multa iuris noſtri reſponſa, in quibus verbum periculi intelligitur de damno culpa contracto, vt *l. 39. §. tutor. ff. de admin. & peric. tut.* præteriti temporis periculũ, *l. 28 ff. de tut. & cur.* ne in vna tutela duplex periculum ſuſtineret, *item l. 9. §. fin ff. de adminiſt. & peric. tut.* qui datus eſt ſimpliciter tutor pupillo, vel curator: ſi quid poſtea augmenti acceſſerit, periculo tenetur. His enim eſt ſimilibus in legibus dictio periculi, nihil aliud complecti poteſt, quam damnum culpa tutoris acceptum, ne contra definitionem, *l. a tutoribus, 33. ff. de peric. & admin. tutor. item l. quidquid, C. ar. tit. tutel. & l. contractus, 23. ff. de reg. iur.* tutor cogatur damnum caſu datum ſarcire. Sexto, pugnat pro hac interpretatione, *l. ſi vt certo,*

§. ſi

Digitized by Google

§. *ſi me rogaueris. ff. commod.* ex quo cognoſcimus, quod ſi quis ſeruũ cum lance commodato dederit, lancis periculum ad accipientem reſpicere. Porro, nemo dixerit, pronuntiatione periculi hic caſus fortuitos demonſtrari cum talem interpretationem aperte refellat definitio eiuſdẽ legis, §. *quod vero ſenectute.* Eodem modo videmus idem verbum accipi, *in §. ſi a me petiiſſes, eadem l. item l. rem mihi, 21. §. fin ff. eodem tit. item l. 4. in princip. ff. naut. caup. ſtab. l. vni. §. quod ſi, ff. furt. aduerſ naut. caup. l. illud, ff. de lib. cauſ. l. qui mercedem, 40. l. cum in plures, 60. §. locator ff. locat. l. non ob eam, 25. ff. pro ſocio.* Hinc Ioannes antiquus Gloſſator, item Azo *in ſua ſumma*, & Gloſſa *hic in verb ſuſcepiſſe, Cynus num. 3. verſ. quid ergo dicemus, item Gloſſ. in l. quæ fortuitis, infra titul. proxim. in verb. placuit,* exiſtimauerunt enumerationem caſuum fortuitorum, etiam in contractibus neceſſariam eſſe, quod generalis illa renuntiatio captioſa, & multis fraudibus obnoxia ſit.

Ceterum Gloſſa *in l. ſed etſi quis, §. quæſitum, in verb. ſpecialiter, circa fin. item Bartol. ibidem numer. 3.* relatis multorum opinionibus,
5 multo † aliter rem digerunt. Diſtinguunt enim inter renunciationem, quæ in iudicio ſiſtendi cauſſa facta ſit, & eam, quæ in contractibus intercedere ſoleat, vt illic renuntiatio ſpecialem deſignationem requirat, hic vero diſtinguendum ſit, vtrum quis fortuitos caſus, an vero periculum in ſe ſuſceperit, vt priore in membro omne damnum, quod ex fortunæ improuiſo caſu inferatur, agnoſcere debeat, *l. quæ fortuitis*, ex natura contractus præſtandi ſint, an minus vt illic idem probemus, *l. periculum. ff. de nautic. fœnor.* hic vero interſit, an poſſeſſio ad illum trãſeat an non, vt in vltimo ſchemate adhuc idem amplectamur, *l. ſi in venditione, 10. ff. de pericul. & commod. rei vend.* Priori vero ſpectemus, an quis de leuiſſima culpa teneatur, an leui, an lata, vt verbum periculi gradum aliquem ad obligationem adiiciat, vt ſi antea de leui culpa tenebatur, nunc de leuiſſima conueniri poſſit, *l. opus, 36. ff. locati.* Quod ſi vero antea leuiſſimæ culpæ nomine perſtringi potuerit, nunc caſus fortuitos excipere debeat, *l. & Ariſtoni, 39. ff. mandati,* Sin autem antea de caſu fortuito tenebatur, abſque culpa alterius partis, nunc etiam percelli poſſit, quamuis culpa aduerſarii ſui contingat, modo ſine dolo illud accidat, *l. qui officii ſexageſima ſecũda.* Vnde ſi quis velit, quod ex tali pacto aduerſarius de caſu fortuito teneatur, neceſſe erit, vt in contractibus, in quibus ſola lata aut leuis culpa venit aliquot caſus fortuiti numerentur, & clauſula generalis de caſibus aliis ſubiiciatur. Hanc enim illam vim habituram, vt ſaltem ad ſimiles caſus transferatur, *argument. capit. qui ad agendum, de procuratorib. in ſexto, & clement. non poteſt, eodem titul.* Hæc diſtinctio Bartoli eſt *in dict. §. quæſitum, numero tertio, quam ad verbum ſequitur Ludouicus, Romanus numero octauo*, & cum qua etiam conuenit interpretatio Alexandri, *numer. 13. & ſequen. Angel. numero tertio, Caſtrenſ. numer. ſexto.* Neque videtur alienus eſſe Iaſon. *numer. 15. & ſequen.* quamuis putet hoc caſu nihil differentiæ eſſe inter contractus & iudicialem renuntiationem. Ceterum Baldus *numer. 18. & 21.* Albericus, *numer 15.* differentiam inter caſus fortuitos, & verbum periculi non agnoſcunt.

Vt igitur in hac diſceptatione, quid mei iudicii ſit paucis expromere poſſim, ſtatuo, diſtinctionem Bartoli, ſupra a me propoſitam in quibuſdam ſatis controuerſiam eſ-
ſe. Principio enim † animaduertendum 6
eſt, §. *quæſitum l. ſed etſi quis, ff. ſi quis caut. iud. ſiſt. cauſ. fact. non obtemp.* non loqui de conuentione, qua quis caſus fortuitos, aut periculum in ſe ſuſceperit, ſed an valeat pactio, ne quis vlla exceptione in promiſſione deſerta iudicio ſiſtendi cauſſa vtatur. Certum autem eſt hæc verba longe inuolutiora eſſe, & latius patere, quam ſi quis caſus fortuitos, vel periculum, in ſe ſuſcepiſſet. Etenim non ſolum ad eos caſus referri poteſt, qui *leg prima, ſecunda, tertia eodem titul.* proponuntur, ſed multas alias excuſationis cauſſas, quas imprudens litigator ſub illo nomine exceptionis non facile intelligeret, niſi nominatim ipſi explicarentur. Vnde idem non incolorate in contractibus dici poſſit, ſi quis promiſiſſet ſe ſubmota omni exceptione certo loco quid in perſona facturum aut daturum eſſe. Quod ſi autem quis recepiſſet, ſe certo die in iudicium venturum eſſe, etiamſi fortuiti caſus id prohibuiſſent, an is ad moderationem *dict. §. quæſitum*, pertineat, non immerito dubitari poſſit, quod hæc verba omnibus notam ſignificationem habere videantur, & is, qui ſciens pœnam promittat, etiam in facto difficili excuſationem non habeat, *l. ſtipulatio iſta, ff. de verborum obligat.* Benignior tamen eſſe videtur illa inter-

Digitized by Google

pretatio, vt hæc conuentio tanquam generalis, & obſcura promiſſori nõ noceat, vt declarant noſtri Doctores. Sed leges & ratio diuerſi iuris, quare contrarium ſtatuamus in contractibus, exquirendæ ſunt. Et quidem
7 Gloſſa, † vt antea admonui, huius rei definitionem adſcribit legi, *quæ fortuitis, infra, de pignor. act.* Sed ſi quis verba legis expendere velit, nihil de conuentione caſuum fortuitorum ſtatutum ibi deprehendimus, cum Imperator his verbis vtatur: *Niſi inter contrahentes placuerit, vt amiſſio pignorum liberet debitorem.* Sed pro defenſione Gloſſæ contendere poſſemus, quod cum verbum amiſſionis illud poſſit & complectatur, multo magis id admittendum eſſe, ſi ſpecialiter fortuiti caſus in ſtipulationẽ venerint, imo ſtatuo verbum amiſſionis, propterea caſus fortuitos comprehendere, quod de his inter contrahendum mentio ſit facta, vt innuunt verba legis *in principio*, & multo clarius atque euidentius idem ex præſenti lege colligitur, vbi clauſula indemnitatis id præſtat, quod ſcilicet antea mẽtio incidiſſet hoſtilis incurſionis, & ea contemplatione periculum amiſſionis & fortunam futuri damni in ſe ſuſcepiſſet Deinde in hãc doctrinam in contractibus commendat, *dict. l. ſi quis domum, 7. §. ſi quis fundum, qui alias lex eſt*, vbi hoc nõ reſpuimus in eo, qui vim maiorem in ſe ſuſceperit. Huc pertinet *l. contractus, 23. ff. de regul. iur.* quod illud ſeruandum ſit, quod cõuenit in ſingulis cauſſis. Accedunt omnes illæ leges, quas ſupra recenſuimus ordine. Sed adhuc explicanda
8 nobis eſt differentiæ † ratio. Gloſſa, Bartolus, Iaſon, Alexander vim in eo cõſtituunt, quod conuentiones prætoriæ interpretationem recipiant, vt ex ipſius mente, *l. in conuentionalibus, 52. ff. de verborum obligation.* Sed hæc ſolutio omnem difficultatem non videtur tollere Nam non ſolum in cõuentionib. prætoris, ſed in toto iure æquitas ſpectanda eſt, *l. in omnibus. ff. de regul. iur. l. 1. ff. de iuſt. & iur.* Aliam itaque rationem cõſiderauerunt Raphael, Fulgoſ. *dict.* §. *quæſitum*, Pacius quoque hic: Propterea fauorabiliorem eſſe cauſſam ipſius, qui in iudicio hanc conuentionem interponat, quod iudicium in inuitum reddatur, *l. inter ſtipulantem, §. 1 ff. de verborum obligat.* Certi autem iuris eſt, neceſſariam cautionem clemẽtiorem recipere interpretationem, *l ſi fideiuſſor, 7. ff qui ſatiſdar. cog.* Sed & hæc ratio ab aliis repudiatur, quod talis conuentio non neceſſaria, ſed ſpontanea ſit, *dict.* §. *quæſitum.* Reſponderi tamen poſſet, cauſſam principalem, vt ſcilicet ſe iudicio ſiſtat, continere neceſſitatem, & deinde acceſſoriam conuentionem quoque cenſeri poſſe, *argument. l. vnica, C. de lucrat. deſcript. libr. 10.* Tu-
tior & verior eſt ratio, † quod in contracti- 9
bus plerumque quis de damno ſolicitus ſit, vt in re commodata & aliis, quæ iure dominii propria ſunt, aut etiam debita in iudiciali conuentione potius lucrum, id eſt, pœnæ petitionem ſpectari, *l. ſi duo. ff. ſi quis caut. iud. ſiſt. cauſ. ita Salycetus hac noſtra l. nu. 11.*

Ad Senatuſconſultum Macedonianum.

Titulus XXVIII.

Svmmaria.

1 *Cauſſa Senatuſconſulti Macedoniani.*

2 *Nomen filiifamilias exſpectato morte parentis bonum nullo modo reddi.*

3 *Conditiones quæ requirantur, vt hoc Senatuſconſultum locum habeat.*

4 *Cur filius exceptione ſe defendere cogitur, cũ tamen ipſo iure munitus videatur.*

QVod militiæ togæque meritis præſtantes viri vix ſunt aſſecuti, vt nomẽ ſuum ab obliuione vindicarent, id fœnoris artifi-
cio † & ſceleris magnitudine impetraſſe 1
Macedo videtur, qui cum inter ceteras flagitii cauſſas, etiam æs alienũ adhibuiſſet, & ſæpe materiam peccandi malis moribus præberet, cum pecuniam incertis nominibus crederet, tandem imperante Veſpaſianum Senatuſcõſulto cautum eſt, ne cui, qui filiofamilias pecuniam mutuam dediſſet, etiam poſt mortem parentis eius, cuius in poteſtate fuiſſet, actio petitioque daretur *l. 1. ff. ad SC. Maced.*

Hoc itaque Senatuſconſultũ non a nominibus conſulum, vt reliqua Senatuſconſulta, vt Senatuſconſultum Trebellianum, Pegaſianum, Orficianum, ſed a deploratiſſimo fœnoratore Macedone nomẽ ſumſit, qui cum animaduerteret filiosfamiliarum partim ætatis lubrico, partim parentum duriore diſciplina eo cõſilii facile impelli poſſe, vt pecunias ſub grauiore fœnore mutuo acciperent, & in conceptione chirographi aliam cauſſam prætexerent, turpem hunc quæſtũ exercere cœpit ſumta fiducia, quod quamuis viuis parentibus cum effectu conueniri non poſſent, tamen morte parentis bonum nomen contrahi, videretur ita, vt

ſolutio-

Digitized by Google

ſolutionem præſtare, cogerentur, *dicta lege prima, circa fin. principii*, imo quod deteſtabilius eſt, vt huiuſmodi creditoribus mature ſatisfieri poſſet, ſæpe parentum vitæ inſidiæ ſtruebantur: vnde duo grauiſſima incommoda oriebantur, vt homines ingenui per ſummum ſcelus nonnunquam ab ipſis filiis tollerentur, *Inſtitut. quod cum eo, qui in al. pot. eſt neg. geſt. eſſ. dic.* §. *penultim.* vel filii graui ære alieno contracto, eius ſcilicet pecuniæ, quam per luxum, & libidinem diſſiparant, bonis paternis exſuerentur. Recte itaque & ſumma cum prouidentia conſtitutum fuit, non poſſe filiifamilias exſpe-
2 ctata † morte parentis bonum nomen fieri. *dicta lege prima, ff. de Senatuconſulto Macedoniano.*

Pro explicatione huius Senatuſconſulti obſeruandum eſt, multas conditiones, vt huic Senatuſconſulto locus eſſe poſſit, re-
3 quiri. Primo enim exigitur † vt is, qui contrahat, ſit filiusfamilias, & in poteſtate patris, *l. tertia*, § *final. & l ſexta*, *eodem titul.* vnde edocemur, nihil intereſſe, an filius ſit naturalis, an legitimus, an vero adoptiuus. Nec etiam diſtinguimus, an filius, an vero filia ſit, *l. ſed ſi paterfamilias*, §. *hoc Senatuſcconſultum*: item, an filius ſit, vel nepos, cum pronuntiatione filii ex mente Senatuſconſulti nepos intelligatur comprehenſus, *l. filium habeo, decima quarta. ff. eodem titul.* Secundo, vt ſit contractus mutuæ pecuniæ creditæ, non alius, veluti emtionis & ſimilium, *l. tertia*, §. *is autē ſolus, ff. ad Senatuſconſultum Macedonianū.* Quamuis enim pecuniç verbum latius pateat, vt modo totum patrimonium complectatur, *l. pecunia. ff. de verborum ſignification. & leg. ſecunda, infra, de conſtit. pecun.* modo autē quæ pondere, numero, & menſura continentur, *l. talis, trigeſima ff. de legat. primo*, tamen in præſenti quæſtione pro pecunia numerata duntaxat accipitur, *l. item, ſi filiusfamilias, 7.* §. *mutui dationem, ff. eodem titul.* vbi iuriſconſultus ait, id colligi ex verbis Senatuſconſulti, *mutuam pecuniam dedit.* quæ res argumentum præbet, verbum, ꝙ modo latam, modo ſtrictiorem interpretationem habeat, in anguſtiori accipiendum eſſe, iuxta doctrinam Bartoli, *in l. hoc legatum, trigeſima quinta, ff. de legat. tertio.* Tertio intelligimus Senatuſconſultum de contractu, qui ipſo facto & pecuniæ datione explicetur, non autem quem ſtipulatio conciliet, *dicta lege tertia*, §. *final. cum lege ſequen.* Quarto exaudimus verba Senatuſconſulti de filio pagano, non autem milite, cum is ad cauſſam Senatuſconſulti non pertineat, *l. fin.* §. *fin. ff ad Senatuſconſultum Macedonianum.* Quinto definitio Senatuſconſulti illis cauſſis circumſcribenda eſt, quæ non incidunt in aliquam exceptionem, quarum vna commemoratur, *in l. 1.* quator vero *in l. 2.* de quibus ſuo loco diſſerimus.

Reliquum eſt, vt verba † Senatuſconſul- 4
ti ſuperius relata, nonnihil explicemus, *placere, ne cui actio aut petitio daretur.* Hæc enim verba innnunt nihil intereſſe, an quis quid in rem, an vero in perſonam perſequatur. Actio enim in perſonam infertur, petitio in rem, *l. actio, 28. ff. de oblgation. & action.* vtroque enim caſu perſecutionem denegandam eſſe. Sed mouet ſcrupulum, quod eodem Senatuſcōſulto caueatur, nullam actionem aut petitionem dādam, cum tamen indubitatum videatur filiumfamilias non eſſe ipſo iure munitum, ſed ope exceptionis, *vt l. prima hoc noſtro titul. l. ſeptima*, §. *quanquam*, *l. ſed ſi, 9 ff. eodem*, ſatis impedita quæſtio eſt, & coniuncta cum inueſtigatione paris controuerſiæ in ſequenti titulo: cur idem eueniat in Senatuſconſulto Velleiano. Qua de cauſſa eodem eius rei diſquiſitionem transferemus.

Lex prima hoc titulo.

SVMMARIA.

1 *Mendacium affirmantis ſe patremfamilias, filium exuit beneficio ſenatuſconſulti.*
2 *Tria neceſſaria eſſe, vt creditor ſe hac replicatione tueri poſſit.*
3 *Qui fundamentum ſuæ intentionis in allegatione ignorantiæ conſtituit, eam probare debet.*
4 *Quando adſequamur, vt ignorantiam probaſſe intelligamur.*

OCcurrit in explicatione præſentis legis vna ex illis exceptionibus, de quibus ſupra mentionem fecimus, vt is ſcilicet, ad beneficium Senatuſconſulti Macedoniani adſpirare non poſſit, cuius affirmationi, dicentis ſe patremfamilias ex iuſta cauſſa, quis credidit. Mendacium itaque † fi- 1
liumfamilias indignum hoc auxilio videtur reddere, quod non ſuccurrendum ſit decipientibus, *vt l. 2.* §. *ſed ita, ff. ad Senatuſconſultum Velleianum. leg. 2. & 3. ſupra, ſi minor maiorem eſſe ſe dix. item l. eum, qui, ff. quod cum eo, qui in alen. poteſt. eſt, negot. geſt. eſſ. dic.*

Digitized by Google

2 Tria itaque † requiruntur, vt creditor ſe aduerſus exceptionem Senatuſconſulti Macedoniani tueri poſſit, vt doceat, ſcilicet filiumfamilias hoc aſſeruiſſe: Deinde, quod ipſe crediderit ipſius affirmationi. Tertio, quod iuſtam cauſſam credendi habuerit. Vnde non putamus admittendam eſſe expoſitionem Gloſſæ, in *verb. edocere*, Bartoli, *numer. 1.* exiſtimantium, id ſatis probari, ſi contrarium a diuerſa parte non probetur, *l. final. qui milit. non poſſ. libro duodecimo, l. verius, ff. de probationibus.* Nam vt bene hoc loci obſeruarunt Cynus *numero ſecundo*, Albericus *circa finem*, Baldus *numero ſexto*, Fulgoſ. *numero ſecundo*, Iulius Pacius *hic numero ſeptimo*, qui fundamentum intentionis ſuæ, conſtituit in allegatione † igno-
3 rantiæ, is illam probare debet.

Conſequetur autem hoc ipſum, ſi do-
4 ceat filiumfamilias † hoc aſſeruiſſe, & deinde probat iuſtam cauſſam, quare eius verbis fidem accomodauerit, puta, quod cum filius fateretur, patrem viuere, inſtrumẽtum emancipationis ſuæ, quod falſum vel vitioſum erat creditori obtulerit, *argument. l. liberto, trigeſimæ primæ, ff. de negot. geſt. item, l. quidam debitor, trigeſimæ octaua, ff. de dol. mal*, idem quidam defendunt, ſi cum ſacramenti religione aſſerat ſe patremfamilias. Etenim eo caſu Cynus *hic numer. 2.* Fulgoſ. *numer. 2.* Salycetus *numer. 3.* non incolorate ei iuramento credi tradiderunt *hoc loco. Angel. numer. 1. Cynus numer. 2. Salycetus numer. 3. Caſtrenſ. numer. 2. Fulgoſ. numer. 2. Sichard. numer. 6.* quod nemo immemor ſuæ ſalutis in dubio præſumatur, *l. penultim. infra ad l. Iul. repetund.*

Addunt Cynus, Angelus, Salycetus, Caſtrenſis in extraneo & ignoto ſatis eſſe, ſi adſeueret patrẽ mortuum eſſe. Idem quoque probat Donellus *hic num. 1.* ſed talem explicationem noſter textus meo iudicio non admittit, qui vltra hanc aſſertionem iuſtam cauſſam requirit. Vnde illam non immerito repudiant Albericus, *hic in fine*, & Iulius Pacius *num. 15.* poſt Baldum & Iacobum de Arena. Etenim qui cũ alio contrahit, vel eſt, vel certus eſſe debet conditionis eius, cum quo contrahit inueſtigando, *l. pen. ff. hoc tit. l. Lucius. ff. de exercit act. l. qui cum alio. ff. de reg. iur. l. 3. §. ſed etſi ſic accepit. ff. de in rem verſo* idque conſequi poterit conſulendo coniunctos & familiares, *l. magis puto, §. inprimis. ff. de rebus eor. item l. hæc autem. ff. ex quib. cauſſ. quis in poſſ. mitt.*

Lex, Zenodorus, 2.

Svmmaria.

1 *Si filiusfamilias publice pro patrefamilias habebatur, ceſſat hoc remedium, & quid publice intelligatur,*
2 *Inſignis locus ex Suetonio Tranquillo.*
3 *Si pater vt pecunia mutuo daretur, conſenſerit, non eſt locus Senatuſconſulto.*
4 *An conſenſus tacitus ſufficiat.*
5 *Si pecuniam mutuo ſumtam, in rem patris conuerteris, hoc beneficium quoque denegabitur.*
6 *Idem ſi tantam quantitatem quis ſuppeditauerit, quam paterna pietas non recuſaret.*
7 *Agnitio debiti a filio facta, pracedit exceptionis allegationem.*
8 *An is qui pignus dederit in ſolidum videatur obligationem agnouiſſe, an vero pignori tenus.*
9 *Differentia ratio inter pignoris dationem & partis debita ſolutionem ſecundum Donellum.*
10 *Alia conſideratio ipſius auctoris.*

COmpendio verborum hæc lex quatuor exceptiones ſuppeditat, ex quibus exceptio Senatuſconſulti Macedoniani labefactari poſſit. Prima eſt, ſi publice ſui iuris
videretur. Publice, intelligo † apud illos, qui 1
illum nouerant, *vt hic & argum. l. Barbarus, ſupra de offic. prat. l. cum qui, arg. cap. fin. de offic. Arch.* Deinde, quod ita agebat, ita cõtrahebat, ita muneribus fungebatur, vt paterfamilias publice pleriſque videretur, *dict. l. 3, ff. eodem*, Differt autem hic caſus a ſuperiori, quod hic non requiramus aſſertionẽ ipſius filiifamilias ſe patrem eſſe, ſed ſufficit, quod creditor hãc publicam exiſtimationem ſecutus ſit. Sed nemo ex noſtris interpretib. ediſſerit, quomodo intelligatur, ita publice agere, cõtrahere & muneribus fungi, vt paterfamilias, cum hæc filio non denegentur, *l. tam ex contractibus, 57. l. filiusfamilias, 15. ff. de iudiciis.*

Qua de cauſſa ſtatuo, † hunc locum illu- 2
ſtrari poſſe ex illis, quæ a Suetonio Trãquillo in vita Tyberii Cæſaris, *c. 15.* commemorantur, dum ait, *illum poſt adoptionem ab Auguſto factam, ius patrisfamilias in re nulla vſurpaſſe, nam*, inquit, *neque donauit, neque manumiſit, ne hereditatem quidem aut legata percepit vlla aliter, quam vt peculio referret accepta*, filium enim familias donare non poſſe intelligimus ex *l 7. ff. de donatio.* Vnde etiam ſequitur, illum manumittere non poſſe, *l. duo, ſeptima, ff. de manumiſſion. & l. 22. ff. de manumiſſion. vindic.* hereditas autem, niſi iuſſu patris adiri non poteſt, *leg. ſi quis mihi bona,*

25. §.

25. §. *iuſſu. ff. de adquir. vel omit. hered.* & hæc & ſimilia bona omnia peculia ſunt accepto ferenda. Si igitur filius hos actus propria auctoritate explicarit, videbitur paterfamilias eſſe. Idem in muneribus obeundis conſiderari poteſt, ſi vt patrifamilias hæc ipſa decreta fuerint, neque patris fideiuſſio vllo modo requiſita ſit, *l. ſecunda, ff. ad municipal.* item, ſi iudicia per ſe ſine patris aſſenſu exercuerit, *l. non ſolum, §. neceſſitate, infra. de bon. quæ lib.*

3 Secunda cauſſa † ex qua ceſſet Senatuſconſultum Macedonianum eſt voluntas patris. Si enim is conſenſerit, vti hoc auxilio non poterit, *vt hac lege, & l. ſi tantum, 12. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian.* imo non ſolum expreſſus, patris conſenſus ſufficit, ſed etiam tacitus, veluti ſi ſciente eo, pecunia credita ſit, *dict. leg. 12. ff. ad Senatuſconſultum Macedon.* Vnde conſectariũ eſt, quod ſi filius patri ſcribat, ſe pecunias mutuo ſum-
4 ſiſſe, niſi pater teſtationem † contrariæ voluntatis acceptis literis interponat, vt actũ filii amplius impediri nequeat, *l. ſi filiusfamilias, 16. ff. ad Senatuſconſultum Macedon.* quod tamen, quomodo intelligendum ſit aperui *in tractat. de præſcript. part. 1. capit. 6.* tacitam voluntatem Baldus *hic in fin.* etiam inde colligendam ſtatuit, quod quis ſæpe paſſus ſit filium ſuum mutuam pecuniam ſumere allegat *l. Titianus, ff. quod cum eo, qui in alie. pot. eſt, negot. geſt. eſſ. dic. Bartolo ſubſcribit Pacius, hic numero octauo,* & hæc ſententia confirmari poteſt ex obſeruatione, *l. 7. §. interdum,* refragatur tamen Salycetus *hic numer. 4. argumen. l. voluntaria, infra, de excuſ. tutor.*

5 Tertia cauſſa, quæ hanc † exceptionem infringat, eſt vtilitas patris, ſi filius pecuniam acceptam in rem ipſius verterit, veluti ſi creditoribus paternis ſoluerit, *l. 7. § proinde, & §. ſi filius. ff. de Senatuſconſulto Macedonian.* item. ſi domum ruentem inſtaurauerit, vel familiam domi aluerit, *l. quod ſi ſeruus, §. in rem. ff. de in rem verſ.* fruſtra pater ad hoc Senatuſconſultum confugiet. Idem
6 quoque obtinere ſtatuimus, ſi quis † filio peregre, vel in ſtudiis agenti eam quantitatem ſuppeditet, quam paterna pietas non recuſaret, *vt l. 7. §. quod dicitur. ff. hoc titul.* vel ſi dotem pro filia dederit, *dict. leg. 7. §. ſed ſi filiusfamilias.* Notandum tamen eſt non ſatis eſſe, quod filius pecuniam eo nomine acceperit, vt in rem patris verteret, ſi poſtea in alios vſus abſumſerit, *dicta leg. 7. §. proinde, l. 3. §. ſed ſi ſic accepit, ff. de in rem verſ.*

Quarta cauſſa, ex qua hoc remedium denegari ſolet, eſt agnitio debiti, ſi filius poſt obitum † patris, obligationem in ſe tranſ- 7
ferat, interpoſita nouatione, vt hac noſtra lege, vel ſi paterfamilias factus, quod debebat, ſoluerit, *l. 7. §. final. ff. hoc titul. l. qui exceptionem ff. de condict. indeb.* Imo, ſi pater aut filius ipſe partem debiti defendere cœperint, ſibi hoc auxilium præcidiſſe intelligentur, *dict. leg. 7. §. fin.* is quoque qui poſt interitum parentis pignus creditori dederit, hac exceptione illum ſubmouere non poterit, *l. ſed ſi paterfamilias, 9. in princip. ff. eodem.* Sed quæſtionis eſt, † an in ſolidum vi- 8
deatur obligationem ſuam agnouiſſe, an vero vſque ad pignoris quantitatem, & iudicaret, quis eum in ſolidum agnouiſſe, *argument. l. ſi pro mutua, octaua, ſupra de rebus creditoribus,* & eius, quod de ſolutione partis diximus, *l. 7. §. penultim. ff. hoc titulo,* differentiæ rationem † illam conſtituit Pacius, 9
hic numer. 19. quod cum hoc Senatuſconſultum conueniente ſeueritate vtatur contra creditorem, *l. 7. §. proinde*, idcirco eum, qui pignus dedit, vltra æſtimationem non teneri, ſed ſane expediendum erat, quare idem non eueniat, ſi partem debiti ſoluiſſet? Donellus vero *hic numer. 3. verſ. ſed hic cautione opus eſt,* ait eum, qui partem debiti ſoluit, dicentem, *en tibi partem debiti mei*, his verbis, non ſolum partem debere ſe agnoſcere, ſed etiam totum: quod non ſit, pars niſi pars totius, at qui dicit, ſe pignus dare illũ ſimpliciter dicere ſe dare ꝓ debito, nec adiicere ꝓ debito toto, an ꝓ debito ex parte. Proinde neq; verba, neq; dationem ei vltraq̃ geſtum eſt, nocere debere. Reſtare igitur, vt ſolum datio ei noceat, vſque ad quantitatem pignoris. Hæc ſolutio in diuinationem incidit, cum Iuriſconſultus neutro in loco diſſerat, quibus verbis contrahentes vſi ſint.

10 Longe † alia igitur ratione huic difficultati medendum exiſtimauimus. Quo pacto enim is, qui pignus in creditum accipit, non poteſt quod amplius ſibi debetur petere, quod veluti pacto tranſegiſſe de cetero videatur, *l. a diuo Pio, §. ſi pignorat. ff. de re iudicat.* eodem modo, qui pignus pro debito, contra Senatuſconſul. Macedonianum accipit, vt hinc creditor inde debitor pignus ipſum tantidem æſtimaſſe videatur.

Digitized by Google

Lex, Filusfamilias, 3.

Svmmaria.

1 *Senatuſconſultum Macedonianum, non omnes contractus complectitur, ſed ſolã pecuniæ mutuæ dationem.*

2 *Quamuis pecunia ſine vſuris credita ſit, tamen Senatuſconſulto locus eſt.*

3 *Originem obligationis contrahẽdæ ſpectare debemus, non pecuniæ numerationem.*

4 *Interpretatio. l. 3. §. idem ſcribit. ff. de peculio.*

1 SEnatuſconſultum Macedonianũ † non omnes contractus, qui inter filiumfamilias & alios inſtituerentur, ſed pecuniæ mutuæ duntaxat ſuſtulit, cuius occaſione improbi fœnoratores illos vſuris exhaurire, & ſeſe locupletare ſolent. Vnde recte Imperator hic admonet, Senatuſconſulto filiumfamilias fœnorare, id eſt, fœnore ſeſe obruere ex pecuniæ mutuæ acceptione, prohibitum eſſe, quæ verba propoſitum eorum creditorum, qui cum filiisfamiliarum contrahere ſolent, deſignant. Nam etſi ſine
2 vſuris pecunia † credita ſit, adhuc locus Senatuſconſulto erit, *l. 7. §. ſiue autem. ff. hoc tit.* alias enim & verba & mens Senatuſconſulti circumueniri poſſent, ſi vſuræ in cauſſam ſortis ex calliditate creditorum cõuerterentur, *l. fin. infra de vſur.* Cum itaque, vt dictum eſt, filiuſfamilias non prohibeatur, alios contractus miſcere, vt emere, vendere, locare conducere, *l. 3. §. is autem ſolus. ff. ad Senatuſconſultum Macedon.* conſequens quoque eſſe videtur, vt ſi cum filiusfamilias pretium rei emtæ explicare non poſſet, & impetrata dilatione vnius añi, vel vlterioris temporis promiſerit pretium cum vſuris, Senatuſconſulto locus non ſit, quod, vt ait
3 textus noſter originem † obligationis contrahendæ non titulum actionis conſiderare debeamus, & hoc procedere noſtri Doctores, *vt Accurſ. in verb. origo. Salycetus in princip. & numer. 1. Angel. in princip. Fulgoſ. in ſuo ſummar. Cynus num. 1. Donell. numer. 2. Pacius num. 5.* tradiderunt, ſi contractus emtionis in cauſſam mutui per ſtipulationem conuerſus ſit, vt textus noſter ſatis videtur innuere, & nos copioſe de hac re diſſerimus *in l. ſi ex pretio, & l. ſi pro mutua. ſupr. de reb. credit. ſi cert.*

Sed negotium faceſſit, *l. 3. §. idem ſcribit, ff. de pecul.* vbi mutatur ex cauſſa iudicii obligatio cum ſeruis aut filiis contracta, quã difficultatem Gloſſa motam ſine ſolutione reliquit: Bartol. vero *in lecturi antiq.* propterea accidere conſtituit, quod ex mutatione tituli non contingat mutatio rationis. Diuerſum autem eſſe in contrario caſu, quæ ſolutio cum ſatis obſcura ſit, ſubiicio conſiderationem Cyni Piſtorienſis, qui illud duplici ex cauſſa euenire oſtendit. Primo, quod ſeparatus titulus actionis ex eadem obligatione in præſenti lege naſcatur, hoc eſt, vt expreſſius declarat, *l. ſi ex pretio, ſupra ſi cert. pet.* quod eadem ſit ſubſtantia obligationis, cuius cauſſa ex ſuperueniente acceſſione, vel nouatione nõ mutetur, *l. ſi idq. ff. de donat. l. ſi procuratorẽ, in princip. ff. mand. l. tutor. ff. de fideiuſſ. l. cum filius, §. heres meus, ff. de legatis ſecundo, & dict. leg. ſi ex pretio. ſupra ſi cert. pet.* Diuerſa † autem ratio eſt, *dict. leg. 3. §. idem ſcribit*, ibi enim titulus actio- 4
nis ex alia cauſſa, ſcilicet ex iudicio, in quo quaſi contrahatur, proficiſcitur. Vnde non originem actionis, ſed vltimam obligationem intuemur. Accedit, quod ibidem noua obligatio eo pertineat, vt quis damni dati refuſionem conſequatur, quod vtique fauorabile eſſe videtur, *l. nec intentio: ſupra de tranſact. l. quotiens. ff. de reb. dub.* Diuerſum autem eſſet in præſenti caſu, in quo is, qui Senatuſconſultum non offendiſſet per iniuriam, pecunia ſua fraudaretur, *ita Alberic. hic num. 2. Iulius Pacius num. 7. Salycet. numer 2. Fulgoſ. circa fin.* Alia ſolutio ipſius Cyni eſt *in ſua additione*, quod præſens conſtitutio intelligi debeat de obligatione geminata, q̃ ab vna perſona contracta ſit, illa vero de obligatione, q̃ reſpectu alienæ pſonæ naſcatur, quod amplectitur in enarratione ſua *num. 4.* Donellus. Sed hæc diſſolutio accuratius ponderata partes impoſitas tueri non poterit, quod conſectarium eſſet, patrem etiam ab initio conueniri eadem ratione potuiſſe, quod vtique textus negat, *dict. §. idem ſcribit, & §. ſeq.* De *l. permittente*, tractauimus ſupra *in l. 2.*

Lex, Macedoniani, 5.

Svmmaria.

1 *Si ad cauſſam neceſſariam pecunia mutuo data ſit, veluti ad ſtudia ceſſat præſens remedium.*

2 *Quæ intelligatur probabilis ſumma, quæ filioſuppeditari poſſit.*

3 *Quid ſi pater quæ ſtudendi ratio exigeret, non ſoleat ſubminiſtrare.*

4 *An ſi quis patre inuito ad Academiam profectus ſit, definitio præſentis legis procedat.*

5 *Sententia gloſſæ diſtinguentis inter probibitionem expreſſam & tacitam.*

6 *Alia ſententia Cyni nihil intereſſe, quomodo probibeat.*

7 *An pater inuitus cogi poſſit, vt filium in ſtudiis alat, maxime ſi cœperit eius voluntate ſtudere.*

8 Argu-

8 *Argumenta & auctores pro parte affirmatiua.*
9 *Auctores & argumenta contrariæ partis.*
10 *Quæ ſunt voluntatis per contractum definiunt in illa cauſſa eſſe, non illa quæ pendet a patria poteſtate.*
11 *A dote & alimentis ad ſtudia nihil neceſſario inferri & ratio.*
12 *Quare tutoribus incumbat, vt pupillos liberalibus ſtudiis imbui curent, & non parentibus.*
13 *Ex quo pater filio munus ſuſcipiendi conſenſit, huiuſmodi onus etiam pro futuro tempore, agnouiſſe videtur, & ratio.*
14 *Quid ſi ignorante creditore filius inuito patre in ſtudiis moretur.*
15 *Quare Imperator in caſu propoſito nō deferat actionem de in rem verſo, ſed de peculio duntaxat.*
16 *Solutio Accurſii.*
17 *Alia ſolutio Pacii.*
18 *Conciliatio Donelli.*
19 *Expoſitio auctoris.*

CVm Senatuſconſulti Macedoniani auctoritas generaliter in cauſſis neceſſa-
1 riis † ceſſare ſtatuatur, *l. 7. §. proinde, & §. ſi filius, item l. filiusfamilias, 17. ff. de Senatuconſ. Maced. & l. 2.* hoc tit. conſequens quoque videtur, vt ſi filius ſtudiorum cauſſa, aut legationis ergo alibi degeret, & quis certam pecuniæ quantitatem in neceſſarios ſumtus ſuppeditauerit, quos paterna pietas non recuſaret, hoc Senatuſconſultum minime offendiſſe intelligatur, *vt hac noſtra l. item l. 7. §. quod dicitur. ff. eodem*, vbi Iuriſconſultus noſtræ legis diſpoſitionem de eo intelligendam eſſe declarat, qui probabilem modum in mutua pecunia danda non exceſſit.
2 Et ſi quis requirat, quænā probabilis † ſumma ſit, Iuriſconſultus non diſſimulat in verba ſequentia, *Certe eam quantitatem, quam pater ſolebat ſubminiſtrare*. Vnde exoritur illa quæſtio, *an ſi pater durior eam quantitatem ſuppeditare ſoleat, quæ non ſufficiat ad neceſſarios ſumtus, qui circa victum & libros faciendi ſunt ipſius filii: creditor maiorem ſummam inferens*
3 *audiendus † ſit?* Cynus *hic numero ſexto*, ſecutus Petrum de Bellapertica, Bartolus *num. 1.* Alber. *num. 1. verſ. dicit etiam dominus Guilielmus, Baldus num. 1. Salycetus num. 3. Fulgoſ. in princip. Angel. in princip. Odofred. num. 3. Pacius num. 6.* conſtituunt huic Senatuſconſulto locum non eſſe, *argumen. noſtræ, leg. in verb. quæ paterna pietas non recuſaret*, quæ ſtatuunt intelligenda eſſe de officio paterno, id eſt, quæ recuſare non deberet, *l. ſed licet, ff. de offic. præſid.* Ex quo ſi pater illi permiſit, vt ad locum proficiſceretur, in quo literarum ſtudia exerceantur, per conſequens illum abnuere non poſſe, quo minus neceſſaria expediat, *l. 2. ff. de iuriſdict. omn. iudic.* cum ex vento viuere, aut ſaginari nequeat, *l. 2. infra de aliment pupill. præſt. & l. ſi quis a liberis, §. ſiue parens, ff. de lib. agnoſc.* Sed magis controuerſum eſt, an idem obtineat, ſi quis 4
patre † inuito literarum ſtudia proſequa- 5
tur. Qua in re † diſtinguit Gloſſa *in l. ſi filiusfamilias, 7. quæ alias incipit, & Iulianus, & 9. eſt, §. quod dicitur. ff eodem.* intereſſe, an ſpecialiter prohibeat, an minus, vt priori caſu creditor omnino ſubmoueatur, *l. fin. ſupr. de negot. geſt.* Poſteriori vero interſit, an bene collocatę ſint pecuniæ an male, vt hic ſuſtinendus non ſit, illic vero diuerſum obtineat, ꝙ ſecundum dictum Salomonis, quod refertur *Nouell. conſtit.* quæ de dignitatibus, ſcientia filii ſit lætitia patris. Gloſſ. ſententiam ſequuntur Albéric. Baldus, Salycetus *hic num. 6.* Marianus, Socinus *in cap. 1. numer. 2 extra. de magiſtr. Pacius numer. 6. Horatius, Lucius de priuileg. ſcholar. cap. 16. num. 1.*

Diſſentiunt † tamen Cynus *hic numer. 7.* 6
Secutus Petr. de Bellapert. Donell. *num. 2.* qui putant nihil intereſſe, an quis diſerte prohibitus ſit, an minus, cum ſufficiat prohibitio per obliquum facta, *l. ſed etſi pupillus, §. proſcribere, ff. de inſtit. action.* itaque hanc diſtinctionem in ignorante duntaxat admittendam eſſe.

Pro diſſolutione, huius quæſtionis præuertenda alia controuerſia iuris videtur, *an pater cogi poſſit, vt inuitus filium in ſtudiis alat maxime † ſi ceperit eius voluntate ſtudere?* 7
Quod poſſit, † innuit, *l. in commodato. §. ſicut. ff. commod.* Secundo, *l. final. ſupra. de dot. promiſſ. item l. qui liberos, alias incipit, capite decimoquinto ff. de ritu nupt.* Tertio *l. de bonis, §. non ſolum, ff. de Carbon. edict.* Quarto, *l. cum plures, §. cum tutor, ff. de adminiſtrat. & & peric. tutor.* Quinto, *l. qui filium ff. vbi pupill. educ. deb.* Sexto, *l. ſi quis a liberis, ff. de liber. agnoſcend.* Septimo, *capit. ſi quis reliquerit, diſtinct 30.* Octauo, *argument. l. ſi vni, §. idem ſcribit, ff. famil. erciſcund. alias incipit, ſi filia, 20.* Nono, *per l. hæres ſocii. ff. pro ſocio.* Decimo, *l. Lucius, 21. §. Imperatores, ff. ad municipal.* ita videntur hoc loci concludere Caſtrenſ. *numero ſecundo, Baldus numer. 2. item Caſtrenſ. in l. g. ſeptima, quæ alias nona eſt, §. quanquam, numer. 3. Archidiaconus in dict. capit. ſi quis reliquerit, 30. diſtinct. Horatius Lucius priuileg. 16. in princip. poſt Dominicum Lucam de Penna, Ioannes ab Imol. Andreas Barbat. Marian. Socyn. & alios ab eodem allegatos.* Diſſentiunt † autem Bartol. *in tractat. de* 9
duobus fratribus, numero decimo ſexto, Donell.

in huius legis explic. numer. 1. Iul. Pacius hic numer. 10 Cynus hic numer. 7. Bartol. hic in fin. & in lectur. antiq & in lege 1. §. nec Caſtrenſe, prope fin. ff. de collation. Alexand. conſil. 50. in fin. libro ſexto, numer. 25. Crauet. conſi. 125. num. 8. nullam tamen legem, aut iuris auctoritatem in medium adducunt, nec aliam rationem quam quod nuſquam cautum videatur, quod patri huiuſmodi onus incumbat. Allegat præterea Bartol. *l. quæ pater, quinquageſima. ff famil. erciſcund.* Hæc ſententia ex eo confirmari poteſt, quod inuerecundum videatur arbitrium paternum, quod iura integerrimum eſſe voluerunt, adeo vt antiquitus pater vitæ & necis habuerit poteſtatem, *l. final. Cod. de patr. poteſt. item l. in ſuis, ff. de liber. & poſthum. heredibus inſtit.* Quamuis enim ex poſtfacto, vt *l. ſecunda, ff. de his, qui ſui vel al. iur. ſunt.* ſæuiendi facultas parentibus & dominis ademta fuerit, non tamen concedendum eſt, in reliquis eorum poteſtatem diminutam fuiſſe, *l. 2. & 3. & 4. Cod. de patr. poteſt.* niſi quid nominatim aliter ſtatutum eſt, *vt l. 1. & toto tit. de bon. mater.* Quarto, animaduertendum eſt, leges propterea patriam poteſtatem omnib. modis ornaſſe, quod perſuaſiſſimum fuerit, eoſdem tali facultate abuſuros non eſſe, *l fi. infra. de curat. furioſ. l. amiciſſimos, ff. de excuſat. tut.* Quinto, iudicarunt leges Reipublicæ expedire, vt iuueniles calores auctoritate parentum reprimerētur, ne triſtē aliquem exitum ſentiant, *l. fin. verſ. melius enim, infra, de bon. quæ lib.* Etenim videmus, quod ſub imagine ſtudiorum filii ſæpe diſſolutiſſime viuant, & patrimonium paternum per luxum & libidinem profundant Sexto, mouet præceptum decalogi: Honora patrem tuum. Eodemque pertinet doctrina legis, *nec ei permittitur*, 17. §. *præterea*, qua parentum gratiam obſequiis promerendam eſſe ſtatuitur. Vltimo, vitioſa collectio eſſe videtur: *pater miſit filium ad ſtudia*: ergo, *cogitur in eadem voluntate, etiam pro reliquo tempore perſeuerare*, cum ea, quæ ſunt voluntatis ex particulari proteſtatione nullam neceſſitatem contrahant, *l. cum te ideo, ſupra ne vxor pro merito. l. ſi certis annis, ſupra de pact. l. creditor, infra. de vſur. l. mandatum, infr. mandat. l. actione, §. diximus, l. nulla, ſeptuageſima, ff. pro ſocio, l. ſi quis, in princip ff. de legatis tertio.*

His ita ſubductis non eſt, quod nos moueant argumenta, quæ in contrarium adducta ſunt. 10 † Quod enim attinet ad *l. commodato, §. ſicut,* legis diſpoſitio nihil commune habet cum præcedenti quæſtione, cum ea, quæ ſunt voluntatis per contractum inſtitutum aliam naturam induant, *l. ſicut, ſupra de obligat. & action. l. nec emere, de iur. delib.* Accedit quod nos nō negemus patrem, qui filium ad ſtudia miſerit, compelli poſſe, vt pro eo tempore, quo filius ibidem māſit, neceſſaria ſuppeditare cogatur. Secundum & ſextum † & ſeptimum argumentum parum negotii exhibebunt, 11 ſi perpendamus, non eandem cauſſam eſſe dotis dandæ, vel liberos alendi, quæ eſt eoſdē ad gymnaſium publicū mittendi, cum hoc ſit voluntatis illud neceſſitatis. Et quāuis pater filiū ſuſtinere debeat, tñ facilius domi id facere pōt, q̄ alibi. Præterea filius in obſequio ipſius eſſe debet, vt quod compendii ex ipſius operis quæratur, id patri iuxta diſtinctionem, *l. cum oportet, infra de bon. quæ lib.* cedat. Tertium, quartum, † & quintum argumentum ceſſabunt, 12 ſi obſeruemus id tutoribus & curatoribus propterea incumbere, vt liberos liberalibus, diſciplinis imbuendos curent, quod eadem intelligatur mens patris fuiſſe. Porro, legiſlatores viuo patre id ipſius arbitrio relinquendum exiſtimarunt, vt ſupra admonui. Octauum & decimum argumētum ſine magna difficultate tollentur, quod ponderandum ſit, intereſſe inter cauſſam muneris & ſtudiorum.

Ex † quo enim pater filio munus ſuſcipienti 13 conſenſit, huiuſmodi onus etiam pro futuro tempore ſuſcepiſſe intelligitur, ita vt pœnitentiæ paternæ locus non ſit, ne Reſpublica ex tali varietate lædatur, quod in ſtudiis dici non poteſt. Concluſio itaque mea eſt, filiofamilias, qui inuito patre ſe ad locum Academiæ contulit, quid ſuppeditantem a parente repetere non poſſe, ſiue parens ſpecialiter prohibuerit, ſiue alia ratione ad creditorem permanarit id inuito patre fieri, *l. ſed & ſi pupillus. §. proſcribere ff. de inſtitut. action. l. prima. ff. de action. emt. & vendit. §. primo, ſecundum ea, quæ hic reſcripta, reliquit Cynus numero ſeptimo, & ali ſupra, a nobis relati.*

Quod ſi vero † creditorem hoc igno- 14 raſſe proponamus, admittēdam diſtinctionem Gloſſæ *in dicta lege ſeptima, quæ alias incipit Iulianus*, §. *quod dicitur, ff. ad Senatuſconſultum Macedonianum. item Salyceti numero ſexto*, putamus, an pecunia bene an male collocata ſit, ita vt filius profecerit, *argumen. d. l. 7. §. proinde.*

Digitized by Google

15 Poſt definitionē huius † quæſtionis exoritur alius pene infeſtior ſcrupul⁹, quid cauſſę ſit, quod Imperator hoc caſu nō actionem de in rem verſo, *vt d.l.7.§.proinde, item §.quod dicitur, ff.de Maced.SC.l.3.§.in rem, ff.de in rem verſ.* Sed actionē de peculio deferre videatur. 16 Accurſii † ſolutio, quam pleriq; Doctorū ſequuntur, plane aliena a mente Iuriſcōſulti videtur, qui ſtatuit actionē de peculio tantū eo caſu cōpetere, quo quis libros emiſſet, & eos elegantius atq; ſumtuoſius, q̃ conſuetudo ſit, compingi, atque deaurari curaſſet. Si enim paterna pietas pro dilectione erga filium, hunc ſumtum nō recuſaret, ſane contextus noſter declarat, pecuniam ad ſumtus neceſſarios creditam eſſe: & ſumtus hi in illa cauſſa non verſentur, merito hæc explicatio repudianda eſt, cum etiam diuinationis vitio laboret. 17 Iulius † Pacius *hic numero 17.* aliter hunc nodum diſſecare conatur. Ait enim, quod ſi paterfamilias in rem neceſſariam pecuniam acceperit, tum ceſſare Macedonianum, etiamſi filius eos numos male perdiderit, *l.in pupillo, 47.ff.de ſolut.* Hoc em̄ caſu, inquit, cum eam pecuniam male conſumſerit, non poteſt agere de in rem verſo, *l.3.§.ſed etſi ſic accepit, ff.de in rem verſ. niſi filius ſine dolo aut culpa perdiderit eam, l.ſeruus, 17.ff. eodem titul.* & idcirco actioni de peculio eſſe locum. Sed neque hæc interpretatio admittenda videtur. Primo, quod eadem diuinationis labe infecta ſit, quod hic de pecunia, quam filius male collocaſſet, nulla mentio fiat: deinde, quod putet Senatuſconſultum ceſſare, ſi filius pecuniam acceptam in alios, maxime malos vſus conuerterit. Repugnat enim l. *item ſi filiusfamilias, 7.§.proinde, ff.de SC.Maced.* Neque mouet l. *ſi pupilli, §.fin.* ab eo in hanc cauſſam deducta, cum verb. *perdiderit*, ibidem non debeat intelligi de mala conſumtione, quæ vel conſilio, vel lubrico ætatis intercedat, ſed de amiſſione, quæ fato, aut naturæ ordine cōtingere ſolet. 18 Longe aliter igitur ſe † hunc obicem diſcuſſurum eſſe arbitratur Donell. *nu 3.& ſeq.* concurrere actionem de peculio, cum actione de in rem verſo, ita vt vtraque exerceri poſſit. Et quamuis Imperator in *§.ceterum, Inſt. quod cum eo, qui in alien.pot.eſt neg.geſt. eſſe dic.* ſtultiſſimum eum appellet, ſi quis omiſſa actione, qua ſolidum conſequi poterat, actionem de peculio elegerit, tamen id arbitrio experiuntis relictum eſſe. Vnde Imperatorem ad id, quod proponeretur, reſpondiſſe: non autem ſubieciſſe, quid magis expediret. Hanc Donelli explicationē puto propius ad ſcopum attingere: ſed tamen incidere in illam offenſionem, quam ſupra propoſui, quod ſtultitiæ talis actor condemnandus videatur. Sciendum † itaque eſt, quod non 19
ex omnibus cauſſis, ex quibus ceſſat Senatuſconſultū Maced. ſtatim in patrem cōpetat actio, cum, *vt ſupra intelleximus*, alios contractus inſtituere non prohibeatur, *l.3.§.is autem ſolus, alias lex incipit, ſi filiusfamilias, ff.de SC.Maced.* Quare his caſibus pater regulariter de peculio conueniri poteſt, *§.actiones de peculio, Inſt.de act.* Porro ſi pecunia credita ſit, & hic certis caſibus Senatuſconſultum ceſſat, quos videre licet *l.1.& 2.hoc tit.* Si em̄ filiusfamilias publice paterfamilias iudicabatur, creditor cum illo contrahens nō offendit Senatuſconſultum Macdonian. non tamen propterea conſectarium eſt, patrem in ſolidum teneri: ſed de peculio nonnunquam, & de in rem verſo, nimirum ſi in neceſſarias, & patri incumbentes cauſſas pecunia proceſſerit. Idem igitur in præſenti caſu ſtatuendum eſt, quando quis ei, quem filiumfamilias eſſe non ignorat, pecunias ſuppeditat in neceſſarios ſumtus. Intelligo autem neceſſarios, ſi perſonam filii ſpectemus, qui aliter onera ſua expedire non poterat: non autem ſi intueamur perſonam patris, forte quod filius eo ſponte profectus eſſet, patre nec prohibente, nec ſe eius rei auctorem præbente. Quod igitur paterna pietas, ſi officium eius ſpectemus, non eſſet recuſatura hos ſumtus, media via electa videtur, vt ſaltem pater de peculio conueniri poſſit, quod hoc caſu ceſſet, Senatuſconſult. Macedonianum, & pecunia in rem patris non omnino verſa intelligatur. Hæc mea expoſitio eſt, quod ſi cui illa diſplicet, is ſaltem boni cōſulet explicationē Donelli. Quamuis enim melius eſt inſtituere actionem perpetuam, & qua ſolidum conſequamur: tamen probatio, quod numi in rem verſi ſint, non adeo expedita eſt, *d.§.ceterum, Inſtitut. quod cum eo, qui in al.pot.*

Lex, Si filius, 6.

SVMMARIA.

1 *Pater ex contractu mutui, ne quidem de peculio tenetur.*
2 *Intellectus l.1. ne filius pro patre.*
3 *Appellatione filii etiam nepotem contineri, & an id fiat ex proprietate ſermonis.*
4 *Conciliatio l.6.ff.de teſtam.tutel.& præſentis conſtitutionis.*

Digitized by Google

in huius legis explic. numer. 1. Iul. Pacius hic numer. 10 Cynus hic numer. 7. Bartol. hic in fin. & in lectur. antiq. & in lege 1. §. nec Caſtrenſe, prope fin. ff. de collation. Alexand. conſil. 50. in fin. libro ſexto, numer. 25. Crauet. conſi. 125. num. 8. nullam tamen legem, aut iuris auctoritatem in medium adducunt, nec aliam rationem quam quod nuſquam cautum videatur, quod patri huiuſmodi onus incumbat. Allegat præterea Bartol. *l. quæ pater, quinquageſima. ff famil. erciſcund.* Hæc ſententia ex eo confirmari poteſt, quod inuerecundum videatur arbitrium paternum, quod iura integerrimum eſſe voluerunt, adeo vt antiquitus pater vitæ & necis habuerit poteſtatem, *l. final. Cod. de patr. poteſt. item l. in ſuis, ff. de liber. & poſthum. heredibus inſtit.* Quamuis enim ex poſtfacto, vt *l. ſecunda, ff. de his, qui ſui vel al. iur. ſunt.* ſæuiendi facultas parentibus & dominis ademta fuerit, non tamen concedendum eſt, in reliquis eorum poteſtatem diminutam fuiſſe, *l. 2. & 3. & 4. Cod. de patr. poteſt.* niſi quid nominatim aliter ſtatutum eſt, *vt l. 1. & toto tit. de bon. mater.* Quarto, animaduertendum eſt, leges propterea patriam poteſtatem omnib. modis ornaſſe, quod perſuaſiſſimum fuerit, eoſdem tali facultate abuſuros non eſſe, *l ſi. infra. de curat. furioſ. l. am. ciſſimos, ff. de excuſat. tut.* Quinto, iudicarunt leges Reipublicæ expedire, vt iuueniles calores auctoritate parentum reprimerētur, ne triſtē aliquem exitum ſentiant, *l. fin. verſ. melius enim, infra, de bon. quæ lib.* Etenim videmus, quod ſub imagine ſtudiorum filii ſæpe diſſolutiſſime viuant, & patrimonium paternum per luxum & libidinem profundant. Sexto, mouet præceptum decalogi: Honora patrem tuum. Eodemque pertinet doctrina legis, *nec ei permittitur, 17. §. præterea,* qua parentum gratiam obſequiis promerendam eſſe ſtatuitur. Vltimo, vitioſa collectio eſſe videtur: *pater miſit filium ad ſtudia*: ergo, *cogitur in eadem voluntate, etiam pro reliquo tempore perſeuerare,* cum ea, quæ ſunt voluntatis ex particulari proteſtatione nullam neceſſitatem contrahant, *l. cum te ideo, ſupra ne vxor pro marito. l. ſi certis annis, ſupra de pact. l. creditor, infra. de vſur. l. mandatum, infr. mandat. l. actione, §. diximus, l. nulla, ſeptuageſima, ff. pro ſocio, l. ſi quis, in princip. ff. de legatis tertio.*

His ita ſubductis non eſt, quod nos moueant argumenta, quæ in contrarium adducta ſunt. † Quod enim attinet ad *l. com-* 10 *modato, §. ſicut,* legis diſpoſitio nihil commune habet cum præcedenti quæſtione, cum ea, quæ ſunt voluntatis per contractum inſtitutum aliam naturam induant, *l. ſicut, ſupra de obligat. & action. l. nec emere, de iur. delib.* Accedit quod nos nō negemus patrem, qui filium ad ſtudia miſerit, compelli poſſe, vt pro eo tempore, quo filius ibidem māſit, neceſſaria ſuppeditare cogatur. Secundum & ſextum † & ſeptimum argumentum parum negotii exhibebunt, ſi perpendamus, 11 non eandem cauſſam eſſe dotis dandæ, vel liberos alendi, quæ eſt eoſdē ad gymnaſium publicū mittendi, cum hoc ſit voluntatis illud neceſſitatis. Et quāuis pater filiū ſuſtinere debeat, tn̄ facilius domi id facere pōt, q̄ alibi. Præterea filius in obſequio ipſius eſſe debet, vt quod compendii ex ipſius operis quæratur, id patri iuxta diſtinctionem, *l. cum oportet, infra de bon. quæ lib.* cedat. Tertium, quartum, † & quintum argumentum ceſſabunt, ſi obſeruemus id tutoribus & cura- 12 toribus propterea incumbere, vt liberos liberalibus, diſciplinis imbuendos curent, quod eadem intelligatur mens patris fuiſſe. Porro, legiſlatores viuo patre id ipſius arbitrio relinquendum exiſtimarunt, vt ſupra admonui. Octauum & decimum argumētum ſine magna difficultate tollentur, quod ponderandum ſit, intereſſe inter cauſſam muneris & ſtudiorum.

Ex † quo enim pater filio munus ſuſcipienti conſenſit, huiuſmodi onus etiam pro 13 futuro tempore ſuſcepiſſe intelligitur, ita vt pœnitentiæ paternæ locus non ſit, ne Reſpublica ex tali varietate lædatur, quod in ſtudiis dici non poteſt. Concluſio itaque mea eſt, filiofamilias, qui inuito patre ſe ad locum Academiæ contulit, quid ſuppeditantem a parente repetere non poſſe, ſiue parens ſpecialiter prohibuerit, ſiue alia ratione ad creditorem permanarit id inuito patre fieri, *l. ſed & ſi pupillus. §. proſcribere ff. de inſtitut. action. l. prima. ff. de action. emt. & vendit. §. primo, ſecundum ea, quæ hic reſcripta, reliquit Cynus numero ſeptimo, & al. i ſupra, a nobis relati.*

Quod ſi vero † creditorem hoc ignoraſſe proponamus, admittēdam diſtinctionem Gloſſæ *in dicta lege ſeptima, quæ alias incipit Iulianus, §. quod dicitur, ff. ad Senatuſconſultum Macedonianum. item Salyceti numero ſexto,* putamus, an pecunia bene an male collocata ſit, ita vt filius profecerit, *argumen. d. l. 7. §. proinde.* 14

Digitized by Google

15 Poſt definitionẽ huius † quæſtionis exoritur alius pene infeſtior ſcrupul', quid cauſſę ſit, quod Imperator hoc caſu nõ actionem de in rem verſo, *vt d. l. 7. §. proinde, item §. quod dicitur, ff. de Maced. SC. l. 3. §. in rem, ff. de in rem verſ.* Sed actionẽ de peculio deferre videatur.

16 Accurſii † ſolutio, quam pleriq; Doctorũ ſequuntur, plane aliena a mente Iuriſcõſulti videtur, qui ſtatuit actionẽ de peculio tantũ eo caſu cõpetere, quo quis libros emiſſet, & eos elegantius atq; ſumtuoſius, q̃ conſuetudo ſit, compingi, atque deaurari curaſſet. Si enim paterna pietas pro dilectione erga filium, hunc ſumtum nõ recuſaret, ſane contextus noſter declarat, pecuniam ad ſumtus neceſſarios creditam eſſe: & ſumtus hi in illa cauſſa non verſentur, merito hæc explicatio repudianda eſt, cum etiam diuinationis vitio laboret.

17 Iulius † Pacius *hic numero 17.* aliter hunc nodum diſſecare conatur. Ait enim, quod ſi paterfamilias in rem neceſſariam pecuniam acceperit, tum ceſſare Macedonianum, etiamſi filius eos numos male perdiderit, *l. in pupillo, 47. ff. de ſolut.* Hoc enĩ caſu, inquit, cum eam pecuniam male conſumſerit, non poteſt agere de in rem verſo, *l. 3. §. ſed etſi ſic accepit, ff. de in rem verſ. niſi filius ſine dolo aut culpa perdiderit eam, l. ſeruus, 17. ff. eodem titul.* & idcirco actioni de peculio eſſe locum. Sed neque hæc interpretatio admittenda videtur. Primo, quod eadem diuinationis labe infecta ſit, quod hic de pecunia, quam filius male collocaſſet, nulla mentio fiat: deinde, quod putet Senatuſconſultum ceſſare, ſi filius pecuniam acceptam in alios, maxime malos vſus conuerterit. Repugnat enim l. *item ſi filiusfamilias, 7. §. proinde, ff. de SC. Maced.* Neque mouet l. *ſi pupilli, §. fin.* ab eo in hanc cauſſam deducta, cum verb. *perdiderit*, ibidem non debeat intelligi de mala conſumtione, quæ vel conſilio, vel lubrico ætatis intercedat, ſed de amiſſione, quæ fato, aut naturæ ordine cõtingere ſolet.

18 Longe aliter igitur ſe † hunc obicem diſcuſſurum eſſe arbitratur Donell. *nu 3. & ſeq.* concurrere actionem de peculio, cum actione de in rem verſo, ita vt vtraque exerceri poſſit. Et quamuis Imperator in *§. ceterum, Inſt. quod cum eo, qui in alien. pot. eſt neg. geſt. eſſe dic.* ſtultiſſimum eum appellet, ſi quis omiſſa actione, qua ſolidum conſequi poterat, actionem de peculio elegerit, tamen id arbitrio experiuntis relictum eſſe. Vnde Imperatorem ad id, quod proponeretur, reſpondiſſe: non autem ſubiecuiſſe, quid magis expediret. Hanc Donelli explicationẽ puto propius ad ſcopum attingere: ſed tamen incidere in illam offenſionem, quam ſupra propoſui, quod ſtultitiæ talis actor condemnandus videatur.

Sciendum † itaque eſt, quod non 19
ex omnibus cauſſis, ex quibus ceſſat Senatuſconſultũ Maced. ſtatim in patrem cõpetat actio, cum, *vt ſupra intelleximus*, alios contractus inſtituere non prohibeatur, *l. 3. §. is autem ſolus, alias lex incipit, ſi filiusfamilias, ff. de SC. Maced.* Quare his caſibus pater regulariter de peculio conueniri poteſt, *§. actiones de peculio, Inſt. de act.* Porro ſi pecunia credita ſit, & hic certis caſibus Senatuſconſultum ceſſat, quos videre licet *l. 1. & 2. hoc tit.* Si enĩ filiusfamilias publice paterfamilias iudicabatur, creditor cum illo contrahens nõ offendit Senatuſconſultum Macdonian. non tamen propterea conſectarium eſt, patrem in ſolidum teneri: ſed de peculio nonnunquam, & de in rem verſo, nimirum ſi in neceſſarias, & patri incumbentes cauſſas pecunia proceſſerit. Idem igitur in præſenti caſu ſtatuendum eſt, quando quis ei, quem filiumfamilias eſſe non ignorat, pecunias ſuppeditat in neceſſarios ſumtus. Intelligo autem neceſſarios, ſi perſonam filii ſpectemus, qui aliter onera ſua expedire non poterat: non autem ſi intueamur perſonam patris, forte quod filius eo ſponte profectus eſſet, patre nec prohibente, nec ſe eius rei auctorem præbente. Quod igitur paterna pietas, ſi officium eius ſpectemus, non eſſet recuſatura hos ſumtus, media via electa videtur, vt ſaltem pater de peculio conueniri poſſit, quod hoc caſu ceſſet, Senatuſconſult. Macedonianum, & pecunia in rem patris non omnino verſa intelligatur. Hæc mea expoſitio eſt, quod ſi cui illa diſplicet, is ſaltem boni cõſulet explicationẽ Donelli. Quamuis enim melius eſt inſtituere actionem perpetuam, & qua ſolidum conſequamur: tamen probatio, quod numi in rem verſi ſint, non adeo expedita eſt, *d. §. ceterum, Inſtitut. quod cum eo, qui in al. pot.*

Lex, Si filius, 6.

SVMMARIA.

1 *Pater ex contractu mutui, ne quidem de peculio tenetur.*

2 *Intellectus l. 1. ne filius pro patre.*

3 *Appellatione filii etiam nepotem contineri, & an id fiat ex proprietate ſermonis.*

4 *Conciliatio l. 6. ff. de teſtam. tutel. & præſentis conſtitutionis.*

Digitized by Google

1 ADdeo contractum mutui † cum filio in-
ſtitutum, SC. improbandum eſſe duxit,
vt quamuis pater regulariter ex omni con-
tractu filii de peculio teneatur; *l.1.ff.de pecul.*
& §.actiones, Inſtit.de action. tamen hic aliud
iuris ſit, vt creditores tali periculo propoſito,
ab ineſcandis adoleſcentibus, & eoſdem fœ-
nore obruendis deſiſtant, *vt hac noſtra lege,*
2 quæ tamen pugnare videtur cum † *l.1.ſupra,*
ne fil.pro patre, vbi cum mentio facta eſſet pe-
cuniæ cótra SC. Macedonianum datæ, ſub-
iicitur, patrem amplius quam de peculio a-
ctionem ſuſtinere non cogi. Difficilis anti-
nomia eſt, neque aliam ſolutionem video,
quam eam, quam ibidem inſinuauit Gloſſa,
quod cum etiam aliorum contractuũ men-
tio facta eſſet, clauſula ſubſequens de illis in-
telligi debeat, nõ autem de pecunia nume-
3 rata. Obſeruandum, præterea ex † noſtra le-
ge eſt, appellatione filii, etiam nepotem có-
tineri, quod & ipſum commemoratur *l.filii,*
84. & l.quiſquis, 116.ff.de verborum ſignific. Sed
quæſtionis eſt, an illud fiat ex proprietate
ſermonis, vel benigna interpretatione, ꝙ
magis eſt, *l.liberorum, 220.§.ſed & Papirius, &*
§.præter hæc. Vnde euenit, vt appellatione fi-
liorum, ſi pater filiis ſuis tutorem dederit,
4 nepotes non contineantur, † *l.6.ff.de teſtam.*
tutel. Nec obſtat definitio præſentis legis, v-
bi in materia etiam pœnali & odioſa contra-
rium fieri animaduertimus. Id enim conci-
liat ratio, quæ æque in perſona nepotis, vt
filii interuenit, vt animaduertere licet ex *l.1.*
ff. ad Senatuſconſult. Macedon. & l.filium ha-
beo, eodem titulo. Diuerſa cauſſa eſt *d.l.6.* vbi
non agitur de diſpoſitione legis, ſed homi-
nis, in cuius perſona nõ facile eſt conſtitue-
re, an idem in nepote voluerit, quod in fi-
lio, quod fortaſſe nepotes alios haberent,
qui ratione neceſſitudinis facilius in tutores
conſtitui poſſent, vnde a verborum proprie-
tate non receditur.

Lex finalis.

SVMMARIA.

1 *Ratihabitio patris impedit Senatuſconſultum Macedonianum.*
2 *Ratihabitio mandato regulariter comparatur.*
3 *Dubitandi cauſſa.*
4 *Ratio decidendi.*
5 *Effectus huius definitionis eſt, vt parens in ſolidum conueniri poſſit, item & filiusfamilias.*
6 *Quid ſi pater filio inuito conſenſerit?*
7 *Fideiuſſor quoque ex tali ratihabitione tenetur.*
8 *Si auctoritas, aut conſenſus definito tempore requiratur, ratihabitio ſubſequens talem actum confirmare non poteſt.*
9 *An Senatuſconſulto Macedoniano renuntiari poſſit?*
10 *Militem, eundemque filiumfamilias non pertinere ad Senatuſconſult. Macedonianum.*

CVm voluntas patris Senatuſconſultum
Macedonianum impediat, ſiue iuſſu, ſi-
ue mandato, quæ plerumque præcedere
ſolent, ſiue conſenſu, qui in † actu interpo- 1
natur, explicetur, *l.ſi tantum, 12.ff.ad SC.Ma-*
cedon. non immerito idem in ratihabitione
a Iuſtiniano conſtituitur, quæ mandato re-
gulariter cóparari † ſolet, *l.qui non prohibet, l.* 2
hoc iure, §.ratihabitio, ff.de reg.iur. l.antepen.in-
fra, de don.inter vir. & vxorem, cuius legis Iu-
ſtinianus in præſenti conſtitutione mentio-
nem facit. Dubitandi cauſſæ eſſe videban- 3
tur, quod illud, quod ab initio non valet, ex
poſtfacto confirmari nequeat, *l.quod ab ini-*
tio, ff. de regul.iur. Item, quod id verba Sena-
tuſconſulti viderentur inſinuare, dum ne-
gant, ex poſtfacto nomen conualeſcere filii-
familias. Decidendi rationem † non diſſi- 4
mulat Iuſtinianus, quod teſtimonium pa-
tris ex poſtfacto voluntatem declarantis nõ
temere ſit reſpuendum: deinde, quod rati-
habitio ſui natura mandato comparetur, *l.*
licet, 56.ff.de iudic.

Hæc definitio plures effectus † habet, vt 5
ipſum parentem in ſolidum obliget, item &
filiumfamilias, quamuis pater, illo fortaſſis
inuito, † hoc faciat, *vt docet Gloſſa hic in verb.* 6
Nouella lege, Bart.nu.2. item Salyc.hic numer.2.
Cyn.num.7. verſic. quarto quæro. Iulius Pac.nu.
10 Donell.hic num 4. Quamuis enim factum
vnicuique ſuum nocere debeat, non alteri,
l.non debet, & l.factum.ff.de regul.iur. & exce-
ptio ſemel quæſita, alteri auferri nequeat, *l.*
fin.ſupr.de pact. tamen in præſenti cauſſa hæc
mouere nos non debent, quia filius efficaci-
ter obligatus fuit, *l.ſed etſi paterfamilias, 9.ff.de*
SC.Maced.§.fin.cum l.ſeq. quamuis contem-
platione patris, quod is conſenſum non ac-
commodaſſet, exceptione ſe tueri potuerit.
Nam cum hæc ratio ceſſet, & ipſemet con-
tractum interpoſuerit, æquum eſſe videtur,
vt hoc onus non abnuat. Si enim initio pa-
tris voluntas interceſſiſſet, *l.ſi tantum, 12.ff.de*
SC.Macedon. & l.2 hoc titul. non potuiſſet fi-
lius vlla exceptione vti. Quæ res efficit, vt et-
iam † fideiuſſores in eadem cauſſa eſſe ſta- 7
tuamus, *argument.l.ſi quis pro eo, 56.§.ſi num-*
mos, ff. de fideiuſſ. ita Salycetus hic num. 3. Pa-
cius numero 15.

Con-

Digitized by Google

Conſtituta generali definitione, ratiha-
bitionem mandato comparari, *vt hic, item c.ratihabitionem*, occurrunt quædã, quæ hãc
inſpectionem onerare videantur, *vt l.ſi quis mihi bona,§.iuſſum,ff. de adq.hered.l.bonorum,*
ff.rem rat.hab.item l.4.§.vlt.ff.de off.proconſ.l. quotiens,ff. de nouat. Pro conciliatione igitur
obſeruandum eſt,nonnunquam cõſenſum,
8 ſiue auctoritatem † definito tẽpore requiri,
vt ſcilicet in ipſo negotio vel antea interue-
niat. In ipſo negotio,vt in auctoritate,quam
tutor accõmodat ſuo pupillo, *l.obligari,§.tutor,ff.de auct.præſt.* ante negotium, vt eſt iuſ-
ſus parẽtis,vel domini,de hereditate adeun-
da, *l.ſi quis mihi bona, 25. de adq. vel omitt.her. item l 4. §.fin.ff.de off.proconſ.* hoc caſu ratiha-
bitionem ſubſequentẽ nihil efficere ſtatui-
mus. Nonnunquam vero ex interuallo ſub-
ſequi poteſt, vt regulariter ſecundũ diſpoſi-
tionẽ noſtræ legis. Hoc caſu intereſſe puta-
mus,an certum tẽpus conſtitutũ ſit,quo ne-
gotium, de quo quæritur, explicari debeat,
vt in bonorũ poſſeſſione deſignati ſunt cen-
tum dies, aut annuum ſpatium, *§.cum igitur, Inſt.de bon.poſſ.* Si alius meo nomine bonorũ
poſſeſſionem agnouerit, ego id ratũ habere
poſſum: ſed intra tempus, quod iure præſcri-
ptum eſt, *l.pen.ff.rem rat haber. & de ratih.l.1. infr.qui admit.ad bon.poſſ.l.6.§.1.ff. de adquir. poſſ.* Idem quoque in appellatione euenit,vt,
ſi quis nomine meo appellarit, id intra con-
ſtitutum tempus cõprobare debeat? Porro,
ſi certũ tempus, quo quid explicari debeat,
leges non præfinierint, hic intereſſe nõ pu-
tamus, quo tẽpore ratũ habeamus, & ita in-
9 telligimus præſentem legẽ. Circa finẽ † huius
noſt.legis in verb. *ex præſumtione*, Glo. noſtra
quærit, an SC. Macedoniano renũtiari poſ-
ſit. Et videbatur, cum mulier exceptionem
SC. Velleiani remittere queat, vt *l.fin.§.pen. ff.ad SC.Velleian.* Contrarium tamen reſpon-
det Gloſſa auctoritate leg. *tamen,11.ff. ad SC. Maced.* cum hoc remedium odio creditorũ
inductum ſit: Item, quod talis renuntiatio
donationem referat, cum filiusfamilias do-
nare prohibeatur, *l.contra,ff.de pact.l.filiusfamilias,ff.de donat.* Gloſſæ ſententiam appro-
bant Bart. *hic n.4. Odofred.n.3. Cyn.nu.8. Alberic.n.2. Fulg.n.3.*

Ex hac eadem lege edocemur, filiumfa-
milias militem pecuniam creditam accipi-
10 entem † ad SC. Macedonianum non perti-
nere, ex præſumtione iuris, quod omnis mi-
les non credatur in aliud quidquam pecu-
niam accipere & expendere, niſi in cauſſas
caſtrenſes. Vnde tractari poſſet, an præſum-
tio nullam probationem in contrarium ad-
mittat? Et negat gloſſ. quod hæc ſit præſum-
tio iuris, & de iure, *Ang. hic num.4. Pacius nu. 29.* Sed diſſentiut Cynus *hic n.10.* Caſtrenſ. *n. 4.* quod quemadmodum talem præſumtio-
nem tollat confeſſio *l.vnic.ſupr.de plus petit.*
Item rei euidentia, *cap.fraternitatis, de friz. & malef.* ita etiam & in præſenti præſumtione
hoc ſtatuendum ſit, ſi rei euidentia coar-
guat, inde fundum, non caſtrenſes res emtas
eſſe.

Ad Senatuſconſultum Velleianum.

TITVLVS XXIX.

SVMMARIA.

1 *Cauſſæ, quod mulieribus in ipſa interceſſione ſuccurratur.*
2 *Cur fœminæ non ipſo iure munitæ ſint, ſed iure actionis.*
3 *Intercedendi verbum quam late pateat.*
4 *Quomodo mulier dicatur participare obligationem.*
5 *Translatio obligationis quomodo fiat.*
6 *Si mulier ſe ream conſtituat pecuniam pro alio accipiendo, intercedere intelligitur.*
7 *Excuſatio auctoris, quod omnes titulos huius libri nõ abſoluerit.*

QVemadmodum per Macedonianum
SC. filiisfamiliarũ in cauſſa mutuæ pe-
cuniæ ſuccurritur, ita per hoc Senatuſcon-
ſultũ ſubuenitur mulieribus pro aliis inter-
cedentibus. Cuius rei † duæ cauſſæ *in l.1. & 2.* 1
in prin. & §.2. cõmemorantur, quod ſicut mori-
bus virilia officia ademta ſunt fœminis, ita
multo magis adimendũ eis fuiſſe id officiũ,
in quo non ſola opera, nudumq; miniſteriũ
earum verſaretur, ſed periculũ rei familia-
ris. Altera cauſſa eſt, quæ huiuſmodi mores
commẽdaſſe videtur, ſcil. imbecillitas ſexus.

Auctoritate itaq; Senatuſcõſulti effectũ
eſt, ne vlla actio, aut petitio ex huiuſmodi
cauſſis aduerſus mulieres detur, *d.l.2.ff.de Senatuſc.Velleian.* † Quod cum ita ſit, excutien- 2
dum eſſe videtur, cur fœminas non ipſo iure
munitas eſſe proponamus, ſed ope exceptio-
nis, *l.2.hoc tit.l.8. & multis aliis legibus.* Exiſti-
mat Duaren. *in enarrat. huius tit.c.2. verſ.deinde ſequitur, in SC.* non eſſe eam Senatus au-
ctoritatem, vel Prætoris, vel alterius Magi-
ſtratus, vt actionem tollere poſſit ipſo iure,
legibuſque comparatam, & introductam.
Quæ ſolutio, quamuis in ea cauſſa cenſeri
debeat, vt temere repudiari non poſſit: ta-
men ex quo Senatuſconſulta plerumque

Digitized by Google

auctoritate Imperatoris intercedere exiſtimari ſoleant, *vt l. item veniunt, 30. § præter hæc multa, ff. de pet. hered.* non aliena videtur eſſe obſeruatio Pacii *hic n. 22* Senatum reſpexiſſe ad tempora, quibus actiones impetrari ſolent, *vt l. 1. & 2. ſupr. de formul. & impetr. act. ſublat.* vt ſcilicet, ſi cōſtaret nullum defenſionis ius contra Senatuſconſult. experiri volentibus competere, denegarent actionem, in dubio quidem illam decernerēt, ſed cum remedio exceptionis. Habet igitur hoc Senatuſconſultū in omni obligatione locum, ſiue verbis, ſiue quocunq; modo cōtractum ſit, *l. 2. §. omnis, ff. de SC. Velleian.* modo mulier intercesſerit.

3 Verbum intercedendi latiſſime † patet, adeo, vt non ſolum complectatur fideiuſſionem, verum omnem obligationem, quam mulier pro alio ſuſcipit, idque triplici ratione potiſſimum explicatur, participando obligationē, transferendo, aut ſe ream ab initio conſtituendo, *l. 4. hoc noſtro titul. Duaren. in explic. huius tit. c. 2. Cuiac. in ſuis comment. ad African. l. tutor pupill. ff. ad SC. Velleian. Iulius Pac. hic in ſua ſynopſi ad præſentem tit. n. 7.* Parti-

4 cipat † autem mulier obligationem multis modis: Primo fideiubendo pro alio, *l. 3. hoc tit. l. ſi Titius, 48. de fideiuſſ.* mandando alteri credi, *l. 6. & 7. ff. eod.* conſtituendo, ſe ſoluturam pro alio, *l. 1. §. 1. ff. de condict. pec.* in arbitrum alieno nomine cōpromittendo, *l. non diſtinguemus, 32. §. ſi mulier, 23. ff. de recept. arbitr.* reſpondēdo in iure *l ſi mulier, 23. l. ſi mulier intercedendi, 26. ff. eod.* In quibus omnibus participare mulier obligationem dicitur, quod vna cum reo principali obſtricta ſit. Aliud exemplum, in quo mulier fiat obligationis particeps occurrit *in l. ſi vir, 17 § fin.* ſi mulier cum alio ſe in ſolidū obliget, ita vt fiant duo rei. Hoc caſu enim intercedere intelligitur. Tandem ſe aliud exemplū offert in ea, quæ res ſuas pro marito pignori obliget, *l. quamuis, 8. ff. hoc tit. l. ſi vir, 17. §. 1. ff. de pignor. itē l. ſi ſine, 5. l. ſi mater, hoc noſtro tit.* adeo, vt nihil referat, an ipſa mulier rem pignori poſuerit, an marito id facienti conſenſerit, *l. ſciens, 7. h. t.*

Secundo, *vt † ſupra admonui*, mulier dicitur intercedere etiam, aliam obligationem in ſe transferendo, *l. 4. hoc tit.* vbi mulier animo nouādi obligationem mutui in ſe tranſſcripſit. Accedit *l. ſi paternū, §. hoc tit. l. quamuis, § ſi conuenerit*, quæ lex de expromiſſione loquitur, *l. vir vxori, 17 ff. eod.* Nouatio autem duobus modis cōtrahi poteſt, ſtipulando, *l. 1. ff. de nouat.* item iudicium accipiendo, *l. ſolutionem, & l. delegare, eod. tit. l. 2. §. fin. ff eodem tit. cum l. ſeq.* 5

Tertio mulier etiam intercedere † dicitur, cum ab initio ſe ream conſtituit pro alio pecuniam accipiente. Cuius rei exempla occurrunt *l. quamuis, 8 §. ſi cum eſſem, item in l. quidam, 29. ff. ad SC. Vell. l. 4. hoc noſtro tit. l. cum ad eas, 19. hoc eod.* Sed an idem etiam procedit, ſi, cum mulier pro alio intercedere vellet, pecuniam aliunde mutuatam creditori ſoluerit, dubitari ſolet. Et quidem ſi illū, qui pecuniam numerauit, id ignoraſſe ponamus, mulier Senatuſconſulto non adiuuabitur, *l. bona fide, 27 l. Seia mancipia, 28. §. fundum. ff. hoc tit.* item *l. vir vxori, 17. in princ. ff. eod.* Non idem tamen in ſciente obtinere, putamus. 6

Conſilium erat, cādidiſſime † Lector, totum hūc librum, accurata explicatione illuſtrare. Sed quod occupationes, & alia id genus incommoda has cogitationes, quod ad præſentem explicationem attinet, interruperint, poterit, quæ huc vſque exarata ſunt, boni conſulere, quoad occaſio ſuppeditetur, quæ hic & alibi deſint, ſupplendi. Dilata itaque tali deliberatione coacti fuimus, materiæ teſtamentariæ in lib. 6. Codicis manum admouere. 7

Libri IV. Finis.

CODI-

CODICIS IVSTINIANI IMPERATORIS
LIBER SEXTVS.

De Collationibus. Tit. XX.

Præludia.

SVMMARIA.

1 *Emancipati filii neque lege 12.tab.neque iure ciuili in cauſſa ſucceſſionis cogniti,& rationes.*
2 *Cauſſa, quod Prætor bonorum poſſeſſionem in rem emancipatorum filiorum introduxerit.*
3 *Quare idem Prætor ius collationis poſtea innexerit.*
4 *Progreſſus & ordo collationis.*
5 *Filios emancipatos ex edicto Prætoris omnia bona ſua contuliſſe,exceptis caſtrenſibus.*
6 *An hæc collatio locum habuerit, ſi diuerſo iure ſuccederent.*
7 *Ratio,quod filii ſui ab initio non contulerint.*
8 *Quare Diuus Pius conſtituerit,vt filia ſua dotem conferrent.*
9 *Quid Imperator Leo ratione donationis propter nuptias poſtea conſtituerit.*
10 *Qua ratione Iuſtinianus ius collationis poſtea interpretatus ſit, & aliquot conſtitutionibus auxerit.*
11 *Collationem condito teſtamento, iure Digeſtorum & Codicis locum non habuiſſe, ſed per Nouellam Iuſtiniani demum inductam eſſe.*

NON fugit etiam prima rudiméta in noſtro iure po-
1 nentem,emancipatos † filios ſiue legem 12.tabularũ,
ſiue ius ciuile ſimpliciter intueamur, in cauſſa ſucceſſionis cognitos non fuiſſe:adeo,vt neque ab inteſtato ſibi hereditatem polliceri, *§.emancipati, Inſt.de hered.quæ ab inteſt.defer.* neque teſtamentum paternum,in quo inſtituti non erant, infringere potuerint, *§.emancipatos,Inſtit.de exhered.liber.* Ratio illa potiſſimum in conſiderationem venit, quod conuenientem partem, aut ſaltem nõnulla bona in ipſa emancipatione conſequerentur, *l.& liberis,in fin.hoc tit.* quod poſt emancipationem quæſita non patri,vt alias, *l.cum oportet,infr.de bon.quæ lib.* ſed ipſis cederent,item quod parens, ſi minus in vita conſecuti fuiſſent, hoc per teſtamentum illis relinquere poterat:&quod legislatoribus perſuaſiſſimũ eſſet, parentes hac poteſtate non temere abuſuros, *l.fin.infr. de curat. furioſ. l.amiciſſimos,ff.de excuſ.tut. Nouell.de nuptiis,in fi.* Por-
ro cum Prætor † animaduerteret, ex hac iu- 2
ris conſtitutione ſæpe magnam inæqualitatem naſci,officii ſui exiſtimauit, vt relatam a nobis iniquitatem,cõparato auxilio bonorũ poſſeſſionis, *& l.1.& tot.tit.de bonor.poſſ.cont.tab.l.1.& tot.tit.ff.& C.vnde libi,* ſubmoueret.
Sed ne dum auxilii ſui ius in rem † vnius ex- 3
pedire conatur, alios læderet, nẽpe liberos, qui in poteſtate remanſerant, ſi filii emancipati præcipua haberent,quæ a parentibus in viuis conſecuti erãnt, & pro æquis portionibus nihilominus ad eius ſucceſſionẽ admitterentur, introduxit hoc remedium de collationibus, *l.1. ff. de collat.* de quo etiam toto hoc titulo diſſeritur,qui,vt ex his, quæ commemorata ſunt, apparere poteſt,nõ incommode ſubiicitur, poſt tractatũ de bonorum poſſeſſionibus.

Pro cuius vlteriori explicatione, obſer-
uandum eſt, collationis ius ſucceſſu † tem- 4
poris aliam atque aliam interpretationem recipere. Prætoris enim beneficium ab ini-
tio duntaxat locum habuit in filiis † emanci- 5
patis, vt nimirum ea, quæ a parentibus, vel aliunde conſecuti erant, excepto peculio caſtrenſi,vel quaſi, & his, quæ poſt mortem patris quæſita eſſent, *l.1.in princ. & §.ſi emancipato,§.ne caſtrenſe,§.ſi impuberi, ff.de collatio.*
ſuis conferrent. Videtur tamen † hæc ipſa 6
collatio certam conditionem habuiſſe,ſi co-

Digitized by Google

dem iure ſuccederent. Nam ſi diuerſo iure,
veluti vnus ex teſtamento, alius vero per in-
officioſi querelam, vel per cõtra tabulas bo-
norum poſſeſſionem, huic beneficio locus
non erat, *l.pater filium,6.cum l.ſeq.ff.de dot.col-
lat.l.filium,20.§.videamus,ff.de bon.poſſeſſ.con-
tra tab.* Sed an hæc iuris cõſtitutio ex reſpon-
ſo Scæuolæ *l.ſi filius,10.ff.de collat.* aliquo mo-
do benigniorem interpretationem accepe-
rit, an minus, *l.ſi emancipati,hoc tit* diſtinctius
proſequemur.

7 Porro, in ſuis hæc † definitio locũ non ha-
buit, quod illi tempore digeſtorum, quod
conferrent, nõ haberent, cum omne, quod
acquirerent, patri cederet, *l.placet,ff.de acq.
vel amitt.hered.& §.igitur,Inſt.per quas perſon.
nob.acq.l.cum oportet,infr.de bon.quæ liber.* Sed
quia hæc ipſa diſpoſitio tanquã durior pau-
latim molliri cœpit, vt in cauſſa dotis videre
licet, cuius filiam capacem eſſe poſterior æ-
8 tas iudicauit, Diuus Pius etiam huius † col-
lationem inducit, *l.1.ff.de dotis collat.* quam-
uis lex *Pomponius Philadelphus,35.ff fam.l.er-
ciſc.* repugnare videatur, de qua antinomia
9 *infr.in l.vt liberis.* Interiecto tempore † Im-
perator Leo plenius remediũ, quod nedum
in dote, ſed etiam in donatione propter nu-
ptias procederet, introduxit, ſine diſtinctio-
ne, an a patre, an vero a matre, auo, auia,
proauo, proauia, paterno & materno eæ-
dem profectæ eſſent, idq; locum vindicaret,
tam in ſuis, quam emancipatis. Superuenit
10 Imperator † Iuſtinianus, qui promulgata *l.
illã hoc tit.* ſuſtulit ſcrupulum, qui ex ſuperci-
lioſa quorundam interpretatione iniectus
fuerat, an quod ſtatutum erat in collatione,
quę a nepotibus auunculis facienda eſſet, et-
iam in amitis, materteris, patruis, & vice ver-
ſa, in auunculis probandum eſſet. Præterea,
ponderatis alijs in conferendo incommo-
dis, *l.illud, hoc eodem tit* conſtituit, vt omnia,
quæ imputantur in quartam inofficioſi te-
ſtamenti, etiam collationis ius agnoſcerent:
deinde, vt etiam ſimplex donatio, quo caſu
aliqua inæqualitas emergeret, in eadẽ cauſ-
ſa conferetur. *Lege fin. hoc tit.* aliam declara-
tionem huius iuris interpoſuit, vt cum bene-
ficio *legis cum oportet, infr.de bon.quæ liber.item
l.1.& tot.tit.infr.de bon. matern.* filii bona ad-
uentitia habere cœpiſſent, illa etiam vt præ-
cipua in diuiſione bonorum deducere poſ-
ſent, vt antea obtinuit in caſtrenſib. vel qua-
ſi caſtrenſibus. Ceterum, cum eo caſu, quo
11 pater † teſtamentum cõdidiſſet, collatio lo-
cum non haberet, niſi id nominatim cauiſ-
ſet, *l.1.hoc noſt.tit.* tandem Nouell.*18.de trien.
& ſemiſſ.cap.6.* collationis ius etiam hoc caſu
inuexit, quod parẽtes ſæpe per obliuionem
de collatione nullam mentionem facerent,
& illa res in graue detrimentum aliorum fi-
liorum, qui nihil accepiſſent, redũdaret. De
qua re fuſius hoc loco Bald. *in prælud. idẽ Bal-
dus in l ſi emancipati, nu.8. Alberic. nu.2.& ſeq.
Corn.n.11.& ſeq.Franc.Aret.n.1.Cyn.n.4.Rom.
nu.5.& ſeq.Alex.n.4.& ſeq.Iaſ.n.26.& ſeq.Ca-
ſtrenſ.n.5 Fulg n.3.Bart.n.3.Decius nu.8.& ſeq.
Ferd.Vaſq de ſucceſſ.reſol.lib.2 §.19.nu 1.& ſeq.*
Quã in diſceptatione obſeruandum eſt, ple-
roſque interpretationem *l.ſi emancipati*, tan-
quam intricatioris materiæ, in finem huius
tituli reieciſſe, nimirum Bartol. Alex. Cor-
neum, Iaſon. Ang.

Lex Prima.

SVMMARIA.

1 *Neque emancipati, neque ſui, condito teſtamento, iure Codicis conferebant.*

2 *Quatuor rationes, quæ hoc ſuaſiſſe videantur.*

3 *Hanc diſpoſitionem locum habuiſſe, quamuis liberi ab inteſtato ſucceſſerint, cum ex teſtamẽto admitti poſſent.*

4 *Diſtinctio Vaſquii, an liberi ab inteſtato ſuccedentes, id ſcientes fecerint, an minus.*

5 *Ceſſat hoc iure collatio, quamuis parẽs nullum teſtamentum fecerit, ſed ex diuiſione patrimonii res filiis obueniſſent.*

6 *Intellectus l.ſi non mortis, ff de inoffi teſtam.*

EX præſenti lege edocemur † collationẽ 1
locum non habuiſſe, ſi liberi emancipati
heredes in teſtamento inſtituti, vna cũ aliis
ſuccederent, idemq; etiam cõprehenditur *l.
filiæ dotẽ,4. item l.ſi filia,3.ff.de collat.dot.* Imo
quod magis eſt idẽ etiã probatur in liberis,
qui in poteſtate ſunt, *d.l.filiæ dotem, in fin l.fi-
liam,7 h.eod.tit.* Rationes † decidẽdi quatuor 2
potiſſimũ occurrunt, tres quas hoc loco re-
cẽſet Bald. *n.1.& ſeq.* Prima, q; per huiuſmo-
di collationẽ, exſecutio teſtamenti, ſaltem
donec conferant, impediatur *l.Prætor, ff. de
collat.bon.* quod Prætori non videtur fuiſſe ꝓ-
poſitum. Secunda, q; teſtator tacite reliquiſ-
ſe videatur, quod non ademerit, *l.tribunus, §.
fin.ff.de teſt.mil.l.deniq; § interdum, ff de pecul.
legat.* Tertia, q; non præſumatur mutata vo-
luntas *l.eum, ff.de probat.* Et quãuis Iaſon *hic n.
1.* ſecundã & tertiam rationem impugnet, q;
donatio in filium emancipatũ collata, cõfir-
matione non indigeat, cum ſtatim valeat, *l.
vt liberis, in fi.h.t.l.2.ſup.de inoff.donat.* tamen
parum circumſpecte hanc labem Baldo a-
ſperſiſſe videtur. Cum enĩ hãc donationem
illos

Digitized by Google

illos heredes inſtituendo potuerit infirmare collationis conditione adſcripta, *vt hac noſt. l. & l. filiam, h. eod. t.* ſatis præſtitiſſe videtur, quod hac poteſtate vſus non ſit, vt recte meo iudicio hic animaduertit Decius *nu. 2.* Quarta ratio eſt, quam tradiderunt hoc loci Caſt. *n. 1.* Alex. *n. 2.* Iaſ. *n. 2.* Decius *nu. 2.* quod ſcilicet cũ Prætor hoc caſu, nihil noui in læſionem filiorum, qui in poteſtate remanſerant, introduxerit, per conſequens etiã collationem iniungere non ſuſtinuerit, quod nec leges, aut Imperatores ante Iuſtinianũ feciſſe deprehendimus. Ratio eſt, quam ſupra cõplectimur, quod leges de paterno iudicio ſemper optime ſperauerint.

Hæc definitio, vt antea admonuimus, etiam locum habet in filiis ſuis, *l. filiæ, 4. h. t. & l. filiam, h eod. tit.* item procedit etiamſi cum
3 poſſent ex teſtamento † ſuccedere errore ab inteſtato ſucceſſerint, *l. filius emancipatus, ff. de collat. dot. gloſſ. hic in verb. obtinentes, Alex. nu. 4. Iaſon num. 2.* modo tamen ab inteſtato non plus conſequantur, quam habuiſſent ex teſtamento, *l. ſi filia fuerit, ff. de collat. bonor. & l. ſi filius, ff. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Qua in re annotanda tamen eſt diſtinctio Ferdinandi Vaſquii *d. lib. 2. §. 19. num. 51.* exiſtimantis,
4 hoc caſu non † referre, an ſcientes, an vero imprudentes ab inteſtato ſucceſſerint, quod etiam *hic num. 1.* affirmauit Fulgoſius, item Philipp. Corn. *num. 2.* intereſſe tamen, an ſuccedatur ab inteſtato per contra tabulas bonorum poſſeſſionem, an vero per beneficium vnde liberi, vt illic collatio locum nõ habeat, *l. ſi filia fuerit, de collat. dot.* Hic vero interſit, an per errorem hoc faciat, an vero ſciens, & ita diſtinctio gloſſæ vera ſit, *l. ſi filius qui in poteſtate, ff. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. l. filius emancipatus, ff. de collat. dot.* Rationem differentiæ eſſe, quod repudiaſſe ſucceſſionem ex teſtamento, qui eius cognitionem habet, videatur, *argum. l. illud, ff. de acquir. vel omitt. hered.* Admittitur præterea hæc ipſa legis definitio, ſi nõ ſolum ex teſtamenti con-
5 ſcriptione de tacita ipſius † voluntate appareat, verum etiam ſi ex aliis coniecturis, velut ex diuiſione patrimonii id conſtare poſſit, *l. ex parte, §. inteſtato, ff. famil. erciſcun. & ibidem Alberic. & Bald. Decius hic num. 4.* Quemadmodum e diuerſo, ſi expreſſim actum ſit, vel conuenientes coniecturæ huius voluntatis paternæ vrgeant, quæ a patre in viuis donata eſſent, debere conferri, vel in portionem iure naturæ debitam imputari, filius huiuſmodi collationem recuſare non poterit, † *l. ſi non mortis, ff. de inoffic. teſtam.* Et hæc 6 ſolutio conuenientior eſt ad illum textum, quam ea, quam gloſſa comminiſcitur in verbo, *non oportere*, dum putat, legem in ſecundo reſponſo mutare caſum, & ab inteſtato accipiendam, vt hoc caſu non diſtinguamus, an teſtamentum per querelam inofficioſi reſciſſum ſit, vt exponit Fulgoſ. *circa finem*, & in quam ſententiam quoque videtur concedere Ferdinand. Vaſq. *de ſucceſſ. reſolut. lib. 2. §. 19. num. 52.* ſiue vna cum Decio *hic nu. 4.* Alex. *num. 4.* eandem legem intelligamus de ſuccedente ex teſtamento. Quæ explicatio ſcrupulo carebit, ſi ponamus Tribonianum, quæ a Iuſtiniano poſtea introducta ſunt per *l. omni modo, ſupr. de inoffic. teſtam.* in ipſa Digeſta, atq; adeo legem, de qua loquimur, contuliſſe.

Authentica ex teſtamento.

SVMMARIA.

1 *Differentiam quæ in cauſſa collationis fuit, ſi quis ab inteſtato vel ex teſtamento ſucceſſiſſet, hac authen. ſublatam eſſe.*
2 *Ratio noui iuris introducendi.*
3 *Quomodo verba noſtræ auth. dotis collationem, & aliorum datorum eſſe faciendam, exaudienda ſint.*
4 *Extra dubitationem eſſe, quod donatio propter nuptias, item quæ occaſione militiæ quæſita ſint, conferri debeant.*
5 *An donatio ſimplex quæ filiofamilias, dum adhuc in ſacris eſſet, data fuit a parente, conferri debeat.*
6 *Auctores qui id defendant.*
7 *Nouem argumenta quibus hæc ſententia innititur.*
8 *Contrariæ ſententiæ auctores.*
9 *Decem argumenta quibus hanc ſententiam aſſerere conantur.*
10 *Vltima ſententia confirmata.*
11 *Difficultas ex lege ſi donatione hoc tit.*
12 *Interpretatio Accurſii & aliorum qui ipſi ſubſcribunt.*
13 *Alia ſolutio Decii.*
14 *Tertia explicatio Cuiacii.*
15 *Expoſitio auctoris.*
16 *An res a patre filio donata, peculio adſcribenda ſit.*
17 *Quando filius vel filia hanc donationem præcipuam habere poſſit.*
18 *Interpretatio leg. 2. Cod. de inoff. donat. ſecundum Cuiac.*
19 *Alia expoſitio Bartoli & gloſſæ.*
20 *Tertia explicatio Antonii Fabri.*
21 *Conſideratio auctoris.*
22 *Scrupulus ex ſententiis Pauli lib. 5. tit. de donat. ſublatus.*
23 *An definitio l. ſi donatione hoc tit. per nouum ius correcta ſit.*
24 *Dotis dationem non continere meram liberalitatem.*

Digitized by Google

25 Intellectus l. illud, h. tit.
26 De qua æqualitate intelligenda ſit Nouell. 18. §. illud.
27 Quare nepos in locum filii emancipati poſt mortem aui ſuccedens, hoc modo quæſita conferre cogatur.
28 An donationes, quæ ſtatim valere ſolent, in ea cauſſa ſint, vt collationem inducant?
29 An valeat donatio librorum, quos pater filio ex cauſſa ſtudii, dedit.
30 Auctores, qui id defendant.
31 Contrariæ ſententiæ aſſertores.
32 Vtilitas præſentis inueſtigationis.
33 Quinque argumenta, quibus prior ſententia defenditur.
34 Tria contrariæ ſententiæ argumenta.
35 Diſtinctio Bartoli, intereſſe, quibus verbis pater vſus ſit, & an filius fuerit Aduocatus, vel Doctor, vt hoc caſu donatio valeat, neque collationi locus ſit?
36 Idem probandum, ſi poſtea doctoris laurea donetur.
37 Difficultas circa hanc Bartoli enuntiationem, mota a Ludouico Romano, & ab auctore ſublata.
38 Cautela Bartoli, vt ad euitandum collationis munus filius emancipetur, repudiata, & rationes.
39 Quid iuris ſit, ſi filius ante mortem patris, ad doctoris dignitatem peruenerit.
40 Quæ dicta ſunt de doctoribus, an locum habeant in ſcholaribus?
41 Scholares quaſi caſtrenſe peculium non habere.
42 Auctores & argumenta illorum, qui ſtudioſis hoc priuilegii habere negant.
43 Contrariæ ſententiæ, auctores, & fundamenta.
44 Confirmata prior ſententia.
45 Quando initii, atque rei abſolutæ non eadem eſt ratio, tunc inde argumentum duci non poteſt.
46 In poteſtate parentis non verſatur, vt peculium caſtrenſe filio pagano conſtituat.
47 Non valere hanc ratiocinationem, Imperator quædam priuilegia doctoribus & ſtudioſis promiſcue conceſſit: ergo illorum conditionem exæquauit.
48 Si pater donationem librorum in filium factam non reuocauerit, ea vim relicti obtinere incipit, & propterea conferri non debet.
49 Intellectus l. quæ pater, 50 ff. famil. erciſc. an ſcilicet exaudiri debeat de his rebus, quæ tempore collationis exſtant?
50 An filius emancipatus ad collationem donatorum librorum compelli poſſit?
51 Affirmatiua ſententia Fulgoſii & Salyceti.
52 Contraria ſententia Bartoli.
53 Difficultas circa defenſionem eius contrariæ ſententiæ.
54 Conſideratio auctoris.
55 Cautela, qua filius donationem a patre factam in tuto collocare poſſit, vt ſibi curet conferri primam tonſuram.
56 Coniectura, ex quibus pater donaſſe libros, vel non donaſſe conſtituitur.
57 An ea, quæ in filium, dum ſtudiis operam daret, profecta ſunt, hoc onus collationis agnoſcant?
58 Auctores, & argumenta negatiuæ ſententiæ.
59 Argumenta in contrarium.
60 Intellectus l. illud, h. tit.
61 Varia eſſe militiarum genera.
62 Difficultas l. quæ pater, ff. famil. erciſcund. & aliarum legum circa propoſitam controuerſiam, an filius in poteſtate, ſumtus in ſe ſtudiorum cauſſa factos conferre cogatur, a paucis hactenus animaduerſa.
63 Neutrum ex filiis, neque emancipatum, neque illum, qui in poteſtate manſit, ad collationem vrgeri poſſe, ſed ex diuerſa cauſſa.
64 Filius impenſam cum doctoris laurea inſigniretur, præſtare non cogitur.
65 An filius ſumtus matrimonii cauſſa factos, conferre debeat?
66 Si pater donationi hanc legem dixerit, collationi locus erit.
67 Idem quoque erit, ſi exſtent coniectura paternæ voluntatis, quod hoc faciendum ſit.
68 An magna inæqualitas hoc inducere poſſit?

APparet ex deductione, quam initio ti-
tuli proſecutus ſum, neruũ totius tituli
in explicatione præſentis authẽticæ, qua ius
nouiſſimum contineatur, conſiſtere. Ete-
nim differentiam, quæ circa † collationem, 1
ſi quis ab inteſtato, vel ex teſtamẽto ſucceſ-
ſiſſet, lex 1. & aliæ leges, quas ſupra deſigna-
uimus, inuexerant, tollit, neque eius facien-
di rationem, ipſe Imperator in Nouella ſua
conſtitutione 18. §. 6. vnde hæc authentica
depromta eſt; diſſimulat. Ait enim, incer-
tum eſſe, † an facti ſui oblitus, nullam in te- 2
ſtamento de collatione datorum mentio-
nem fecerit, an mortis anguſtiis, quibus for-
taſſe vrgebatur, conflictatus, quid conueni-
ret, non expedierit. Faciendam itaque col-
lationem per dotẽ, vel alio modo datorum,
& exinde æqualitatem, ſecundum quod o-
lim diſpoſitum erat, ſeruandam, niſi teſtator
expreſſim deſignauerit; ſe nolle collatio-
nem fieri, ſed habere eum, qui cogitur ex le-
ge conferre, & quod iam datum eſt, quod-
que teſtamento relinquitur.

Huius authenticæ verba, † doris colla- 3
tionem, & aliorum datorum eſſe faciendã,
vel, vt textus habet, alio modo datorũ haud
mediocriter noſtros Interpretes exercue-
runt, dum inueſtigant, quam vim eadem ha-
beant, aut quam late pateant. Et quidem il-
lud inter † omnes conuenire videtur, quod 4
donatio propter nuptias *l. vt liberis, 17. hoc t.*
item ea, quæ occaſione militiæ vni here-
dum ex defuncti pecuniis quæſita ſunt, *l. il-
lud, inf. h. t.* pronuntiatione horum verborũ
contineantur. Sed quæſtionis eſt, an idem
etiam obtineat in donatione † ſimplici, quæ 5
filiofamilias, dum adhuc in ſacris eſſet,
collata

Digitized by Google

collata a parente eſt. Quid denique dicendum ſit de his, quæ parens filio ſtudiorum
6 gratia ſubminiſtrauit. Et quidem quod † ad filiumfamilias attinet, qui in poteſtate morientis fuerit, Ioannes & Placentinus hic a gloſſa relati, Philipp. Dec. *num.5.* Cuiac. *lib.3. obſer.30.* conſtituunt etiam hunc ad collationem vrgendum eſſe, cuius opinionis varia argumenta contexi poſſunt.

7 Principio enim vrget † diſpoſitio noſtræ authenticæ, item *§.6. Nouell.18. de trient. & ſemiſ.* ne dum dotem eſſe conferendam, ſed etiam alio modo data: verba autem generalia generalem quoque interpretationē mereri *l.1. §. generaliter, ff. de legat. præſt.* idque etiā in legibus correctoriis procedere, *authen. ex cauſſa, inf. de lib. præter. authent. minoris, ſup. qui dare tutor. vel curat. poſſ.* maxime cum diſtinguendum non ſit, vbi leges non diſtinguant, *l. de pretio, ff. de Publician. in rem action.*

Secundo pugnat pro hac opinione ratio æqualitatis, quam legiſlator *d. Nouell.18. §.6.* diſertis verbis ſe in cōſilium adhibuiſſe profitetur. Rationem autem ipſam diſpoſitionē legis augere & reſtringere, etiamſi agatur de antiquatione legum, conſtat ex *l. his ſolis, infra, de reuocand. donat. ex l.3. §. cum Pollidius, ff. de vſuris,* ſi coniungatur cum *l. heredes, ff. ad SC. Trebell.* de qua re cum copioſe ſcripſerim, in auth. *quas actiones, ſup. de ſacroſ. eccleſ. c. c.8.* eo Lectorem breuitatis gratia reiicio: atquin conſilium legiſlatoris, & rationem ab eodem cōſideratam ſubuertemus, ſi filium emancipatum collatione vrgebimus, & ei, qui in familia morientis fuit, hanc neceſſitatem remittamus.

Tertio confirmat, quæ dicta ſunt, *l. fin. inf. de ſent. & interlocut. om. iud.* determinationē vnius verbi æqualē eſſe oportere. Quo pertinet etiam traditio *l. iam tamen, 4. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit.* quod ſane non cōtinget, ſi ex varia interpretatione vni gratificemur, & alterum oneremus.

Quarto cōmendat hanc ſententiam *l. ſi donatione, 13. reſpon.2.* quam dum Interpretes noſtri de peculio accipiūt, manifeſtam vim verbis ipſius legis inferunt.

Quinto, ꝙ abſurdum videatur, ſi quis donationē ſimplicē retinere poſſit, cū tamen dotem & donationem propter nuptias conferre debeat *l. vt liberis, 18. h. tit.*

Sexto, quod donatio cauſſa mortis etiam hoc ius agnoſcat, *l. filium quem habentem, ſupr. famil. erciſc. l. etiam, §. ſi debita, verſ. ſed & mortis, ff. de bonis libert. Bartol. l. in quartam, circa fin. ff. ad legem Falcid. Iaſon hic num.9. ſub fin.*

Septimo, ꝙ hoc inſinuet dictio, *omnino, d. §.6. Nouell. de trient. & ſemiſ.* Huius autem adiectionem, vt ait Cynus *hic n.10.* id præſtare, ne dum ea, quæ propria, verum etiā impropria ſignificatione vocabuli cōprehendi poſſunt, deſignata videantur, *l. Iuliano, 68. l. heres meus, 100. §.1 ff. de legat.3. item l.1. 2. reſp. ff. de auro & argent. legat.* & quod, quoties præcedat enumeratio ſpecierū, & genus ſubiicitur, id ad omne extendatur, *l. ſed et ſi quis, §. quæſitum, ff. ſi quis caut. iud. ſiſt. cauſ. fact. l. ſi quis ſeruum, §. inquit, ff. ad leg. Aquil. l. ſtipulationes, 53. ff. de verb. oblig.*

Octauo, quod cum etiam illa, quæ ratione ſpei infallibilis poſt mortē patris filius acquirere poſſit, in collationem veniant, *l.1. §. ſi emancipato, ff. de collat.* cōſequens quoq; eſſe, vt idem in hac donatione, quæ ex morte vires capiat, *l. donationes, ſupr. de donat. int. virum & vxor.* procedat.

Nonum argumentū eſt, cui auctore Cyno *n.14.* non facile reſponderi poſſit, ꝙ cum natus poſt mortem eius, de cuius ſucceſſione agitur, conferat ea, quæ poſt mortem parentis quæſiuit, *l. cum emancipati, ff. de coll. bon.* æquum quoque eſſe, vt filius, qui in poteſtate morientis fuerit, talem collationem non recuſet.

Diſſentiunt autem & filio, † qui in ſacris 8
paternis perſeuerauerit, hoc oneris iniungendum non eſſe pronuntiant glo. *in hoc noſtro §. in diction. datorum. Cynus n.17. Odofred. n.2. Bart. n.1. Bald. n.2. Caſt. n.2. Salyc. n.1. Ful. n. 4. Alex. n.6. & 7. Lud. Rom. n.6. Franc. Aret n.2. Alberic. n.1. Phil. Corn. n.6. Iaſ. n.10.* vbi hanc opinionē verā & cōmunem teſtatur, idemq; fatetur Phil. Dec. *nu.6.* quamuis ipſe in contrarium argumētetur, Io. Sichard. *n.5. & ſeq.* idem etiam defendit Hier. Cagnol. *in l. ſi emancipati, 197. h. t.* Weſenb. *in ſuis parat. de collat. n.2.* Ferd. Vaſq *de ſuc. reſ. §.19.* Vital. *in tractat. de coll. q.1.* And. Fach. *lib.5. illu. quæſt. c.80.*

Argumenta † quibus hæc opinio defendi 9
poſſe videatur, ex ſequentib. cauſſis & legib. depromi poſſunt. Primo, ꝙ hæc authentica verbis generalib. concepta quidē ſit, ſed habeat dictionē relatiuā, *alio modo datorum,* cuius natura illa eſt, vt præcedentē qualitatem repetat, *l. ſi fugitiui, ſupr. de ſeruis fugit. l. fin. §. cui dulcia, ff. de vino, trit. & ol. legat. c. ſedes Apoſtolica, ext. de reſcript.* Porro, cum cauſſa dotis neceſſitatē aliquā dationis præ ſe ferat *l. qui liberos, alias incipit capite decimoquinto, ff. de rit. nupt.* debere nos hęc verba de illis dationib,

Digitized by Google

intelligere debere, quæ eiuſdem naturæ eſſe videatur, vt donatione propter nuptias, &c. *l. vt liberis, 18. hoc tit.*

Secundo, ꝙ leges generales interpretationẽ a præcedentib. legibus accipiant, quæ ſpecialiter loquantur, *l. nõ eſt nouũ, ff. de legib. l. ſi quando, ſup. de inoff. teſta. l. præcipimus, in fin. inf. de appell. l. quidquid aſtringendæ, ff. de verb. obl. Nouel. de adminiſtrant. in ſacris palatiis circa fin.* quod in præſenti cauſſa eo facilius admittendũ eſſe videtur, ꝙ *d. Nouell. 18. §. 6.* aperte cõprehendatur, illam æqualitatẽ Iuſtiniano propoſitam, ſecundũ quod olim diſpoſitum erat. Ex quibus perſpicue eliciatur, Iuſtiniani deliberationem nõ fuiſſe, vt diſtinctionẽ a ſe, & præceſſoribus ſuis introductã ratione eiuſdem æqualitatis conuelleret. Quod & ipſum confirmare videntur vltima eiuſdẽ §. verba, omnibus, quæ prius de collationib. a nobis ſancita ſunt, in ſua virtute manentib.

Tertio huius æqualitatis, quo caſu ſcilicet illa ſeruari deberet, mentionẽ fieri *in l. illud, 20. hoc tit. circ. fin.* non videri autẽ veroſimile, quod quæ ibidem a Iuſtiniano ſtatuta ſunt, de ſimplici donatione conferenda, aut non conferenda, abrogare voluerit, cum ea, quæ notabiliter ſunt conſtituta, niſi ſpecialiter deſignentur, neglecta cenſeantur, *l. item apud Labeonem, 15. §. hoc edictum, ff. de iniuriis.* Si enim Imperator hæc corrigere voluiſſet, diſertis verbis id comprehenſurus videbatur, quod cum non fecerit, antiquum ius intactum reliquiſſe intelligitur, *l. vnic §. vbi autem, verſic. ſed & varietatis, inf. de caduc. toll.*

Quarto, quod cum certi iuris ſit, legata, fideicommiſſa, & alia, quæ teſtamento, vel codicillis relinquũtur, collationis munus nõ ſuſtinere, *l. a patre, 10. l. filiæ, 12. h. t. l. ſi qua, 7. ſupra, famil. erciſ.* & huiuſmodi donationes vim relicti obtineant, quod morte teſtatoris cõfirmentur, *l. donationes, ſupr. de donat. inter virum & vxor.* & hinc etiam Falcidiam patiantur *l. in donationibus, ff. ad legem Falcid.* conſectarium quoque eſſe, vt eodem iure in materia collationis cenſeantur.

Quinto, quod quæſita poſt mortẽ a collatione libera ſint, *l. ea demum, 6. l. ſi donatione, 13. l. nec emancipati, 15. h. t.* Idẽ igitur in huiuſmodi donationibus, quæ demũ poſt mortem parentis vires capiant, probandum eſſe.

Sexto, quod illud videantur euincere *l. quæ pater, item l. Pomponius Philadelphus, ff. famil. erciſcund.* quæ innuunt, tacitam donationem non conferri, multo minus igitur expreſſa conferetur.

Septimo *l. filia, 14. ſupr. famil. erciſc.* vbi res, quæ a patre filiæ nomine comparata eſt, in hanc cauſſam non deducitur.

Octauo fulcire hanc aſſertionem videtur *l. 2. ſup. de inoff. donat.* quę innuit donationem etiam immenſæ liberalitatis in filium collatam, non reuocari, niſi vſque ad quartam aliis debitæ portionis.

Nono arg. *l. donationes, §. pater filiæ,* vbi donatio ex emancipatione poſtea ſecuta confirmatur.

Decimo, quod cum Iuſtiniano propoſitũ fuerit, cauſſam teſtati in eadem conditione ſtatuere, qua collationis ius ab inteſtato fuit, *d. §. 6. Nouell. 18.* abſurdum iudicari debeat, ſi ſtatuamus, eundem, leges differentiam ab inteſtato in donatione ſimplici conſtituentes, *vt d. l. illud, h. t. l. donationes, ſup. de donatio. inter vir. & vxor.* abrogaſſe.

Præterea nonnulla alia argumenta coaceruantur in hanc ipſam ſententiam a Cyno Piſtorienſi, dum elegantem & pompoſam, vt ait Fulgoſ. diſputationem Dyni Mugilani tranſcribit. Ceterum, ꝙ multa ad propoſitũ non faciant, *vt l. 1. §. plane, § ſed an id, §. ſi impuberi, item l. pen. ff. de collat. dot.* potius cõtrariam ſententiam ſtabiliat, vt poſtea proſequemur, illa omittenda eſſe duxi.

In hac opinionum † cõcertatione, a com- 10
muni ſentẽtia diſcedere religio eſt, ſed vt ea certa ratione in tuto collocari poſſit, ſubmo-
uendus eſſe videtur, fortiſſimus † obex, ex *l.* 11
ſi donatione, 13. h. noſt. tit. ex cuius labyrintho dum Interpretes noſtri eluctari conantur, magis ſe irretiunt, vel ea, quæ ab Interprete
aliena ſunt, obmoliri coguntur. † Accurſius 12
d. l. 13. in verb. poſtulas, & Accurſium ſecutus Odofred. *n. 1. & 2.* Cyn. *n. 1.* Bart. *n. 1.* Bald. *in princ. & n. 7.* Salyc. *n. 1.* Alex. *in princ. & nu. 14.* Lud. Roman. *nu. 24.* quamuis is adhuc aliam ſolutionem inſinuet, de qua poſtea. *Aret. nu. 1. Alber. n. 5. Philip. Corn. n. 1. & n. 18. Iaſon. nu. 2.* verba ipſius textus intolerabili ratione violantes, conſtituunt hanc eſſe text. definitionem. Nam ſi is filiæfamilias conſtitutæ tibi a patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas, intelligendam eſſe de conceſſione in peculium facta. Fiduciam ita pronuntiãdi ſumſerunt a collatione legum, quæ ex diametro pugnare videntur, *vt l. filia, 18. ſupr. fam. erciſ. itẽ l. 2. ſupr. de inoff. donat.* arguentes maxime Iaſon, non abſurdũ eſſe, ſi ad vitandũ contrarietatis incõmodum, ad hanc ſubtilem interpretationem, qua con-

traria

Digitized by Google

traria reſponſa concilient, deflectant. Verbum enim *donandi*, etiam aliis in locis, *vt l. quod fructuarius, 49. ff. de acq. rer. dom. l. fin. ff. de pecul. leg. l. item l. cũ pater, 77. §. pater plurib.* hãc ſignificationẽ obtinere, quibus Decius *hic n. 6.* adhuc alios tres textus, quos paulo propius vrgere exiſtimat, adiicit, *vt l. donationes in concubinam, 31. ff. de donat. §. pater, l. ſeruum, §. 1. ff. de acq. rer. dom. l. 1. §. ſi pater, ff. pro donato.* Ceterum hanc interpretationem tanquam
13 lõgius petitã recte meo iudicio refellit † Decius, oſtendens §. *pater pluribus*, item *l. fin. ff. de peculio*, nullã de expreſſa donatione, vt Iaſ. incõſideratius aſſerit mentionẽ facere. Legem autem, *quod fructuarius*, item *l. per ſeruũ, §. 1.* propter ſubiectam materiam, & expreſſam voluntatem donantis, ita neceſſario accipiendam, quamuis & ipſe *§. 1.* eo caſu, quo donatio valere poteſt, illam admittat, & vtrobique nulla peculii mentio fiat. In *l. donationis §. pater, ff. de donat.* duos actus interpoſitos, veræ donationis & peculii, ex patientia conceſſionis, ex quo facto ipſa donatio etiã cõfirmata ſit. Legem *1. §. 1. ff. pro donato*, nullam de peculio mentionẽ facere. Vnde cum idem Decius Interpretes noſtros in lubrico verſari animaduerteret, aliã eruptionis viã ſe inueniſſe deprædicat, quod cum principium eius legis de donatione efficaci loquatur, ſecundum reſponſum etiam accipiendũ eſſe eo caſu, quo ſtatim valeat, id eſt, de donatione ex cauſſa dotis, quæ ob fauorẽ matrimonii ſuſtineri ſolet, *l. Pomponius Philadelphus, ff. famil. erciſc.* quæ cum neceſſario conferatur *l. filia dotem, h. tit.* nihil ſingulare *d. l. ſi donatione*, cõplecti. Sed meo iudicio hæc ſolutio parum conuenienter, & cum intolerabili diuinatione ad legem accommodatur.

Longe aliam itaq; conciliationẽ propoſuit Lud. Roman. Is enim in *d. l. ſi donatione, nu. 3.* eandem legem de mortis cauſſa donatione, exaudiendam tradit. In cuius rei fulcimentum allegat *l. pen. ff. de collat.* quæ meo iudicio de longe alio caſu loquitur, ſcilicet, cum filiofamilias aliquid poſt mortem patris relictum eſt. Id enim ſi antea conſequatur, conferre non cogetur, cum non tam ex donatione, quam ex cauſſa debiti illud poſſidere videatur. And. Fachin. *illuſt. quæſt. p. 2. lib. 5. c. 80.* putat, negationem addendam eſſe, & ita legendum: *Nam ſi is filiafamilias non conſtitutæ tibi a patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.*

14 Vltima ſolutio † eſt Cuiacii *obſeru. 30. lib. 3.* hoc certamen diſtinctione componendum eſſe. Ait enim ſuos ab inteſtato donationem ſimplicem conferre, *d. l. ſi donatione, hoc tit.* legem vero *filia, 18. ſupr. famil. erciſc.* accipiendã eſſe de patre, qui poſt donationem factam teſtamentum cõdiderit, cum & dotem præcipuam hoc caſu retineat, *l. Pomponius Philadelphus, ff. famil. erciſc.*

Et quamuis inter omnes ſolutiones hæc magis probabilis eſſe videatur, tamẽ acquieſcere ex ea cauſſa non ſuſtineo, quod *d. l. filia, 18.* nulla mentio teſtamenti fiat, & res nõ ſit temere in diuinationem committenda. Qua de cauſſa, vt ingenue, quid mei † iudicii 15 ſit, expromam, exiſtimo eo tempore, quo Diocletian. & Maximinianus rerũ potiti ſunt, nondũ receptum fuiſſe, vt ex morte donantis patris huiuſmodi donationes confirmarentur, *d. l. ſi donatione, 13. h. noſtr. tit. 2. reſponſ. item l. 1. §. 1. ff. pro donato, l. 2. §. fin. ff. pro hered.* vbi idem etiam concedit ipſe Cuiac. Etenim dubitari non debet, illas ab initio nullas fuiſſe, quod ſcilicet inter patrem & filium donatio contrahi non poſſit, *l. cum de bonis, 11. l. ſiue emancipatis. 17. infr. de donat. l. donationes, §. pater, ff. de donat. & d. l. 1. §. pater, ff. pro donato. Bart. in l. frater a fratre, n. 57. Iaſ. nu. 44. Cephal. conſ. 494. Menoch. lib. 3. præſum. 29.* Ratio erat, quod, quidquid filii adquirebãt, id ceſſerit eo tempore patri, *d. l. ſiue emancipatis, infr. de donat. l. cum de bonis, eod. tit. §. igitur, Inſt. per quas perſon. nob. acq. l. 1. inf. de bon. mat. l. cum oportet, infr. de bon. quæ liber. l. placet, ff. de acq. vel omit. hered. l. 1. §. 1. ff. ſi quis a parent. manumiſſ. fuer.* Aliæ rationes a nobis relatæ ſunt in explicatione *l. frater a fratre, ſup. de condict. indeb.*

An aũt res hoc † modo donata peculio 16 adſcribenda ſit, nõ immerito dubitari poſſet? Et gloſſ. quidẽ & alii Doctor. quos ſupra cõmemoraui, putant: ſed iiſdẽ aſſentiri non poſſum. Primo, ꝙ idoneã legis auctoritatem non proferant. Secundo, ꝙ pater id, quod facere poterat, ſcilicet peculium cõſtituere noluerit, quod vero nõ poterat, voluerit, *l. genero, ſup. de iur. dot. l. multũ, ſupr. ſi quis alter. vel ſibi ſub alt. nom.* Tertio, ꝙ alia natura ſit peculii, quæ poſt mortẽ patris ad priſtinã cauſſam redire ſolet, *l. certũ, ſup. fam. erciſc.* nõ idẽ ſemper in hac donatione probatũ eſt. Etenim ſi quis poſtea emancipatus eſſet, & pater contrariam voluntatem non declaraſſet, donatio † hoc modo perficeretur, *l. ſi de emancipatis, inf. de donat. l. donationes, §. pater, ff. de donat.* 17 Pari ratione, ſi de voluntate patris, ꝙ filium,

aut filiam, quæ data, aut deſtinata ſunt, præcipua habere voluerit, cõiecturæ appareant, veluti, ſi quædam eius nomine cõparauerit, & illa etiam tradiderit, *vt l. filiæ, 18. ſupr. famil. erciſ. vt intelligit Bart. ibid. in prin. Fulg. in prin. poſt Iac. de Aren. & Ricch. de Malumb. Caſt. in pr. & n. 1. argu. l. 1. de caſtrenſ. pecul. lib. 12. item l. 1. ſi quis alteri, vel ſibi, item l. fin. ff. de pecul. legat. l. ſi filii, infr. de donat. inter vir. & vxor.* quam ſententiam cõmunem eſſe tradit Alex. *in l. ſi donatione, inf. h. t.* ſiue deſtinauerit ſolũ, & quaſi vltimum iudicium in illam cõtulerit, ſecundum interpretationem gloſſæ *in d. l. filiæ, in verb. res cõparauit*, quod & ipſum probat ibid. Salyc. *n. 1. Bald. n. 1.* item Alex. *d. l. ſi donatione, n. 15.* vbi adhuc illam conditionem requirit, vt etiam potuerit locum habere familiæ erciſcundæ iudicium. Nam tunc Iudex aditus obſequetur volũtati parentis, *arg. l. quotiens, l. ſi cogitatione, l. filium, l. fin. ff. fam. erciſc.* A qua ſententia nõ videtur abhorrere Cuiac. dum *lib. 13. obſer. 33. l. 2. C. de inoff. donat.* quæ & ipſa
18 admodum obſtare videtur, † dum illam legem talẽ interpretationẽ ex Talelæo (quem Græcorum doctiſſimum fuiſſe deprædicat)
19 oſtendit, quamuis noſtri † Interpretes, *vt gl. ibi. in verb. in poteſtate.* Bar. *n. 1.* Cyn. *n. 1.* Fulg. *n. 1.* Caſt. & aliud propterea accidere conſtituãt, ꝙ morte teſtatoris, huiuſmodi donatio vires accepiſſet, quæ expoſitio mihi recipienda nõ videtur, ꝙ repugnẽt rationes ſupra a nobis allegatæ. Vnde etiã Ant. Faber † *con-*
20 *iectur. lib. 3. c. 17.* eam exaudiendam putat de vniuerſi patrimonii donatione, quæ ſupremi iudicii ordinatio videatur, *arg l. ſi filia, 20. §. ſi pater, ff. fam. erciſc.* tunc enim officio arbitri familiæ erciſcundæ congruere, ita adiudicationes facere, & bona inter fratres ex aſſe ſcriptos diuidere, vt a teſtatoris voluntate, quam minimũ fieri poteſt, recedat, *l. filii, 16. ſup. famil. erciſc.* Quæ explicatio a Cuiacii interpretatione non lõgo interuallo diſtat, & parum etiam conuenientior videtur. Exiſti-
21 marem tamen, † vt in re obſcura, & admodum impedita, etiã alias ſolutiones admitti poſſe, quamuis in aliquã diuinationem incidere videantur. Accipiendam eandem legem eſſe de donatione, quæ teſtamento ſit cõfirmata; quod innuere videtur *l. precibus*, quæ proxime ſequitur, dum ait, *reſcripta anteriora de illis loqui, qui teſtamento facto immenſis donationibus patrimonium ſuum exinaniſſent.* Obſtat tamen, quod eadem lege, anteriores ſanctiones ad eos etiam referantur, qui ab inteſtato deceſſerint. Sed reſponderi poſſet, illud intelligendum eſſe de donationibus validis in filios emancipatos vel extraneos collatis. Confirmat hanc conciliationem *l. pen. ff. de concil. dot.* vbi fratres res filiæ donatas poſt mortem patris vindicãtes, exceptione doli repelluntur, quod pater teſtamento ſuo donationem confirmaſſet. Subueniri denique huic difficultati alia ratione poſſet, ſi ſtatueremus, eandem legem ad eũ caſum pertinere, quo quis abſtineret hereditate, & retinere donationem vellet, *iuxta l. pen. famil. erciſc. l. filiam, h. t.* Si alii fratres familiæ erciſcundæ iudicio inter ſe agerent, & hæc bona tanquam quæ e patrimonio paterno non receſſiſſent, ad diuiſionem vocare vellent. Tunc enim pro debita portione, & in eadem lege expreſſa audiendi viderentur.

Reſtat & alius ſcrupulus † ex ſentẽtiis Pau- 22
li *lib. 5. tit. de donat. 11.* vbi hæc verba ad propoſitum pertinentia occurrunt: *Pater ſi filiofamilias aliquid donauerit, & in ea volũtate perſeuerans deceſſerit, morte patris donatio conualeſcit.* Ingenue fatemur, nos non habere, quo recta via crucẽ fixam reuellamus, niſi mortis caſum cũ adminiculis ſupra a nobis propoſitis coniungamus: Vel dici poterit, quod perſuaſiſſimum mihi habeo, Alaricum, qui hæc pronuntiata ex ſententiis Pauli excerpſit, ad ius nouum reſpexiſſe, vt in Pandectis noſtris Tribonianũ ſæpe feciſſe animaduertimus. Credendum enim nõ eſt, eundem Paulum pugnantia ſcripſiſſe, *vt l. 1. §. ſi pater, ff. pro donato, l. 2. §. final. ff. pro herede.* Quidquid ſit, hæc reſponſa, quæ Iulii Pauli nomine ex Alarico circumferuntur, tanti facere non poſſumus, vt incorrupta iuriſprudentiæ monumenta.

Diſceptatio itaq; noſtra † eo redit, vt legẽ, 23
ſi donatione, 13. h. noſt. t. proprie intelligendã eſſe: nunc tamen correctam eſſe ponamus, quod Iuſtinian. per legẽ ſuam *donationes, 25. ſup. de donat. inter vir. & vx.* tales donationes ſilentio donatoris (modo intra quantitatem legitimã cõſiſtant, aut ſi amplioris ſint quantitatis, actis inſinuatæ ſint) & morte ipſius ſubſecuta, cõfirmari diſpoſuerit, motus fortaſſe exemplo eorum, qui, vt antea intellectũ eſt, huius iuris duritiem mitigare conati ſunt, item, quod id ipſum in donationib. inter virum & vxorem iam antea admiſſum eſſet, *l. cum hic ſtatus, ff. de donat. inter virum & vxor.* Porro, cum animaduerteret ex hac iuris diſpoſitione, quod ſui dotem quidem conferrent, *l. vt liberis*, non alia, quæ vim

relicti habere videretur, *l. a patre, 10. l. filiæ, 12.* aliquid iniquitatis emergere, noua cõſtitutione promulgata, etiam haſce donationes eo caſu conferendas ſtatuit, quo aliqua inæqualitas offenderet, aut parẽs tempore donationis huiuſmodi legem ſuæ indulgentiæ impoſuiſſet, *l. illud h. noſt. t.* Conſequens igitur eſt, vt ceſſante inæqualitate, quam etiam conſideraſſe eundem Imperatorem in ſua nouiſſima conſtitutione videmus, *vt ſupra oſtendimus*, ceſſet quoque collatio.

Quibus ita diſpoſitis operæ pretium eſſe puto, vt ſingulis argumentis, quæ pro cõtraria parte allegaui, ſigillatim reſpondeatur: quamuis ex his quæ commemorata ſunt, ſatis labefactata videantur.

Fundamẽtum itaq; primo loco iactum, ex ea obſeruatione infirmabitur, quæ primo, ſecundo & vltimo argumento, contrariæ ſententiæ, propoſita fuit.

Quæ ſecundo de æqualitate adferuntur, & ratione legis, colorem quidem negotio illinere videntur, ſed tamen ſi conferantur cum deciſione, *l. illud. h. eod. tit.* quã æqualitatem l. ſpectarit, non idem impetrabunt.

Tertium argum. pertinet ad interpretationem, *l. vt liberis*, an illa nimirum per hanc nouam conſtitutionem ſublata ſit, vbi eandem quęſtionẽ exſequemur.

Scrupulum quarto loco motum nos plane ſuperius ſuſtuliſſe confidimus.

24 Quod a quinta incurſione periculi eſſe poteſt, diſcutiemus ſi meminerimus, † dotis dationem non meram liberalitatem continere, ſed patri ex officio incumbere, *l. qui liberos 19. alias incipit c. 15. ff. de ritu nupt.*

Quod ſexto, de donatione cauſſa mortis
25 aſſeritur, ad declarationẽ † *l. illud h. noſtr. tit.* referri debet. Quamuis enim ibidem generalis regula ducatur, ab eis, quæ ſummoueãt inofficioſi querelã, ad ipſam collationem, tñ eadem interpretationem accipit a legib. quæ legata & fideicommiſſa, & id genus alia in collationem non venire ſignificant, *vt l. a patre, cum ſimilib. h. noſt. t.* Vnde Bart. non ſtatuit, hanc donationem in collationẽ venire, ſed in quartam imputari.

Quod ſeptimo ex Cyno adfertur de dictione, *omnino*, facile refelli poterit, ſi ipſum contextũ 18. *Nouell.* §. *illud*, intueamur. Non n. dicit ea, quæ in dotem aut alio modo data ſunt, omnino conferenda eſſe, ſed ex eo, ꝙ quis tẽpore teſtamenti condendi præ mortis anguſtiis, aut alia ex cauſſa non potuerit fortaſſe, quæ facta eſſent memoria complecti, omnino eſſe collationem, ſiue teſtatus, ſiue inteſtatus quis moriatur, vt † æqualitas 26
ſecundum quod olim diſpoſitum erat, ſeruetur. De qua æqualitate loquatur inſinuat *l. illud, h. t. circa fi.* Et plane ex hac ipſa diſpoſitione euincitur, quod cum cauſſam teſtati & inteſtati exæquare voluerit, Iuſtinianum nihil noui in donatione ſimplici, vtroq; caſu inducere voluiſſe.

Octaua difficultas ſubmouebitur, ſi rationem *l. fideicommiſſarii, 11 §. ſi filio, ff. de legat. tertio.* deinde quæ ſcribũtur a Paulo *ſententiarum lib. 4. tit. 1.* §. *filio*, & ibidem notantur a Cuiacio, ſpectemus.

Nodum Gordium quem in *l. cum emancipati*, conſiſtere idem Cynus arbitratur facile retexemus, ſi meminerimus, nihil noui in ipſius perſona conſtitui, cum ea, quæ a patre conferenda erant, & eidẽ relicta, nepos in eius locum ſuccedens conferre cogatur. Nec † mouet, quod hæc poſt mortẽ patris 27
eidem quæſita videantur, q̃ regulariter cõferri non ſolent, *l. ea demum, 4. & l. nec emancipati, 15. h noſt. tit.* quia propter ius reprę̃ſentationis hoc caſu aliud admittendum eſt, cum non poſſit eſſe melioris conditionis, quam auctor ipſius, *l. nemo ff. de reg. iur.*

Supereſt autẽ, vt videamus, an † aliæ do- 28
nationes, quæ ſtatim valere ſolẽt, in ea cauſſa ſint, vt collationem inducant. Etenim Alexan. *hic num. 6. Iaſon numer. 2. Socin. conſ. 91. lib. 1. Rolan. a Vall. conſ. 44. num. 29. lib. 4.* conſtituunt in his caſibus collationi locum eſſe. Contrarium docet Corneus *hic num. 9. Decius infr. in l. illud, num. 6. Cagnol. in l. ſi emancipati, num. 190. Petr. Surd conſ. 143. numer. 54.* quos refert & ſequitur Andr. Fachin. *libr. 5. cap. 81. part. 2. ſuarum quæſtionum illuſtrium.*

Pro cuius rei euidentiori † explicatione 29
reuoco in dubium, an donatio librorum, quos pater filio ex cauſſa ſtudii dedit, valeat, deinde, an etiam conferendi ſint? Quod ad primam † quæſtionem attinet Bart *l. 1. §. ne* 30
caſtrenſe. ff. de colla. bon. n. 3. videtur cõſtituere ꝙ talis donatio ſimplici ſtudioſo facta non valeat, idemq; defendit Io. ab Imol. *in l. 1 ff. ſolut. matrim. n. 15. Alex. n. 55. Ripa. n. 140. Rom. n. 88. Bal. in l. filiæ, ff. fam. erciſ. Bar. n. 1. Caſt. n. 2. Ang. n. 2. Salyc. n. 14. Dec. in l. ſi donatione h. t. n. 41. Iaſ. l. filiæ, h. t. nu 3.* Et hanc opinionem Alex. *l. in quartã, n. 21. ff. ad l. Falc.* magis communẽ dicit, accedunt multi alii, quos refert Horat. Luc *de priuileg ſcholar. cap. 22.* quibus adiicio Alberic. in *l. ſi donatione, num. 7. Franciſcum Aret. in l. filiæ licet, hoc titul. circa fin.*

Digitized by Google

Philip. Corn. num. 44. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. reſol. lib. 2. §. 19. num. 30. Schneid. Inſtit. de act. §. quadam actiones, num. 50.

31 Diſſentiunt autem & hãc † donationem ab initio valere contendunt Bald. in l. 1. ff. ſo. matrim. num. 23. Cuman. nu... Ang. num. 11. Iaſon num. 52. Tiraq in tract. de priuil. piæ cauſſæ in præfat. num. 14. Iul. Clar. ſenten. lib. 4. §. donatio, num. 6. Horatius Lucius de priuil. ſchol. cap. 22. vbi in hanc ſententiam refert Rom. Alberic. Florian. Bald. Cæpol. Socin. Curt. Ruinum, & alios Menoch. libr. 3. præſumt. 29. num. 85.

32 Et quamuis hæc quæſtio, ſi † collationis merita intueamur, parum vtilitatis habeat, vt poſtea conſtabit, tamen inueſtigationi huius quæſtionis ſua vtilitas conſtare poterit, ſi meminerimus donatione perfecta non poſſe parentem, quæ a ſe tranſlata ſunt, reuocare, aliud autem obtinere ſi donatio non teneat, l. ſiue emancipatis, infra de donat. præterea filiumfamilias, ſi res aliena donata ſit, priori caſu vſucapere poſſe, vltimo non poſſe, l. 1. §. ſi pater. ff. pro donato. deinde rei vindicationem a filio, ſi donatonem vitioſam eſſe imaginemur, fruſtra inſtitui, l. in rẽ 23. ff. de rei vind.

33 Qui contendunt, donationem † valere, vtuntur argumento, l. Pomponius Philadelphus 35. ff. famil erciſcund. quæ declarat, id in dotis conſtitutione procedere. Poſſe autem a dote ad cauſſam ſtudiorum argumentum ſumi, ſecundum ea, quæ interpretes noſtri tradiderunt, l. 1. ff. ſolut. matrimonio.

Secundo, quod donationes inter virum & vxorem ex cauſſa pietatis admittantur, l. ſi ſponſus, 5. §. proinde, etſi maritus. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Tertio argument. l. quæ pater, 50. ff. famil. erciſcund. vnde edocemur, ea quæ pater filio literarum ſtudiis inuigilanti ſuppeditauit, cenſeri pietatis cauſſa donaſſe, & propterea in collationem non venire.

Quarto, quod pater in caſtrenſe peculium filii, res ſuas conuertere poſſit, l. ſi filiusfamilias, ſupr famil. erciſcund. l. ſi militi. ff. de caſt. pecul. l. 1. §. nec caſtrenſe. ff. de dotis collat.

Quinto, quod ea, quæ dignitatis nomine conceſſa ſunt, etiam licitã donationem contineant, l. 1. §. ſed an id ff. de collat.

34 Diuerſæ ſententiæ † auctores innituntur regulæ generali, nullam inter patrem & filium donationem valere, l. 1. § ſi pater. ff. pro donato, l. cum de bonis, 11. l. ſiue emancipatis, infra de donat. cum ſimil. & ab hac definitione non inueniri hunc caſum exceptum.

Secundo, ꝙ id demonſtret, l. quæ pater, 50. famil. erciſ und. quæ pro contraria parte allegata eſt, cum filii emancipati mentionem faciat, & argumentum præbeat, aliud obtinere in filio, qui adhuc in ſacris paternis eſt.

Tertio, quod idipſum innuat, l. filia. 18. ff. famil. erciſcund. quæ ad confirmationem donationis mortem patris & arbitrium iudicis, vt ſupra rem digeſſimus, requirat.

Pro componendo hoc † Doctorum no- 35
ſtrorum certamine, item ad dirimendam ipſam collationis quæſtionem, quæ huic cõiuncta eſt amplectimur traditionem Bartoli, d. l. 1. §. nec caſtrenſe, nu. 11. ff. de collat. quam ſequuntur Doctores noſtri, Angel. l. ſi emancipati hoc tit. num. 5. Corneus hic num. 29. & 40. Allex. ſi donatione, num. 19. Fulg. num. 6. Lud. Rom. num. 28. Caſt. ibid. num. 4. Decius nu. 40. Iaſon l. filiæ licet, num. 7. hoc tit. Salycet. l. filiæ, ſupra famil. erciſcund. nu. 13. Caſtren. ibid. nu. 3. & a qua doctrina nõ videntur eſſe alieni Cynus in authent. ingreſſi, ſupr. de ſacroſanct. eccleſ. num. 10. Alberic d. l. ſi donatione, nu. 7. quam denique probant Vaſq. libr. 2. de ſucceſ. reſol. §. 19 num. 30. Schneid. in §. quædam. Inſt. famil. erciſc. num. 48. nimirum intereſſe, an pater libros filio ſuo donauerit, & illud conſtet, veluti, quod id diſerte cõplexus ſit, vel quod libros filii nomine comparauerit, & ipſi eoſdem tradiderit. Hic enim diſtinguendum eſſe, an filius aduocatus fuerit, vel Doctor. Nam cum huiuſmodi libri Caſtrenſi peculio annumerentur, argum. l. 1. ſecundo reſponſo. C. de caſt. pecul. libr. 12. item, l. caſtrenſe. ff. de caſtrenſ. pecul. conſequens quoque eſſe, vt pater donationem reſcindere nequeat quippe quæ ab initio rata ſit, vt collationi locus non ſit, dicta leg. 1. § nec caſtrenſe, & l ſi. h. noſt tit.

Porro, ſi eo tempore † Doctoris lau- 36
rea inſignitus non fuerit, modo tamen poſtea hũc honorem adipiſcatur, adhuc idem probandum eſſe, cauſſam enim donationis ex poſtfacto confirmari poſſe, argum. l. ſiue emancipatis, infra. de donat. item l. donationes, §. pater. ff. eod. tit. ita Bart. dict. loco Decius in l. ſi donatione, num. 42. Alexand. ibid. num. 20. Caſtrenſ. num. 4. Schneid. dict. §. quædam, num. 57. Iaſon in §. filia licet, num. 3. h. tit. Horatius Lucius de priuileg. ſcholar. capit. 27. verſ. octauo habet locum. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. reſol. §. 19. libr. 2. nu. 34. vbi ex Ripa hanc opinionem communem

Digitized by Google

37 munē profitetur, idem quoq; probat Lud. Rom. *d. l. ſi donatione, n. 31.* vbi † tñ meo iudicio leges a Bartolo allegatas, & quas alii ſecure ſequuntur, nihil ad propoſitum facere oſtendit, ꝙ, quamuis per emancipationem donatio conualeſcat, non tñ inde ſequatur, illam coferendā non eſſe, *l. vt liberis h. noſt. tit.* Is igitur exiſtimat, ex alia ratione Bartoli ſententiam approbandam, quod ſcil. morte parentis confirmetur, *l. donationes ſupr. de donat. inter vir & vxor.* quod ſi verum eſt traditio Bartoli, magnam reſtrictionē propter effectus, de quibus antea mentionem feci, patietur, ꝙ ſcil. reuocare hanc donationem poſſit, niſi quis pro defenſione Bartoli putet euentum eſſe conſiderandum, vt, ſi poſtea Doctoris titulo donetur, reuocatio non teneat: aliud autem probemus, ſi ad hanc dignitatem nō perueniat, *arg. l. ſed etſi quid ſtipuletur, §. interdum, ff. de vſufruct. & quemad.* qua in conſideratione rurſum alia regula obſtat, futuros caſus eoſq; incertos ſpectandos non eſſe. *Inſt. de rer. diuiſ. §. illud quæſitum eſt*, item quod conditionē cuiuſque perſonæ & rei ab initio intueri debeamus, *l. Pōponius, 15 ff. de neg. geſt.* Præterea quod cū finis non habet neceſſariam cōſequentiam, tūc eundem nō intueamur, *l. quod ab initio vitioſum eſt, ff. de reg. iur. §. an ſeruo, Inſtit. de legat.* Qua de cauſſa ego Bartolū eo caſu exaudiendum ſtatuo, in quem verba ipſius concepta ſunt, vt ſcilicet hoc obtineat ab illo tempore quo quis ſtudium compleuerit, quod non videtur obſeruaſſe Ludouicus, ante enim illud tempus libri in caſtrenſi peculio computari non poſſunt. Etenim ſi aliter accipiēdus eſſet, ex cauſſis relatis eius doctrinam, amplecti non poſſem. Vnde etiam conſtituo cau-
38 telam † eiuſdem Bartoli *in l donationis, §. pater, ff. de don. n. 1.* non prodeſſe, quam ibidem ſequuntur Ioh. ab Imol. Paul. Caſtr. & Raphael Cuman quos allegat Alex. *in l. ſi donatione h. noſt. tit. n. 22.* Quod ſi quis velit habere libros ꝓcipuos, is poſſit curare, vt a patre emancipetur. Quāuis enim donatio ex hac cauſſa vires acquirere videatur, nō tñ ſequitur, illam conferendam non eſſe, vt iam dictum eſt, vt etiam obſeruauit Iaſon *in hac noſtra auth. n. 10.* vt mirari nō poſſim, quid cauſſæ ſit, quod idē Iaſon immemor ſuæ animaduerſionis in Bart. & alios, *l. filia licet, n. 3.* eiuſdem erroris ſocietate ſeſe implicet. Nec puto audiendum Decium *hic n. 7.* qui ad ſuſtinendam hanc Bartoli cautelā, ait Bartolum intelligendum eſſe de libris, qui ex ea cauſſa conferri nō ſolent, ꝙ hæc neceſſitas per legem *pater 50. ff. famil. erciſc.* remiſſa videatur. Idem quoq; ſentire videtur Alex. *hic n. 20. & 22.* item Iaſon *n. 10. verſ. tu aduerte, quod recte*, quia cum ipſe Bart. & alii Doctores ſupra a nobis cōmemorati conſtituant, tales donationes propterea in collationem non deduci, quod vim habeant legatorum, nō donationis inter viuos, facile colligimus talē reſponſionem rem omnem in tuto nō collocare. Nam quod ad legem, *quæ pater*, attinet, ad illam poſtea reſpondebimus.

Porro exiſtimarim Bartoli † ſententiam 39 ali a diſtinctione adiuuari poſſe, intereſſe, an filius ante mortē parentis ad Doctoris apicem promoueatur, an minus? vt hic locum habeat obſeruatio ipſius Ludouici, illic vero Bartoli, vt ſcilicet ex eo tēpore, quo quis ad dignitatem emerſerit, libri caſtrenſi peculio ita adſcribantur, vt pater nihil amplius iuris habeat, quod ſcilicet patiendo, vt filius Doctoris inſignibus ornetur, & nō retractando donationem a ſe factam, illā videatur confirmaſſe, *d. l. ſiue emancipatis, & d. l. donationes §. pater*, quod & ipſum verba Bartoli, ſi bene inſpiciantur, ſatis aperte præ ſe ferunt, dum ait, *Siquidē compleuit ſtudium ante patris mortem, & ſic incipit quaſi militare, tunc illi libri efficiuntur tanquam caſtrenſe peculium*, quod eo caſu obtinere non poteſt, quo ſola morte conualeſceret, *l. donationes, ſupra. de donat. inter vir & vxor.* Nam mutandæ liberalitatis, vſque ad mortem, & etiā in ipſo teſtamento arbitrium habebit, *dict. l. ſiue emancipatis, infra. de donat. & argum. l. ſi maritus, infra, de donat. inter vir. & vxor. & l. 18. eod. tit.*

Quib. ad hūc modum excuſſis pergimus ad aliud diſtinctionis ab eodē Bartol. ꝓpoſitę, membrū, ꝙ ſupra certa ratione attigim⁹. Is n. oſtendit, ꝙ ſi pater mortuus fuerit, ante quā filius ſtudii curſum abſoluerit, tunc hāc interpretationē locum † nō habere, vt ſcilicet habeat, quaſi caſtrenſe peculium, & cōſequenter ad collationem vrgeri poſſe. Etenim in Aduocatis & Doctoribus, & illis, qui prędíti ſunt illa dignitate vel officio, quæ deſignantur, *l. fin. ſupr. de inoffic. teſtamen* hoc beneficii delatū eſſe, & quaſi caſtrenſe peculiū haberent, illud † autem in ſcholaribus nō reperiri. Quod & ipſum cōfirmat † Baldus *in l. ſi donatione, infra. hoc tit. nu. 11.* & ibidem Caſt. *num. 4. Fulg. num. 5. Alberic. nu. 7. Roman. nu. 31. Franc. Aret. in l. filia licet, nu. 2. hoc tit. Iaſon ibid. n. 3.* vbi in hanc ſententiam allegat Alex. *conſ. 142. in 2, vol. Caſt. conſ. 182.*

40 41 42

Digitized by Google

*Raphael Cuman.conſ. 40.*idem præterea pronuntiant in hac authẽtica Phil.Corn.*n.44. Sichard num.20.Cynus in authent ingreſſi ſupr. de ſacroſanct.eccleſ.num. 10. Schneid.Inſtit.de action.§.quadam,nu.50. Crauet.conſ. 125.* idem quoque videtur ſentire Vaſq.*in repet. l. omni modo.§.imputari,C.de inoff.teſtam.gloſſ. in l.filiæ,in verb.res comparauit,ſupr.famil.erciſcun. & ibid.aperte Salyc nu.14.& 16. Caſtrenſ.ibid. num.2* Et hanc opinionem communem eſſe fatetur Horat. Lucius *d.priuil. 27.* vbi in hanc ſententiam alios etiam laudat Curtium iuniorem,Anton. de Butrio, And. Sicul.Florian. Papienſ.& nonnullos alios,ipſe tamen contrariam ſententiam defendit. Hanc quoque aſſertionem communem eſſe conſtituit Alexan.*d. conſ.142.libr.2.nu.25.* quamuis *in l ſi donatione.h.tit.num. 20.* vacillare videatur.

Horum ſententia ſequẽtibus argumentis conſtare videtur. Primo, quod ſtudioſi non recẽſeantur in eo numero,qui caſtrenſe peculium habeant,*d.ct. leg.fin ſupra de offi.. teſtamen.*

Secundo,quod abſurdũ iudicetur, ſi eodem iure cenſeantur illi,qui prima fundamenta duntaxat conſtituerunt, & illi, qui iam Magiſtri aut Doctores ſunt,*l.1. C. de excuſ. artific.* Tertio,quod cum hi ſtudioſi nulla ſtipendia aut ſalaria habeãt, quæ illis propoſita ſunt.de quibus *in dict. l.fin.* quod per conſequens fruſtra videatur de eorum peculio quæri. Quarto,quod quemadmodum nemo miles eſſe videatur, aut militaria priuilegia ſibi vindicare poteſt, niſi ex quo tẽpore inter milites relatus eſt,*l.ex eo.ff. de militar. teſtamen.* Eadem ratione ſtudioſi ſibi Doctorum priuilegia vindicare nõ poſſunt, niſi parta Doctoris laurea, in eorum numerum cooptentur.

43 Non deſunt tamen † multi, qui contrariam partem aſſerant,vt Decius *dict. l.ſi donatione hoc tit.num.43.Corneus hic num 9. Cagnol. l.ſi emancipati,hoc tit. num. 190.* Alexan. ibid. a ſe ipſo diſſidens *num.20.* æque inconſtantes Iaſon *in hac authent. num. 10. circa fin. Cynus in l.filiæ licet,hoc tit.num.5.* His accedũt Odofred.*num.3.* vbi tamẽ ſtatuit, illud pendere ex arbitrio patris, vt poſſit donare, vt ſcholaris habeat,vel in peculium caſtrenſe, vel in profectitium,*Port.in §.1.Inſtit.per quas perſon. nob.acq. Horat. Lucius priuileg. ſcholar. 27 verſ.nono amplia.* vbi in hanc ſententiam allegat Petrum Duennam, Cuman. & Baldum,Hartman. Piſtor.*lib.2 q.19.nu.1.* Andreas Fachin. *illuſt. quæſt.part.2.lib.5.cap. 82.* Qua in re tamen notandum eſt, Alexandrum,Iaſon. Decium,Piſtor. Fachin. nihil aperte pronuntiare,de quaſi caſtrenſi peculio, ſed duntaxat affirmare, quod hoc caſu ad collationem vrgeri nequeant, quamuis poſtea non promoueãtur Argumenta quibus color huic aſſertioni aſpergi poſſit,ſunt illa, quæ ſequuntur.

Primo,quod id iuris, ꝙ eſt in actu perfecto, idem quoque eſſe videatur in itinere, quo eodem viam muniamus, *l. abeſſe,§.fin.l. qui mittuntur,ff. ex quib. cauſ. maior. in integr. reſtitut.*

Secundo,quod is, qui velit conſequens, deſiderare quoque intelligatur omne neceſſarium antecedens,*l.illud,77.ff.de acquir. vel omit hered.*

Tertio; quod id, quod circa effectũ probemus in cauſa,quæ illũ producat,reſpuere non debeamus,*l. quo minus.ff.de penu legat. l. nam quod liquida.ff d.tit.*

Quarto adduci poteſt auth. *habita,ſuper ne filius pro patre.* vbi Federicus Imperator,in noua ſua conſtitutione idem iuris videtur impartiri ſcholaribus,quod Doctoribus.

Sed hæc argumenta mihi ſatis longe pe- 44
tita videtur. Et quod ad primum & tertium attinet,illa ex ea cõſideratione refelli poterunt.q. in legibus allegatis eadem initii,quæ
rei abſolutę videatur eſſe ratio, ꝙ † in ſcho- 45
laribus ſi comparẽtur cum Doctoribus, dici non poteſt, cum illis tantum fauoris non debeatur, neque recipiant ſalaria de publico,vt aduocati,& præterea id officii præſtare nequeãt,cuius nomine Aduocati & Doctores commendati, hanc prærogatiuam meruerunt,*l fori & l. aduocati,ſupr. de aduoc. diuerſ.iud.*

Telum ſecundi argumenti non adhæreſcere,inde æſtimare licet,quod in poteſtate
parentis † non ſit peculium caſtrenſe con- 46
ſtituere, vbi conditio rei aut perſonæ non concurrit,*l ſi forte.ff.de caſtrenſ.pecul.* Deinde,quod filius ſtudere poſſit,etiamſi nullum caſtrenſe peculium habeat, aut libros iure dominii non poſſideat.

Noua Friderici conſtitutio munus impoſitum ſuſtinere non poterit, cum non ſit bona illatio. *Imperator, Doctoribus & Studio-*
ſis quædam priuilegia † promiſcue conceſſit. Ergo 47
conditionem eorundẽ exæquauit. Natura enim iuris ſingularis eſt,vt hactenus locũ habeat, & in illis perſonis atque caſibus qui expreſſi ſunt,*l ius ſingulare, & l. quæ vero.ff.de legibus, l.1.ff.*

Digitized by Google

l. 1. ff. de conſtit. princip. l. ſi vero. §. de viro. ff. ſolut. matrimon.

48 Obſeruandum † tamen eſt, quod Bart. & qui illum ſequuntur, quamuis ſtudioſis negent caſtrēſe peculiū, tñ aliud remedii ſuggerere, vt ſcil. ex eo capite, collationem recuſare poſſint, quod parens perſeuerando in eadem voluntate reb humanis exemtus ſit, & ea propter donatio relicti vim obtineat, *l. a patre, & l. filia licet h. t. l. filia, 18. ſupra famil. erciſc.* Sed hanc Bart. conſiderationem oppugnant Alex. Decius, Iaſon, Piſtorius,

49 quod ex † *l. 50. ff. famil. erciſ.* diſcamus, impēſas a patre in filium ſtudiis operam nauantem, factas, ad hanc cauſſam non pertinere. Hanc difficultatem ſenſerunt Alberic. *d. l. ſi donatione, nu. 7. Salyc. in l. filia, ſupr. famil. erciſ. num. 15. item Bald. in hac noſtra authen. num. 35. Corneus in authent. quod locum h. t. num. 8.* Vnde exiſtimant, eandem legem intellgēdam eſſe de ſumtibus, & pecunia, quæ conſumi ſolet, non autem de his rebus, quæ etiam tempore collationis exſtant: illas tñ in ipſa collatione non ad eam quantitatem reuocari, qua antea conſtiterunt, ſed quanti nūc valent, vt filius inferendo earum æſtimationem illos retinere poſſit, *Alexand. in dict. l. ſi donatione num. 24. poſt Bald. & Salyc. in hanc ſententiam laudatos, Lud. Roman. num. 34. ſecutus gloſſam, in l. Nepos Proculo, ff. de verborum ſignificat. Philip. Decius ibid. num. 43.* Vbi tamen hi duo poſtremo admonent, id non eſſe ſpeciale in libris, ſed generaliter procedere in omnibus rebus, quæ conferendæ ſint, *l. 1. §. iubet. ff de collat.*

50 Sed quæſtionis eſt, an idem † etiam probandum ſit in filio emancipato, cum in eius perſona donatio ſtatim conſiſtat, & regula ſit generalis, illum donationem ſimplicem, etiam conferre debere, *l. vt liberis, h. noſt. tit.*

51 qua in re ego ſubſiſto. Et † Raphael quidem Fulgoſ. *in l. ſi donatione. C. de collat. nu. 6.* item Salyc. *in l. filiæ cuius, ſupr. famil. erciſ. numer. 16.* exiſtimant, filium emancipatum collationi obnoxium eſſe. Ceterum † Bart. *in tract.*

52 *de duobus fratribus Alber. in l. ſi donatione, n. 7. h. t. Alex. ibid. nu. 20. Decius n. 43. Iaſon in l. filia licet, h. t. nu. 3. Bald. in l. filiæ cuius, ſupr. famil. erciſcun. nu. 11. Corneus hīc n. 42. Iac. Menoch. lib. 3. præſumt. 30. num. 1. Alciat. regul. præſumt 1. cap. 7. nu. 1. Horat. Lucius de priuileg. ſcholar. c. 29.* conſtituunt filiam emancipatam, ad collationem compelli non poſſe. Sed cum in eius perſona nō habeat locum ratio, quam ſupra conſiderauimus, in filio qui in ſacris permanſerat coguntur neceſſario † confugere ad definitionem legis, *qua pater, 50. ff. famil. erciſc.* quam tamen ſupra oſtendi ad cauſſam librorum, & ea quæ ſupereſſent, nō pertinere. Poſſet tamen pro tollenda hac difficultate, non incomode dici, quod cum ſtudiorum cauſſa ſit † fauorabilis, vt ex eadem lege apparet, *item authent. habita, ſuper ne filius pro patre,* & parens antequam ab hac luce ſubtraheretur, teſtando hanc ſuam liberalitatem non mutarit, quod poſſit videri etiam ſua morte confirmaſſe, quamuis enim hanc donationē reſcindere non potuerit, tamen legem conferendi dicere potuit, & ita portionem eius minuere, *vt l. 1. & l. filiam, h. t.* Accedit, quod æqualitas legibus noſtris ſemper amica fuerit, *l. illud, infr. h. tit.* Vnde interpretes noſtri thema a nobis propoſitum prouehendo, illud etiam procedere ſtatuunt, quamuis lege municipali cautum ſit, vt liberi omnes æqualiter ſuccederent, *Alciat. d. præſumt. 7. nu. 2. Iacob. Menochius d. lib. 3. præſumt. 30. Horatius Lucius. dict. priuil. 27. verſ. quinto amplia,* cum etiam lex æqualitatem in liberis deſideret, & tamen *l. vt liberis, h. t.* hoc genus retentionis non improbet. 53 54

Porro ſi cui hæc traditio nonnulla in parte periculoſa videatur, & cautelam aliquam deſideret, qua filius poſt donationem a patre factam plane ſecurus eſſe poſſit, illam videntur ſuggerere Alberic. *in l. ſi donatione, hoc tit. num. 7. Iaſon. in l. filia licet, hoc eod. tit. num. 4. Iacobus Menochius ibid. in addit, Gerard. ſingular. 54. Vaſq. de ſucceſ. reſol. libr. 2. §. 19. num. 33. Horat. Lucius. d. priuileg. 27. verſ. decimo amplia. Bertrand conſ 201.* vt † ſcilicet 55
curet ſibi conferri primam tonſuram: Hoc enim modo conſequetur, vt tanquam clericus caſtrenſe peculium habere poſſit, *l. lege Leonina, l. ſacroſancta, auth. presbyteros, ſupr. de cler. Did. Couar. cap. quia nos, c. 9. num. 1 poſt Innocent. Hoſtienſ. Cardinal. Anton. Imol. Anchoran. Abbat. & Barbat.* & nominatim hoc probat in clericis primæ tonſuræ, *ibid. nu. 3. Dec. in c. in præſentia, de probat. num. 64. Cepol. cantel. 113.*

Hactenus occupati fuimus in dilatando principali pronunciato, conſequens eſſe videtur, vt nonnullas declarationes ſubiiciamus. Exquirendū † n. initio eſt, an conſtet 56
de voluntate patris donare volentis, ſiue ex verbis expreſſis, ſiue coniecturis iuri noſtro cognitis, de quib. luculēter tractat Menoch. *lib. 3. præſum. 30. n. 39. & tot. c.* Nā ſi pater libros

Digitized by Google

iam antea a ſe poſſeſſas ſimpliciter filio tradidiſſet, hoc caſu nulla præſumetur eſſe donatio, *argum. l. cum de indebito. ff. de probat. l. l. cum pater, 77. §. pater pluribus. ff. de legat. 2. item, l. vlt. ff. de pecul. legat. l. ſi filia, §. ſi pater. ff. famil. erciſc. Bart. in l. ſi donatione, num. 4. h. tit. Alexan. num. 15. Decius nu. 38. Cephal. conſil. 494, num. 25. lib. 4. Corneus in hac noſt. authent. num. 36 Schneid. Inſti. de action. §. quædam, nu. 51. Bald. in l. exſecutorem, nu. 32. C. de exſecut. rei iud. Horat. Lucius priuil. 26. in prin.* hoc tamen *Alexan. d. l. ſi donatione, num. 22. poſt Oldrad. Bald & Salyc. item Corneus hic num. 45.* declarant locum non habere, ſi impenſa circa libros facta eſſet modica, inſpecta quantitate patrimonii, & numero librorum, *argum. l. virum, 7 ff. de don. inter v r. & vxor.* Qua in re notandum eſt Menochium, *lib 3 præſum. 30. num. 16. & 26.* differentiam facere inter traditionem librorum, & aliarum rerum, vt hic diſtinctio relata obtineat, illic vero donatio propter fauorem ſtudiorum intelligatur.

Porro, ſi pater libros filii nomine comparauerit, & eoſdem non tradiderit, hoc caſu patrem non cenſeri donaſſe, & propterea collationi locum eſſe, tradit Bart *in d. l. nec caſtrenſe, nu. 2 & 3. arg. l. 2. ſupr. ſi quis alter. vel ſib. item l. ſi fil. ſupr. de don. inter vir. & vxor l. fin. ff. de pecul. leg. l. res ex mandato, ff. de acq. rer. dom. l. traditionibus. ſupr. de pact. Bald. hic n. 36. poſt Ricciard. Malumbr. Ang. Dynum, Raph. Cuman. & multos alios*, vbi etiam addit hanc opinionem magis communem eſſe, Iacob. Menoch. *lib. 3. præſumt 30. n. 7.* vbi multos recenſet Horat. Lucius *d. priuil. 27. verſ. primo limita*, vbi etiam alios commemorat. In hac declaratione probo quidem nõ eſſe, donationem verã, quod repugnet definitio donationis de qua *in l. 1. ff. de dona* & quod non ſint verba apta, quæ donationis obligationem, de qua *in l ſi quis argentum. infra. de donat.* contineant, ſed in cauſſa collationis vix puto admittendum, quod ab illis aſſeritur, ſi illa concurrerint, de quibus *in l. filia, 18. ſupra famil erciſc.*

Sunt præterea quædam aliæ cauſſæ, ex quib. hęc doctrina merito declarari debeat, veluti ſi magna inæqualitas inter filios ex hac interpretatione emergeret, vel ſi aliquæ exſtarent coniecturæ, ꝙ pater nollet filium hæc præcipua habere, de quibus eo conſilio loqui ſuperſedemus, quod in ſequenti quæſtione eadem copioſe explicanda ſint.

57 Excipit enim illa iuris † controuerſia, an ea, quæ in filium, dum ſtudiis operam daret, profecta ſunt, hoc onus agnoſcere debeant
Et non debere † concludit Bart. *in l. 1 §. nec* 58
caſtrenſe. n. 8 ff. de collat. vbi tamen nonnihil diſtinguit. Cyn. in l. ſi donatione circa fi. h. t. & ibid. Alex. n. 20. Bart. in l. quæ pater, ff. famil. erciſ. Bald. ibid. in ſumm. Alberic. numer. 1. Angel. l. ſi emancipati, h. t nu. 5. Bald. in l. omni modo. §. impetrari, n. 4. Vaſq. ibid. nu. 214. vbi hanc ſententiam cõmunem eſſe renuntiat, *Bald. hic, num. 35. Corneus auth. quod locum h. t nu. 8 Salyc. l filiæ ſupra famil. erciſ. n. 15. Horat. Lucius de priu l. ſcholar. c. 27. verſ. primo amplia, Alc. in tract. de præſumt. reg. 1. præſumt 7. nu. 1. Crauet. conſ. 125. nu. 4. Iac. Menoch. lib 3. præſumt. 30. n. 16. Hartman. Piſtor. lib. 2. q. 19. in prin. Vitalis in tract. de collat. q. 1. & q. 18. And. Fachin. illuſtr. controuerſ. lib. 5. c. 82 part 2.*

Et quidem argumenta, quibus hæc ſententia fulciri videatur, ſubiicimus. Primo, *l. quæ pater, 50. ff. famil. erciſc.* quæ ita concepta eſt *Quæ pater filio emancipato ſtudiorum cauſſa peregre agenti ſubminiſtrauit, ſi non credendi animo pater miſiſſe fuerit comprobatus, ſed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari, æquitas non patitur.*

Secundo ſuffragatur huic ſentẽtiæ, *l. 1. ff. de collat. §. ſed an id*, vbi id, ꝙ dignitatis nomine a patre datum eſt, vel debetur, filius præcipuum habet propter onera dignitatis.

Tertio cõfert, *l. ſi filia 20. alias incipit, ſi vni, § idem ſcribit. ff. famil. erciſc.* vbi ſtatuitur, filium debere præcipere, ſi in munerib. publicis in quibus pater ei conſentit, reliquatus ſit, quod hoc æs alienum ſit patris, idemque repetitur *in §. Neratius ead. leg.*

Quarto, commendat hanc doctrinam, *l. Lucius Titius §. idem reſpõdit, qui decurionem, ff. ad municip.* ſaltem in ratione ſui.

Quinto arg. *l. 3 §. fin ff. de muner. & honor.* cuius verba etiam ſubiicimus. *Si is, qui duos filios relinquebat, nihil de expediendis muneribus, alterius filii ex cõmuni patrimonio ſupremis ſuis cauit: propriis ſumtibus is, & munera, & honores qui ei iniungerentur, ſuſcipere debet, quamuis pro altero viuus pater eiuſmodi onera expedierit.*

Sexto, quod cũ collatio fiat arbitrio boni viri, is nõ videatur iudicaturus, vt ea, quæ ſine dolo & culpa perierint, vel cõſumta ſint, conferantur, *l. 2 §. de illis, ff. de collat. bon.*

Mouet ex diuerſo p̄ſens † noſtra authentica, & *§ 6 Nouell 18. in verb. alio modo dato ñ.* 59
Sed reſponderi poteſt ex *l. in toto iure, 80. ff. de reg iur.*

Secundo

60 Secundo, † *l. illud. infra h. tit.* vbi aliud in militia ſtatuitur, nempe lucrum, quod quis ex ea ſenſit, conferendum eſſe. Pro tollen-
61 da hac difficultate ſciẽdum eſt, varias † eſſe militias, quædam enim eſt militia armata, *l. miles armatæ militiæ, ff. de re iud.* quædam togata, *l. aduocati, ſupr. de aduocat. diuer. iud.* quædam palatina, *l. 1. & tot. tit. infr. de priuileg. eorum, qui in ſacr. pal. mil. lib. 12.* Porro & militiæ appellantur commoda annonarum, & ſalaria, quæ armatam vel inermem militiam, etiam exercentibus, publice præſtari, quæq; ita in commercio eſſe ſolent, vt emi, vendi, legari, aut alias relinqui potuerint, *l. 102. §. fi. ff. de leg. 3. l. Lucius 22. ff. de legat. l. mortuo, 49. §. primo, ff. de legat. 2. l. fideicommiſſa, 11. §. ſi ſeruo, 16. l. omni modo, 30. §. imputari, ſupr. de inoff. teſtam. & l. pen. eod. tit. l. illud, 27. & l. fin. inf. de pign. l. 18. §. ab heredib. ff. de aliment. legat. l. 3. §. ſi quid minorum, ff. de minoribus in integ. reſtit.* De his igitur Iuſtinianus intelligendus eſt, quod inde apparere poteſt, quòd non definiat omne illud, quod in militiã erogatum ſit, cõferri debere, ſed id demum, quod quis ex militia acquiſita lucratur, quaſi dicere velit, quanti talis militia eo tempore, quo collatio inſtituenda eſt, vẽdi poteſt, quod ſane de ſumtibus circa ſtudia vel alios honores, qui pecunia redimi non ſolẽt, dici non poteſt, cum peſſimi intelligatur eſſe exẽpli, ad huiuſmodi officia per largitiones vel pecunias viam munire, *nouel. 8. vt iudices ſine quoq; ſuffrag. fiant.* Vnde etiã graues pœnæ in illos, qui id facere non erubeſcant, tam in ſecularibus. *l. pen. inf. ad leg. Iul. repet. & l. vnic. de crim. amb.* quã eccleſiaſticis, *l. ſi quẽquam ſup. de epiſc. & cler.* comparatæ ſunt.

Hanc iuris diſceptationem latius proſequitur Bar. *d. l. nec caſtrenſe, l. 1. ff. de collat.* nonnulla etiam commemorat Cuiac. *lib. 3. obſer. 30.* quo lectorem breuitatis cauſſa reiicio.

62 Exiſtit deinde & alia difficultas ex † definitione, *l. quæ pater. 50. ff. famil. erciſ.* in qua dũ noſtri interpretes fundamẽtum principalis pronuntiati cõſtituunt, graue offendiculũ, quod ex eadem lege exſiſtit, quod ſcil. de filio emancipato loquatur, non eo, qui in poteſtate ſit, aut nõ obſeruarunt, aut ſubmouiſſe non videntur. Per argumentũ enim a cõtrario ſenſu, quod fortiſſimum eſſe Papinianus pronuntiat, *l. 1. §. fin. ff. de eo, cui manda. eſt iuriſd.* colligimus, aliud iuris eſſe in eo filio, qui adhuc in familia paterna verſetur; Deinde cum *l. cũ de bonis 11. l. ſiue emancipatis 17. inf. de dona. l. 1. §. ſi pater ff. pro donato, l. donationes, §. pater. ff. de donat.* intelligamus, inter patrem & filium nullam donationẽ contrahi, neq; vlla lex proferatur, qua contrarium hoc caſu ſtatuatur, cauſſa non eſt, quod ab eorũ auctoritate recedamus, *l. illam h. noſt. t. & nouell. 18 de trient. & ſemiſ.* Præterea diuerſa ratio eſt in filio emãcipato, quã ſuo, quę enim emancipato pater ſubminiſtrat, ex quadam liberalitate facere videtur, quę vero filio, qui in poteſtate ſit, ſuppeditantur, neceſſitatem erogationis præſeferũt. *l. vnic. ſup. de rei vxor. act. §. ſileat, l. Macedoniani ſup. ad SC. Macedon. l. item ſi filiusfam. 7. alias incipit ſed Iulian. §. dicitur. ff. eod. ti.* In neceſſitatibus autem nemo liberalis eſſe exiſtimatur, *l. fideicom. 11. §. ſi rẽ ff. de lega. 3.* Nec mutat *l. Pompo. Philadelph. 35. ff. famil. erciſ.* donationẽ in filiafamilias, quæ nomine dotis fiat, ſtatim valere, id enim benigne receptũ eſſe Iuriſconſultus inſinuat. Quæ a iure ſingulari recepta ſunt, non ſunt ad conſequentiã producenda *l. quæ vero. ſup. de legib. l. ſi vero, §. de viro. ff. ſol. mat.* Et quamuis ſtudiorum cauſſa etiã fauorabilis ſit, tamen non videtur vtrobiq; eadẽ ratio verſari, cũ filia per conditionẽ matrimonii, in officio mariti eſſe debeat, *l. ſicut ff. de oper liber.* & contra ipſi marito incumbat, vt vxorẽ ſuã in omnibus iudiciis defendat, *l. maritus, ſupr. de procur. l. 1. §. fin. ff. de iniuriis.* & ex ea cauſſa patria poteſtas multũ infringatur, *l. 1. § fin. ff. de liber. exhib.* quod in filiofamilias dici non poteſt. Quid igitur, dicet aliquis, nũquid filium emancipatũ melioris eſſe conditionis conſtituemus, quã eum qui in poteſtate paterna manet? qui noctes & dies ad obſequia paterna paratus eſſe debet, a quo quęſita pater iure ſuo occupat, *§. igitur, Inſti. p quas perſon. nob. acq.* Etenim hunc ſcrupulum eximemus, ſi meminerimus id vinculũ patriæ poteſtatis inducere, *d. l. ſiue emancipatis.* neq; tamen filii conditionem deteriorem cenſeri. Quæ enim in illũ impẽſa ſunt, quamuis initio iure dominii aſſerere ſibi non potuerit, tamen ex duplici cauſſa iam conſumta non confert. Primo, quod morte parentis cõfirmata donatio ſit, *l. donationes, ſup. de donat. inter vir. & vxor. iuncta lege a patre, h. t. & l. filia 12. h eod. tit.* Deinde, quod ea quæ ſine dolo & culpa eius perierint, etiã in hanc cauſſam non deducantur. *l. 2. §. de illis. ff. de collat.* Plane vt ea, quæ ſupra de libris donatis dicta ſunt, huc pro inſigni parte transferri poſſũt. Quemadmodũ enim pater donationem a ſe factam reuocare poteſt, *l. ſiue emancipatis 17. inf. de donat. l. filia 18. ſup. fam. erciſ.* ita etiã

puto illum ea reuocare poſſe, quæ filio ſtudiorum cauſſa ſuppeditauit, ſi illa adhuc ſalua ſint, tamen ſecundum diſtinctionem quam tradidimus, *l. Macedoniani ſupr. de SC. Macedon.* Vnde etiam infertur, filium familias nõ habere dominum in pecunia, quam pater cauſſa ſtudiorum ad eum trãſmiſit, niſi iam Doctor aut Aduocatus ſit, vel illa officia obtineat, de quib. *l. fi. ſupr. de offi. teſtam.* vt in caſtrenſe peculium conuerſum videatur, *l. 1. §. nec caſtrenſe. ff. de colla.* cui[9] rei locupletiſſmum argumẽtum peti poteſt: quod ſi filiusfamilias viaticum ſuum mutuum dederit, cum ſtudiorũ cauſſa Romæ ageret, non habeat directam certi condictionem, de qua *l. certi condictio, 9. ff. de certi condiction.* ſed vtatur extraordinario iudicio, *l. cum filiusfamilias, 17, ff. de reb. cred. ſi cer. pet.* cuius deciſionis duæ ſunt cauſſæ. Vna quam tradidit gloſ. Bart. & alii Doctores, quod filiusfamilias regulariter ſine auctoritate patris iudicio experiri nequeat, *l. filiusfamilias. 9. ff. de oblig. & act.* niſi ex cauſſa longioris interualli eidem ſubueniatur, *l ſi longius, 18 §. 1, ff. de iudiciis,* alia quam propriam huius definitionis eſſe puto, quod huius pecuniæ dominus non ſit. Hæc mea ſentẽtia eſt, quam in cauſſa librorum donatorum plurimos ſupra probaſſe oſtendi, quorum multi tamen in hoc caſu, vel contrarium ſentiũt, vel obſcure loquuntur. Conſpirant tamen in eo, a neutro hoc
63 caſu collationem faciendam eſſe, quod † & nos concedimus, ſed ex diuerſa cauſſa in filio emancipato propter præſumtionem liberalitatis interpoſitæ, ex fauore ſtudiorum, in filio ſuo, quod morte cõfirmata donatio ſit, & hic fauor etiam concurrat.

64 Proſequendo aũt noſtram † materiã facile intellgimus, illam impenſam, q̃ in filium collocata eſt, vt Doctoris laurea donaretur, reddendam fratrib. non eſſe, *arg. d. l. 1. ff. de collat. §. ſed an id, & d. l. 3. §. fi. ff. de mun. & hon. Salyc. l. omnimodo §. imputari, ſup. de inoff. teſt. Rip. l. in quartã, n. 166. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. reſol. lib. 2. §. 19. n. 37.* vbi hãc ſententiã cõmunem eſſe teſtatur. Præterea infert Bar. *d. §. nec caſtrenſe. n. 9.* & eundem ſecutus Alex. *in addit. Bald in l. omni modo. §. imputari, C. de inoff. teſt. Salyc. ibi. n. 8. Caſtr. n. 3. Bal. in noſtra auth. n. 35.*
65 *Roma. n. 18.* idẽ eſſe probandum in † ſumtib. cauſſa matrimoni factis, idq; *arg. l. 3. §. fi. ff. de muner. & hon.* vbi gloſſa in eandẽ ſentẽtiam inclinare videtur. Sed hęc definitio mihi ex ea ſuſpecta eſt, ꝙ cum ipſa dos & donatio ꝑ nuptias conferendæ ſint, *l. vt liberis, h. eo. tit.* per conſequens ẽt videatur idem dicẽdum eſſe de ſumtib. circa nuptias erogatis, cũ acceſſorium ſequatur naturam ſui principalis. *cap. acceſſorium, de reg. iur. in 6. & ibidem Dyn. Canis. & alii.* Accedit ꝙ *d. § fi. de mun. & honor.* loquatur, quib. ob publicam vtilitatem plus fauoris debeatur, item ꝙ ipſe Bar. *ibi. n. 9.* contrarium ſtatuat in veſtimentis, & aliis ornamentis pretioſis, contendens eadẽ donata ẽt in collationem venire, *arg. l. id veſtimentum. 25. ff. de pecul. & l. mortis ſua, 53. ff. de don. inter vir. & vx. §. fi.* & hæc ſententia tanquam benignior multorũ locorũ conſuetudine quoq; cõfirmata eſt. His ita ſubductis. reliquum eſſe videtur, vt nõnullas declarationes, quibus plenior ſermo, & qui alias ex periculoſa libertate diffluere poſſet, inter proprios fines cohibeatur, ſubiiciamus. Primo eſt, ſi pater donationi † hanc legem dixerit, *l. illud. infr. h. eo. tit. l. ſi quando, §. 1. C. de inoff. teſtam.* Secunda, ſi exſtarẽt † coniecturæ contrariæ voluntatis, veluti ꝙ cum filius bona aduentitia haberet, pater tanquã eius adminiſtrator rationibus filii pecuniæ quãtitatem quæ ſubminiſtrata erat, expenſam tuliſſet, *l. Neſennius 34. ff. de neg. geſt Bart. d. §. nec caſtrenſe, n. 8. Menoc præſum 30. lib. 3. Hart. Piſtor. lib. 2. q. 19 n. 5 Crauet. conſ. 125. Iaſ. in authen. quod locum h. t. n. 3. verſ. ſecundo limita.* Et hæc res dubitationem non habet, ſi vtrumq; cõcurrat. Nam an ſufficiat, quod pater fuerit adminiſtrator bonorum aduentitiorum, quamuis rationes nullas confecerit, cõtrouerſum eſſe puto Et quidem Bar. *d. § nec caſtrenſe, n 8. item Iaſ. Hartm. Piſtor locis ſupr. allegatis,* idem eſſe pronunciant quod in dubio adminiſtratorio nomine expendiſſe videatur, *arg. l. poſt mortem, §. tutor, ff. quand. ex fact. tut. item l. cum poſt, 43. §. 1. ff. de adminiſt. tut. & curat. l. ſi. ff. de petit. hered.* Sed diſſentit Signorol. *conſ. 62. arg. l. quæ pater. ff. famil. erciſc. item l. ſi. ſupr. de dot. promiſſ.* ad quam tamen meo iudicio recte reſpondet Bart. quod illud intelligatur de dote, quam pater ex officio præſtare cogatur, *l. cap. 19. al. us incipit qui liberos, ff. de ritu nupt.* hæ aũt impenſæ illã neceſſitatem officii non obtinent, *& l. quæ pater,* recte in contrariũ allegari põt. Vnde exiſtimarim ex quantitate & qualitate rei ſubminiſtratæ, & aliis circumſtantiis id a iudice conſtituendum eſſe. Quod aũt prior cõditio, ſi pater filium in rationibus ſuis debitorem cõnſtituerit, ſola ſufficiat, crebrius placuiſſe videtur, *vt oſtendit Crauet. conſ. 125. n. 4. & ſeq. Menoch. de præſumt. 30 n. 20.*

Eſt

18 Eſt & alia coniectura † contrariæ voluntatis, ſi magna inæqualitas inter filios ex hac cauſſa emergeret, vt innuit *d. l. illud, circa fin. h. noſt. tit. item l. quæſitum, §. ſed & ipſe Papinianus, ff. de inſtr. & inſtrum. leg. in verb. ceteris patris facultatibus æſtimatis, item l. ſi filia, 43. ff. de leg. 1. 3. in verbis, ex dignitate, ex facultatib. ex numero liberorum, ita Alex. in l. ſi donatione, num. 22. Decius nu. 42. poſt Bald. & Anton. de Butrio, Flortan. in l. quæ pater nu. 6. ff. famil. erciſcun. Horatius Lucius, de priuileg. ſcholar. cap. 27. nu. 10 limita*, vbi plures recenſet, *Crauet. conſ. 175. num. 7. Hartman. Piſtor. libr. 2. q. 19. num. 10.* idemque videtur ſentire Menoch. *d. præſumt 30. num. 12.* Quando autem nimia inæqualitas inter filios eſſe cenſeatur, id arbitrio iudicis committendum eſſe, oſtendit Curtius Iunior, *l. filiæ licet circ. fin. hoc tit. item Horatius Lucius d. priuil. 27. arg. l. 2. §. de illis, ff. de collat.*

Liceret hic plures declarationes complecti, ſed quod alibi commodius id præſtari poſſit, *vt authen. quod locum, h. t.* id facere non ſuſtinuimus, ne etiam hanc authenticam nimis longis commentariis oneraremus.

Lex, Si pater, 2.

Summaria.

1 *Filia quæ dotem promiſſam non recepit, liberatur a collatione, ſi fratribus pro portionibus hereditariis hanc obligationem remiſerit.*

2 *Quotiens res aliqua ipſo actu explicari nequit, ſatis eſt, ſi eo modo, quo poteſt impleatur.*

3 *An ſi quis promiſerit quod fideiuſſorem poſt certum tempus liberare vellet, defungi poſſit offerendo æque idoneum fideiſſorem.*

QVamuis ex definitione *legis 1. ff. de dot. collat.* quæ dotis nomine a parente in filiam profecta ſunt, in medium depromi debeant, tamen ſi pater dotem non numerauerit, ſed dũtaxat † promiſerit, hic filia, quæ vna cum fratrib. ſuis ſuccedit, ex æquis portionibus, ita demum admittetur, ſi fratres pro portionibus hereditariis a neceſſitate pſtandæ dotis liberauerit. Vnde generale axioma elicitur, quod cum res aliqua † ipſo actu explicari nequeat, ſatis ſit, ſi eo modo, quo poteſt impleatur, *vt etiam in l. quidam cum filium, 132. ff. de verborum oblig. item l. mulier, in prin. & §. fin. ff. de condit. inſtit. l. quibus diebus, 44. §. domino ſeruum, ff. de condit. & demonſtrat.* quam doctrinam Bald. *hic nu. 1. & ſeq.* cui aſtipulantur Alex. *num. 2. Philip. Decius num. 2. Lud. Rom. num. 2. & 3. Salyc. nu. 2. Franc. Aret. nu. 1. Iaſon in princ.* transferunt ad quæſtionem de fideiuſſore † euictionis, 3
cui quis promiſiſſet, quod eundem poſt certum tempus liberare a tali obligatione vellet, vtrum ſi is creditori æque idoneum fideiuſſorem offerat, ſatis præſtitiſſe videatur, & arguit ab initio videri *l. qui autem, 14. §. penult. ff de conſt. pecun.* cum quod ei non noceat, & debitori proſit, recuſare nõ debeat, *l. 2. ff. ſolut. matrimon.* & ſufficiat promiſſori id feciſſe, quod potuerit, *l. 1. infr. de inſtit. & ſubſtit. l. Labeo, ff. de contrah. emt*, & quod ſi res ipſa in ſe difficultatem habeat, pœna non committatur, *l. continuus, 137. §. cum quis. ff. de verb. oblig.* tamen concludit, creditorem ad hoc compelli non poſſe, cum non cogatur nouum debitorem ſuſcipere, *l. ſi mandato meo, §. 1. ff. mand.* Addunt tamen, quod ipſi fideiuſſori alium fideiuſſorem conſtituendo, qui ipſum ſecurum reddat, ſatisfeciſſe videatur: *argumen. noſtræ legis, & aliarum, de quibus ſupra mentionem fecimus.* Cum enim facto illud conſequi nequeat, vt fideiuſſorem liberet a conditionali obligatione, poſſe eundem defungi, ſi cautionem præſtet, *arg l. 1. §. iubet, ff. de collatio. item l. obſignatione, infra de ſolut. l. ſi pro tutela, ff. de tutel. l. ſtatu liberum, 9. ff. de ſtatulib. l. heredibus, in fin. ff. ad SC. Trebell.*

De lege tertia, diſſeruimus lege *pactum quod dotali 15. ſupr. de pactis.*

Lex, Filiæ, 4.

Summaria.

1 *Filiam, quæ in poteſtate erat tempore mortis, dotem conferre debere ex conſtitutione diui Pii.*

2 *An aliqua differentia ſit, quo ad cauſſam collationis, vtrũ quis ab inteſtato, an per bonorum ſucceſſionem cõtra tabulas ſuccedat.*

3 *Eſſe differentiam inter dotem aduentitiam & profectitiam, cum vtraque conferatur filiis ſuis, ſola vero profectitia emancipatis.*

4 *Quid appellatione dotis aduentitiæ contineatur.*

5 *Dotem non eſſe conferendam eo caſu, quo pater in diuiſione patrimonii, longe amplius filio quam filiæ reliquiſſet.*

6 *An filia teſtamẽto inſtituta, ex minori parte quam fratres, dotem conferre cogatur.*

7 *Quid obtineat, ſi pater teſtamento filiæ dotem reliquerit, & eandem adhuc ſuperſtes numerauerit.*

A Quibus cunabulis collationis ius profectũ, paulatim augeri cœperit, in præludiis noſtri tituli ordine perſecuti ſumus. Inter alia oſtendimus etiã a filia, quæ in poteſtate erat temporr mortis, ex conſtitutione

Digitized by Google

Diui Pii, *l. 1. ff. de collat. dot.* dotē, quod huius capax eſſe poterat, *l. Pomponius, 35. ff. famil.*
1 *erciſc.* eſſe † conferendam. Ediſſerit autem præſens noſtra lex, quomodo illud intelligendum ſit, nimirum, ſi ab inteſtato, vel expugnato teſtamento per contra tabulas bonorum poſſeſſionem ſuccedūt. Quid enim iuris antea fuerit, ſi pater teſtamētum condidiſſet, expoſui, *l. 1. & in ſeq. auth.*

2 Ex hac noſtra legis definitione Ang. *nu. 1. verſ. ſecundo nota. Bald. in l. ſi emancipati, h. noſt. tit. n. 9.* certam concluſionem eliciunt, quod cum differentia † ſit, vtrū quis ab inteſtato, vel per contra tabulas bonorū poſſeſſionem ſuccedat, hæc conſideratio vtilitatem præbere poſſet, ſi lege municipali filii excluſis filiabus dotatis, ad hereditatē patris ſoli admittantur. Nam ſi teſtamēto a patre inſtituti, adierint hereditatem, poterit filia huiuſmodi teſtamentum per bonorū poſſeſſionem contra tabulas ſubuertere, & hoc modo ſibi cum ceteris locū facere, cum filii inſtituti facti ſint heredes ex teſtamento, & per contra tabulas poſſeſſionem nō poſſint deſinere eſſe heredes, iam ſemel adita hereditate, quod illud in poteſtate prætoris non ſit, §. *quos autē, Inſt. de bon. poſſ.* Sed hanc Angeli cautelam repudiant hoc loco Caſt. *num. 3. Lud. Roman. nu. 1. & in l. vt liberis, nu. 5. Alex. num. 6.* oſtendentes communem ſententiam Angelo repugnare, imo ipſum Baldum & Angelum *in l. 6. §. ſi quis ex his. ff. de inoff. teſtam.* contrarium *nu. 3.* profeſſos eſſe. Idem quoque contra Angelū defendit Philip. Dec. *nu. 4. Fulg. num. 1. Iaſon. nu. 5.* quod is duntaxat poſſeſſionē contra tabulas intentare poſſit, qui ab inteſtato ſuccedere queat *l. 1. §. 1. ff. de bonor. poſſ. contra tabul.* Deinde quod illi de iure prætorio hoc beneficium deferatur, qui ſublato emancipationis obſtaculo, teſtamentum iure ciuili nullum dicere poſſit, *dict. l. 1. §. 1. ff. de bonor. poſſeſſ. cont. tabul.* quod ſane de filia per legem municipalem excluſa dici non poſſit, *ſecundum ea, quæ tradit Bartol. in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de liberis & poſthum. hered. inſtit. & ibi alii Doctores.* maxime Franciſ. Aret. *num. 21.* item Marcus Aquilinus *in verb. quod ſi nepos, num. 141.* vbi diſtinguunt, an filii vel agnati teſtamento inſtituti ſint, an vero extranei, vt hic ceſſet ſtatuti diſpoſitio, illic autē contrarium obtineat.

3 Secundo ex hac noſtra lege † edocemur, eſſe differentiam inter dotem profectitiam & aduentitiā. Vtramq; n. filiis ſuis conferendam eſſe, ſolam vero profectitiā emancipatis, quæ res argumētum præbet, quod quamuis D. Conſtant. prior fuiſſe videatur, qui iuris duritiē, quouis modo quæſita per filios patris pleno dominio addictis, mitigare cœperit in bonis maternis, *l. 1. infr. de bon. mater.* & eius exemplum ſecuti Theodoſ. & Valen. *l. 1. ff. de bon. quæ lib.* quoq; ſtatuerint, vt quidquid vxor marito non emancipato, vel maritus vxori in poteſtate poſitę per dotem vel donationē, vel alio iure contuliſſent, id patri non acquireretur, quod tamen in cauſſa collationis hæc differentia, an dos eſſet profectitia, an vero aduētitia, lōgo interuallo ante Conſtantinum, cum Gordianus imperii habenas obtineret, cognita fuerit.

Controuerſum apud noſtros interpretes eſt, quid pronuntiatione dotis † aduentitiæ 4
contineatur. Si n. hoc de illa dote intelligamus, quæ a matre, auo, vel proauo materno, vel ēt extraneis data fuerit, impingemus in definitionē legis, *vt liberis, h. noſt. t.* quæ decernit illam dotē conferendam eſſe, quam præſtitit is, de cuius ſucceſſione quæratur, deinde obſtabit *l. fi. h. noſt. tit.* quæ oſtendit nulla aduentitia ad hanc cām pertinere. Vnde Alex. *hic n. 3.* videtur legē noſtram accipere de dote, quæ data ſit a matre, auo, vel proauo materno, ſi de eorū ſucceſſione tractetur. Caſtr. aūt *n. 2.* conſtituit hanc legem corrigi per legem, *vt liberis infr. h. t. Iaſon in explicat. huius legis, n. 1. verſ. & ideo intelligo literam,* reprehendens Paul. Caſtrenſ. & Alex. ſe nihil ſubaudientem veram ſolutionē inueniſſe profitetur. Illud enim, quod a patre detur, duplex nomen recipere poſſe contendens, profectitium, & aduentitium, profectitium, *vt l. 5. ff. de iure dot.* aduentitium, ſi dos a patre filiæ numeretur, vt bene meritæ, *ſecundum ea quæ gloſſa & Doctores tradiderunt, in l. ſi donatione, h. noſt. titul.* Vnde præſentem noſtram legem de huiuſmodi dote intelligendam eſſe. Et quamuis hæc Iaſonis explicatio, quam ante illum hic inſinuarat Corneus, *numer. primo*, aliquo modo tolerari poſſet, tamen, quod dubia ſit doctrina gloſſę & noſtrorum interpretum, an donatio remuneratoria ab aliis donationibus ſeparanda ſit, maxime, ſi tempora præſentis legis ſpectare velimus, & deinde etiam in vitium diuinationis hæc eadem expoſitio incidat, cum verbum aduentitiæ dotis, de qua in *leg. profectitia, §. ſed ſi pater, §. ſi quis certam quantitatem, ff. de iure dot. & l. Gaius, 45. ff. ſol. matr.* ad vnum caſum reſtringat, idcirco eādem vocē generaliter intelli-

Digitized by Google

intelligimus, vt non ſolum accipiatur de ea dote, quæ a patre ex cauſſa neceſſaria vel præcedēti obligatione filiæ data eſt, *d. l. profectitia 5. §. ſi quis certam. ff. de iure dot.* ſed etiam, quæ a matre, vel aliis neceſſariis, vel denique extraneis in mulierem nubentē collata eſt: *vt legibus ſupra allegatis, item l. ſed ſi plures, 10. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. §. in arrogato.* Et ſtatuimus vna cum Caſtrenſi *hic nu. 2 item Alex. num. 3.* quæ hic de aduentitiis dicta ſunt, primo determinari per legem, *vt liberis*, quæ declarat hoc locū habere in dote ab illis conſtitutā, quorū aut quarum de ſucceſſione agatur, & deinde generaliter abrogari, *per l. fin. h. eod. tit.* vt fatentur ipſe Iaſon *ibid. n. 1.* Corneus *n. 1.* quorum ſententiam communem renuutiat Purpur. *nu. 11.* quamuis ipſe aliter rem moderetur. Qua de quæſtione, *d. l. ſi.* diſſeremus. Ratio diuerſitatis, & inter emancipatos & ſuos iam ſæpe inculcata eſt, nimirum quod filii ſui ſemper in obſequio eſſe debeant, quæque per eoſdem parta ſunt, patri cedant, *l. cum oportet, infr. de bon. quæ lib.* Vnde etiam maiori fauore digni videntur. Quæ res tamen, ſi aduentitia ſpectemus, ad æqualitatem redacta videtur, *d. l fin. hoc tit.*

5 Porro, quæ hic de dote † profectitia conferenda traduntur, certam declarationem recipiunt ex diſpoſitione, *l. ex parte, 39. §. inteſtato. ff famil. erciſ.* vbi dos eo caſu non confertur, quo pater in diuiſione patrimonii lōge amplius filio, quam filiæ reliquiſſet. Et quamuis authentica ex teſtamento, quam ſupra enarrauimus, ad impediendam collationem videatur requirere, vt pater teſtamento expreſſim declaret, non eſſe collationem faciendam. Et gloſſa *in d. § inteſtato,* ſubaudire videatur, quod pater illic hoc per modum rationis expreſſerit, *arg. l. emtor, §. ſi. ff. de rei vind. item l. qui volebat, ff. de hered. inſtit. l. pen. de collat. dot.* quæ tantum poſſit, quantum diſerta diſpoſitio, tamen Albericus eodem loci, gloſſam reprehendit, quod hoc caſu nulla ibidem dubitatio eſſe poterat, idemq; ſentire videtur Bald. dum commemorat ad impediendam collationem tales coniecturas ſufficere, & aperte Decius *hic num.* 1. & diffuſius, *l. 1. h. t. num. 4 Fulg. l. ſi emancipati n. 9.* Sed maioris controuerſiæ eſt,

6 an † filia teſtamento inſtituta dotem acceptam conferre debeat, ſi ex minori parte inſtituta ſit, quam alii fratres. Negat enim Franciſ. Aret. *d. l. ſi emācipati, n. 3.* & illum ſecutus And Fach. *illuſt. quæſt. lib 5. c. 78. part. 2.* Nam hoc caſu nō videntur omnes illæ coniecturæ intercedere, quæ *d. l. ex parte, §. inteſtato, ff. famil. erciſc.* proponuntur. Nam ibidem pater bona, ita inter filios diſtribuerat, vt nihil indiuiſum relinqueret: in teſtamento heredes portionē ſuam pro indiuiſo habent, *l. Meuius §. 1. ff. de legat. 2.* Hinc Fulgoſ. *d. l. ſi emancipati, n. 9. Lud. Rom. nu. 9. Corneus nu. 74. Cagnol. nu. 200. Alex. num. 12.* hoc caſu locum eſſe collationi cōtendunt, quod fuerit in poteſtate ipſius filiæ abſtinēdo ab ipſa hereditate, dotem retinere, *l. fin. ff. de collat. dot.* deinde quod Nouel. *18. §. illud,* exigatur diſerta parentis voluntas collationē remittentis. Porro iidem concedunt ſufficere, ſi pater per modum rationis expreſſerit, ſe ideo minus relinquere, q. dotem dediſſet, *d. l. emtor. §. ſi. ff. de rei vind.* Ego exiſtimarem; illud iudicis arbitrio relinquendum eſſe, vt ſi animaduerteret nimis magnā inæqualitatem ex tali collatione naſci poſſe, eo caſu filiam audiat, per rationem, *l. illud, § fin. h. t. & d. §. 6. Nouell. 18. item arg. d. § inteſtato, l. ex parte, ff. famil. erciſ.* præterea, *l. quotiens, l. ſi cogitatione, l fin. ſupr. eod. tit.* ex quibus intelligimus patris voluntatem iudici familiæ erciſcundæ ſemper ob oculos verſari debere: Neque exiſtimarim talem voluntatem patris ex teſtamenti verbis, aut ratione duntaxat colligendam, ſed etiam ex aliis eiuſdem ſermonibus, qui ante vel poſt teſtamentum conditum ab eodem habiti eſſent.

Secundam declarationem videtur inſinuare Bald *in l. filia legatorum, infr. de legat.* Quod ſi † pater teſtamento ſuo filiæ dotem adſcripſiſſet, & eandem adhuc ſuperſtes numeraſſet, quod filia ad collationē dotis vrgere non poſſit, quippe quæ videatur eo cōſilio data, vt quod teſtamēto relictum erat, impleretur, *l. Lucius, 22 ff. de leg. 2.* relicta autem in teſtamento non conferri ſæpe diximus. Ceterum hanc Baldi traditionem repudiant, Salyc. *ibid nu. 3. circa fin. Iaſon hic numer. 3.* quod in vita ſoluendo nō tam videatur dediſſe, vt impleret legatum, quā cauſſam legati, item, quod cum hic concurrant duæ cauſſæ, vna dotis, alia legati, quod id, quod dignius ſit, præualere debeat, *argum. l. cum quæritur, de ſtatu homin.* Deinde quod, vt initat idem Iaſon, hic ceſſet cauſſa, quę legata a collatione liberet, quod nimirū poſt mortem, vt relicta locum habeant, dotem autem ita numeratam acquiri in vita patris. Vltimo, quod res legata a viuo teſtatore ſoluta aliam naturā induat, vt ex recepta do- 7

ctrina Bartoli *in l. legatum, ff. de leg. 2.* vt ſcilicet quemadmodum donatio inter viuos nulla ratione reuocari poſſit.

His tamen Salyceti & Iaſonis rationibus nihil prohibentibus, ipſius Baldi ſententiam præferendam puto, quam etiã hoc loci amplectitur Decius *nu. 2.* & in qua tandem acquieſcit Fulgoſ. *d. l. filia nu. 2.* non ſolum, ꝙ ſurrogatum naturã rei, cuius loco ſubſtituitur adſciſcere ſoleat, *l. cũ quis, §. 1. ff. de legat 3. & l. 3. ff. de liber. legat.* quodque ea quæ fauore facta ſunt, in ipſius odium retorqueri non debeant, *l. quod fauore. ſupr. de legibus,* vt argumentatur Decius, ſed quod in collatione animus parentis inſpiciendus ſi, *l. ex parte, 39. ff. famil. erciſc. §. inteſtato,* vt in vniuerſa hereditatis diſtributione, *l. quotiens, l. ſi cogitatione, l. filii, l. filium, l. fin. ſupr. fam. erciſc.* Dubitare autem non cõuenit, eum qui dotis cauſſam in illam conditionem commiſit, vt cõferri non deberet, *arg. l. a patre, l. filia, 12. h. t.* repræſentando pecuniam deteriorem filiæ cauſſam conſtituere non voluiſſe, quæ conſideratio omnia argumenta Salyceti & Iaſonis, ſi illa concedenda eſſent ſubuertit.

Tertiam declarationem videtur inſinuare gloſſ. ex *l. pater filiã. ff. de collat. dot.* de qua quid ſentiamus Dei auxilio, *in l. ſi emancipati h. tit.* exequemur.

Lex, Dotis, 5.

SVMMARIA.

1 *Quamuis filia dotem conferre cogatur, tamen conſtante matrimonio cum marito, ad hoc experiri non poteſt.*

2 *Maritum rei dotalis dominum & poſſeſſorem eſſe.*

3 *Filia in partem delatæ ſucceſſionis dotem imputare cogitur, vt tanto minus referat.*

CVm filia quæ ad ſucceſſionem parentis aſpirat, dotem conferre cogatur, *l. 1. ff. de collat. dot.* dubitari cœpit, quem intellectum hæc res reciperet, an ea conſtante ad-
1 huc matrimonio cũ † marito experiri poſſit, vt dotem repræſentet? Et negat noſtra conſtitutio tam abſurdã interpretationem his verbis ad ſcribendam eſſe, cuius rei ſatis
2 vrgentes rationes ſunt, quod † maritus nedum rei dotalis dominus intelligatur, *l. doce ancillam, C. de rei vind. Inſti. quib. alien. non lic. in prin.* ſed & poſſeſſor *l. Pomponius, 13. §. in dote. ff. de acquir. vel amit. poſſeſſ.* vbi Alexander repudiata opinione gloſſæ, *in leg. 2. § id quoque. ff. ſolut. matrimo.* non penes vxorem, ſed maritum dotis poſſeſſionem eſſe ex cõmuni Doctorum ſententia defendit. Cuius rei argumentum euidens præbere poteſt, *l. dotis, ſupr. ſolut. matrim.* qua cauetur, ꝙ quamuis ſoluto matrimonio dominiũ rerum dotalium reuertatur ad vxorem, *l. in rebus, ſupr. de iure dot.* quod tamen inuitis heredibus ipſius mariti poſſeſſionem apprehendere non poſſit. Quæ iura ipſi marito ex illa cauſſa videntur eſſe delata, vt onera matrimonii tanto melius ſuſtinere poſſet, *l. vnic. de lucrat. deſcript. libr. 10.* Porro † ne ex 3
hac cauſſa aliorum filiorum ius lædatur, oſtendit ipſe Imperator, illam eo minus in partem ſibi delatæ ſucceſſionis paternæ auferre. Ceterum, ſi ſoluto matrimonio dos in manu ipſius filiæ eſſet, eo caſu vere collationi locus foret *l. ſi ſoror, 8. h. t.*

Authent. Quod locum.

SVMMARIA.

1 *Declaratio precedentis legis, vt quantitas dotis de portione filiæ duntaxat deducatur, ſi mariti perſona idonea ſit, vel filia culpam commiſerit in dotẽ non exigenda.*

2 *An filius qui pecuniam ad ſe miſſam, vt libros emeret, diſſipauerit, ad collationem eius quantitatis vrgeri poſſit.*

3 *Auctores & argumenta partis affirmatiuæ.*

4 *Defenſores & fundamenta repugnantis ſententia.*

5 *Diſtinctio auctoris.*

6 *Ceſſante cauſſa ceſſare effectum.*

7 *Donationem piis cauſſis deſtinatam effectum ſuum requirere.*

8 *Voluntati parentis conſentaneum non videri, vt temeritas vnius filii ceteris fraudi ſit.*

9 *In omni adminiſtratione ad minus dolum præſtandum eſſe.*

10 *Filius emancipatus, in quibus caſibus de dolo duntaxat poſt rei interitum teneatur.*

11 *Quæ ad certam cauſſam deſtinata ſunt, ſuum effectum requirunt.*

12 *Donatio ad pios vſus deſtinata, pro cauſſa impulſiua haberi non poteſt.*

13 *Examinata ſententia Bartoli, ſi pater quid ſoluerit pro filio condemnato ex cauſſa delicti, id conferendum non eſſe.*

14 *Contraria ſententia Fabiani & Vaſquii, vna cum quibuſdam argumentis.*

15 *Confirmata ſententia Fabiani.*

16 *Si quis pro filio condemnato fideiuſſerit. & poſtea ſoluerit, etiam ex ſententia Bartoli collationi locus erit.*

17 *Abſurdum eſſe, ſi innoxii fratres alienæ incogitantiæ & temeritatis, fraudati bonis paternis, pœnas luant, & qui peccauit impunitate donetur.*

18 Non

18 *Non debere nos illam coniecturam capere, vt pater filium in delictis fuisse videatur.*

19 *Inter patrem & filium, ſi alter pro altero ſoluerit, naſci obligationem.*

20 *Si illud, quod minus verum videtur, verum eſt, vtique illud, quod magis verum videtur, verum erit.*

21 *Concluſio auctoris in propoſita quæſtione, vt ſpectemus voluntatem parentis, ſi quid hac de re diſerte cauerit, quodſi de expreſſa voluntate non appareat, tunc ſequamur coniecturas hic deſignatas.*

22 *Quamuis patria poteſtas iure ciuili per matrimonium non ſoluatur, tamen filia in cauſſa dotis in certis caſibus experiri poteſt.*

23 *Primus caſus ſecundum noſtros Interpretes eſſe conſtituitur, cum dos eſt aduentitia, idque arg. noſtra authent.*

24 *Animaduerſio auctoris in hanc traditionem, vbi notata negligentia Irnerii.*

25 *Secundus caſus eſt, ſi dos magna ſit, & periculum, ne poſtea illam recuperare poſſit.*

26 *An tertius caſus, cum pater filiæ conſentit, inter exceptiones referri debeat?*

26 *Quartus caſus eſt, ſi pater tali diſcrimine propoſito, longius abſit.*

28 *Quintus caſus eſt, ſi patris perſona vilis ſit & ſuſpecta.*

29 *Diſſidium noſtrorum doctorum, an in ſexto caſu, quando pater non haberet iuſtam cauſſam contradicendi filia dotem petere poſſit, certa diſtinctione compoſitum.*

30 *An in dotis repetitione legitima ætas filiæ requiratur.*

31 *An diſceptatio de dote apud eccleſiaſticum Iudicem, an vero ſecularem moueri debeat?*

CVm reſponſum ſuperioris legis, dotis quantitatē ex portione, quæ filiæ in bonis parētis deberetur, deducendā, durius eſſe videretur, quam vt generaliter obtinere deberet, Iuſtinianus Imperator *Nouell. 97. de æqualitate dotis, §. illud quoque, 6.* duobus caſibus duntaxat illud definiendū exiſtimauit.
1 Primo, † ſi viri ſubſtātia idonea ſit, ita vt mulier ſeruare dotem ſuam poſſit: vel ſi culpam in non exigenda dote, cum maritus ad inopiam vergeret, contraxit. Prius authenticæ membrum difficultatem non habet. Secundum ſuam expoſitionem requirit.

Qua in re obſeruanda eſt notabilis deciſio, ea venire in collationem, quæ culpa alicuius amiſſa ſint, cuius argumento Bart. *hic*
2 *n. 4.* contendit, † filium, qui pecuniam, vt libros emeret, ad ſe miſſam, per cōmeſſationes, aleam, venerem, vel ſimili minus honeſta ratione diſſipauit ad collationē eius quā-
3 titatis vrgendum, † idem ſtatuit Alberic. *n. 3.* Bald. *n. 3.* Fran. Aret: *verſ. & ideo arguit,* Bart. Deci⁹ *n. 8.* Iaſ. *n. 3.* Curt. Iun. *n. 27.* Lud. Rom. *in auth. ex teſtamento, n. 20.* Andr. Fach *part. 2. illuſt. quæſt. lib. 5. c. 82.* Vital. *in tract. de collat. q. 18. n. 25.* Hartman. Piſtor. *lib. 2. quæſt. c. 19. n. 7.* Horat. Lucius *de priuil. ſcholar. c. 27. verſ. octauo limita,* vbi alios plures allegat, Salyc. *in l. filiæ, ſup. fam. erciſ. n. 15. & 16.* dum ſtudii perfectionem requirit. Et hanc opinionem communem eſſe teſtatur Decius *hic nu. 7.* Cum autem hæc Bartoli illatio a nonnullis haud parui nominis Interpretibus impugnetur, non abs re me facturum eſſe exiſtimo, ſi argumenta, quibus hæc ſentētia fulciri poſſit, in medium adduxero.

Primo Bartolus in cauſſam deducit hanc noſtræ authenticæ definitionem, in qua nō ſolum dolo, ſed & culpa damnum contractum præſtari debet.

Secundo, quod, *vt ait Iaſon hic n. 3.* cauſſa, propter quam erat donata pecunia, non eſt ſecuta, & ideo intelligi eam tacite reuocatam, allegat *l. 1. & 2. ff. de his quibus vt indign.* quæ meo iudicio parum ad propoſitum faciunt. Voluit fortaſſe adducere *l. 3. §. fin. ff. de adimend. legat.* Ego autem ſtatuo propius vrgere *l. qui ſub prætextu, ſup. de ſacroſ. eccl. & l. generaliter, ſup. de epiſc. & cleric.* nec non alias leges, & iuris canonici capita, quæ ſupra in explicatione nouæ conſtitutionis Friderici *habita*, dum de ſcholaribus ſtudiis operam nō nauantibus diſſerimus, congeſſi. Quo etiam referri poterit deciſio legis *adigere*, *§. quamuis, ff. de iure patronat.* rationem a lege diſerte, vel tacite conſideratam, verba ipſius reſtringere. Vnde cum lex *qua pater, 15.* collationis neceſſitatē gratia ſtudiorū remittat, conſequens quoque videri, vt ſi in alios vſus pecunia cōuertatur, aliud quoq; probemus.

Tertio traditio noſtrorum doctorum, exiſtimantium, quod ſi filius, in quem multi ſumtus collocati ſunt, indoctus atque incultus ad patrios lares reuerteretur, onus collationis recuſare non poſſit, *Ang. in l. filia licet, h. tit. n. 3. Iaſon n. 3. Alex. in l. ſi donatione, nu. 23. Bald. in l. ſi filiusfamilias, ſup. famil. erciſc. Horat. Lucius d. priuil. 27. verſic. nono limita. Rebuff. in tractat. de priuil. ſcholar. priuil. 50. verſic. primo fallit.*

Quarto, quod, vt intelleximus, *in authentica, ex teſtamento, n. 29.* etiam libri multis caſibus ſint conferendi.

Contrariam ſententiam † tuentur Paul. 4
de Caſtr. *hic n. 3.* Fulgoſ. *nu. 5.* & ante illos Cynus *in l. pactum, h. t. nu. 6.* Alex. *nu. 8.* Corneus *num. 6. & ſeq.* vbi vtuntur tamen certa diſtinctione, de qua poſtea.

Digitized by Google

Etenim Fulgoſ. tali dilemmate hanc aſſertionem tueri conatur, Duorum alterum neceſſe eſt, vt euenerit, vt hãc pecuniam vel donauerit pater, vel in peculium conceſſerit. Priori caſu non eſt locus collationi, quod donatio ſimplex in filium, qui in poteſtate ſit, non conferatur, *l. illud, hoc noſt. tit.* ſecundum ea, quæ tradita ſunt in authentica *ex teſtamento hoc noſt. tit.* idemque in hoc primo membro ſtatuunt Alex. *nu. 8.* Corneus, *nu. 8.* Secundo caſu rurſum non eſſe locum collationi, ſed diuiſioni, *l. certum, ſupr. famil. erciſc.* Illa autem diuidi, quæ ſuperſunt, non quæ conſumta ſint, neque reperiri textum, quo comprehendatur, quod filiusfamilias, qui in poteſtate ſit, damnum eorum, quæ perierint, ſarcire cogatur. In emancipato autem quod omnia iure veteri conferre ſolet, conſtitutum eſſe, vt quæ dolo ipſius, & in fraudem futuræ collationis perdita, vel diſſipata eſſent, refundere cogatur, *l. 1. §. confertur, ff. de collat. l. Fulcinius, §. quod ſi aduerſus, ff. de reb. auctor. iud. poſſid. l. non omne, ff. de ſtatulib.* Vnde ſi lubrico ætatis non dolo conſumſerit, eundem non teneri.

Pro confirmatione huius argumenti adducit Corneus *n. 8. legem, qua pater, 50. ff. fam. erciſ.* ex qua conſtet, ea, quæ illo conſilio tradita ſunt, vt conſumerentur, non venire in collationem.

Præterea in hanc ſententiam expẽdi poteſt *l. Titio centum, in princip. ff. de condit. & demonſtr.* quod licet donatio facta ſit, vt quis fundum compararet, non tamen propterea eam vitiari, quamuis hic effectus ſecutus nõ ſit, quod ſcilicet cauſſa impulſiua *l. 2. §. fin. ff. de donat.* quamuis effectus non reſpondeat, nihil mutet de diſpoſitione, quæ iam perfecta ſit. Vltimo hanc ſententiam confirmare poteſt doctrina Bartoli *in l. Stichus, 16. ff. de pecul. legat. n. 1.* quam ſequitur Bald. *in §. ex teſtamento, hoc noſt. tit. Bald. in auth. contra rogatus, inf. ad SC. Treb. Alex. l. in quartam, ff. ad leg. Falcid. n. 23.* vbi illam communem dicit, q̃ ſi pater ſoluerit pro filio condemnato ex cauſſa delicti, quod videatur pietatis cauſſa id feciſſe, & propterea non ſit locus repetitioni, *arg. l. 1. & l. ſi filius, ſup. de neg. geſt. & l. ſi is qui, ff. eod. tit.* Qua in re negant Alex. Fulg. Decius, textum noſtrum obſtare, quod intelligi debeat de his rebus, quę collationi obnoxiæ erant, *l. 1. ff. de collat. dot. cum infinitis aliis legibus.*

5 In hac opinionum repugnantia † arbitrarer primã ſententiam cum certa diſtinctione amplectendam, vt ſcilicet interſit, an parens de conferendis huiuſmodi ſumtibus aliquid ſtatuerit, ſiue expreſſim, *vt l. illud, in fi. h. noſt. tit. l. ſi quando, §. 1. ſup. de inoff. teſtam. l. ſi non mortis, ff. eod. tit.* ſiue per cõiecturas conuenientes, *argu. l. quotiens, l. filii, l. ſi cogitatione, l. filium, l. fin. ſup. famil. erciſc. l. ex parte, §. 1. ff. eodem tit.* Quod ſi autem illæ non exſtarent, aut ambiguæ eſſent, tũc arbitrarer excutiendum, an omiſſa collatione, magna inæqualitas exoritura videatur, an minus, vt hic collatio ceſſet; illic vero locum habeat, *ſecundũ ea, quæ propoſui in authent. ex teſtamento h. t. argum. §. vtrum, ff. de donat. inter virum & vxor.* Arbitrarer tamen, & primo caſu animaduertendum eſſe, cuius ætatis & vitæ idem filius fuerit. Nam ſi pater illi pecunias dederit, quem ex lubrico ætatis & naturæ, perditurum eſſe pecuniam ſuſpicari poterat, aut debebat, hoc ſuæ incogitantiæ accepto referre debet, quod etiam in filia, cui dos ſoluta eſt, reſponſum animaduertimus, vt ſi immaturæ ætatis & iudicii fuerit, dotis actio peremta non ſit, *l. ſi cum dotem, §. 1. ff. ſol. matr. vbi Bart. in princip. Alex. n. 1. Angel. circa finem, gloſſ. in verb. ſupereſt.* Aliud autem probandũ eſſe exiſtimarem, ſi malitia ætatem ſuppleret, *argum. l. fin. ff. de deſponſ. impub.* & falſa ſpe ſuæ promotionis in literis facta, parentẽ pecuniis emunxiſſet, easque mox dilapidaſſet. Nam ſi hæc res parentem iure ſuo exuat, *l. Imperator, 70. ff. ad Senatuſconſult. Trebellian.* æquum quoque eſſe videtur, vt & filiũ oneret:

Quibus ita conſtitutis, non magni negotii fuerit, Fulgoſii argumenta confutaſſe. Quod enim is contendit, primo ſui dilemmatis membro, hanc pecuniam, ſi donata & conſumta fuerit, non eſſe conferendam per *l. qua pater, 50. ff. famil. erciſcund.* ex ea conſideratione refelli poteſt, † q̃ ceſſante cauſſa ceſſet effectus, *l. in omni, ff. de adop. cap. cum ceſſante, extr. de appellat.* Cum itaque decidendi ratio inde ducta fuerit, quod pietas & fauor ſtudiorum hoc inducerent, non eſt ea capienda interpretatio, quæ conſilium legiſlatoris plane ſubuertat, *l. non dubium, ſupr. de legib.* Cum enim per ſtudia Reipublicæ conſulatur authen. *habita, ne filius pro patre,* & hęc ratio legiſlatori propoſita, eandem moderetur & reſtringat, *d. l. generaliter, ſup. de epiſc. & cleric. item l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patronat.* non debemus eandem definitionem ad fauorem decoctoris contorquere, qui Rempublicam, bonis abutẽdo lædat & perſtringat *l. 2. ff. de his qui ſui vel alien. iur ſunt.* Neque ad rem pertinet, quod hæc donatio 6

morte

morte confirmari ſoleat, *l. donationes, ſupr. de donatio. inter virum & vxor.* quia reſponderi poteſt, hoc non eſſe probandum in ea do-
7 natione, † quæ ad piam cauſſam deſtinata videatur. Illam enim requirere effectũ ſuum *l. fin. infr. de donat. l. ſi ego, ff. de iure dot. Bartol. in l. 2. §. fin. ff. de donat. num. 2.* Præterea certum eſt, ex morte parentis huiuſmodi donationes non ita conualeſcere, vt a collatione immunes ſint, cum magna inæqualitas inde naſci poſſit, vt nos ſupra rem digeſſimus, eaque coniectura tanto iuſtius capienda eſt, quod cum pater etiam liberam adminiſtrationem pecuniæ cõcedendo, nunquam permittere videatur, vt donet, *l. filiusfamilias, 7.* aut alia ratione perdat, multo minus vt delinquendo illud faciat, *l. ſi pater, 11. ff. quæ in fraud. geſt. ſunt*, voluntati ipſius conſentaneũ
8 eſſe videatur: ne hæc filii † noxa atque temeritas ceteris liberis, quibus ex æquo conſulere cenſetur, *§. final. Nouell. de nupt. §. illud, Nouell. 18. de trient. & ſemiſſe*, fraudi ſit: non enim conuenit dubitari, quin in hoc collationis iure voluntas patris ſpectanda ſit, *dict. §. illud, & multis legib. ſupr. a nobis allegatis.*

Hoc fundamento iacto, parum periculi nobis erit a ſecunda dilemmatis parte reformidandum: quamuis enim peculium in collationem non veniat, ſed vt cetera bona cum hereditate paterna commiſceatur, non tamen propterea conſectarium eſt, in hanc diuiſionem non venire, quod patri a filio ex minus conueniente adminiſtratione deberi cœperit, *l. frater a fratre. §. final. ff.*
9 *de condict. indebit.* Vnde cum † in omni adminiſtratione ad minus dolus præſtetur *l. creditor, 60. §. final. ff. mandat.* idem quoque & hic probandum eſſe. Accedit, quod cum filius emancipatus ea, quæ dolo ipſius de bonis propriis perierint, conferre cogatur, multo magis illud probandum ſit in rebus alienis, cum in illis maior cura, quam propriis deſideretur, *l. etiam 18. §. 1. item l. ſi conſtante, §. ſi maritus, ff. ſolut. matrimon.* maxime cum animaduertamus, filiam, quæ in dote domina fuerit, *l. Pomponius Philadelphus 22, ff. famil. erciſcund* etiam ratione culpæ teneri, *vt hac noſtra authentica.* Neque ad rem pertinet, quod dos in legitimam imputari, *l. quoniam Nouella, ſupr de inoff. teſt im.* & onus collationis agnoſcere ſoleat, *l. 1. ff. de coll dot.* quia etiam peculium in legitimam portionẽ cedit, *l. filium quem habentem, ſup. famil. erciſc. Bart. l. in quartam, ff. ad leg. Falcid. Decius hic n. 8.* Præterea id quoq; in quartam deducitur, quod quis hereditati ex adminiſtratione debet, *l. maritus, 59, l. quærebatur, 82. ff. ad leg. Falc.* ſiue ciuilis, ſiue naturalis ſit obligatio, *l. cum quo, 56. §. Scæuola notat, & l. ſi pupillus, 21. ff. eo. t.*

Quod autem idem Fulg. in emancipato † coarguat, illũ ratione doli duntaxat teneri, id & nos admittimus, ſi de his tractetur, 10
quæ viuo teſtatore perierint, *l. 1. §. confertur, ff. de collat.* Nam in his, quæ poſt mortem interciderint, etiam culpam præſtat, *l. 2. §. de illis, ff. eod. tit.* Ratio eſt, quod quiſque ſit arbiter & moderator in re ſua, *l. in re mandata, ſupr. mandat. l. 2. ff. de his, qui ſui vel alien. iuris ſunt, l. ſi conſtante, 24. §. ſi maritus, ff. ſolut. matrimon.* & non facile intelligatur, vtilitatem ſuam negligere. Porro, quod idem admittendum ſit in rebus, quæ ex certa † cauſſa, & 11
ad definitum effectum deſtinata ſunt, ratio non videtur concedere, *l. final. infr. de donat. l. ſi ego, ff. de iure dot.* Deinde, quis negare poteſt, eum qui pecuniã a patre in hoc acceperit, vt libros coemeret, dolo facere, ſi contemto paterno præcepto, eam abliguriat, vel in aleæ luſum committat, aut in ſcorta profundat, cum nuda diſſipatio dolum contineat, *l. Imperator, 50. ff. ad Senatuſconſult. Trebellianum.* Porro, ſi lubrico ætatis lapſus, aut ab aliis circumuentus pecuniam perdat, quid hoc loco probandũ putem, ſupra non diſſimulaui.

His bene ſubductis, corruunt & ſequentia argumenta, cum ad legem, *quæ pater, ff. famil. erciſ.* ſupra reſponderimus, & ratio ſubſequens, quod diſtinguendum ſit, inter cauſſam impulſiuam, & finalem confirmare aſſertionem ad hunc modum debilitatam, nõ poſſit. Negamus enim hãc cauſſam impulſiuam eſſe, quod ſcilicet legiſlator *in d. l. quæ pater*, cõmodum Reipublicæ ſpectarit, idem pater quoque feciſſe iudicandus eſt, cum cauſſam expreſſerit. Porro, † donatio ad pios 12
vſus deſtinata non cenſetur eſſe cauſſa impulſiua, ſed ea, quo tanquam ſcopo conſilia ſua donans terminarit, *l. fin. inf. de donat. & l. ſi ego, ff. de iure dot.* Accedit, quod illa cauſſa talis eſſe ſtatuatur, qua non ſecuta quis aliquid facturus non erat, *d. l 2. § fin. ff. de donat. l. eam quam, infr. de fideicom. l ſi pater, inf. de hered. inſtit.*

Vltimum argumentum poterit † refelli, ſi 13
dicamus, Bartolũ conuenienti legis auctoritate deſtitutũ loqui. Nam quod ad leges, ab eodẽ allegatos, attinet, *vt l. 1. C. de neg. geſt. itẽ l. is qui, 44. ff. de neg. geſt.* cõceptæ ſunt in cauſſam pietatis, quãdo quis neceſſitate ductus,

Digitized by Google

pupillo tutores petat, quod ſane in caſu a nobis propoſito, cum pecunia pro aliquo ſoluitur, dici non poteſt, & coarguit *l. ſi filius, ſup. de neg. geſt.* male a Bartolo in contrariam ſententiam allegata, idemq; colligitur ex *l. heredes, 25. §. ſi filius, ff. famil. erciſcund.* Accedit quod Bald. & Ludo. Roman. quos pro contraria parte Alexander allegat, ſuam ſententiam declarēt *in authent. ex teſtamento* hic *nu. 19.* ille vero *num. 36.*. vt ſcilicet exaudienda ſit de filio, qui præ paupertate hanc ſummam expedire nequeat. Porro Fabianus *in auth. nouiſſima, ſupr. de inoff. teſtam. in 8. quæſt. 9. quæſtionis principal. num. 89.* multis in ſuam ſententiam relatis, Franciſc. Ripa *in l. in quarta, ff. ad legem Falcid. num. 185.* Ferdinand. Vaſq. *in l. omni modo, § imputari, de inoff. teſtam. nu.*
14 *220. item lib. 2. de ſucceſſ. reſol. §. 19. n. 41.* † conſtituunt, contrariam ſententiam, quod ſcilicet pecunia ad hunc modum ſoluta filio in portionem legitimam imputari debeat, eſſe veriorem, & etiam communem, quam ſententiam idem Vaſquius quinq; argumentis fulcire conatur.

Primo, quod cauſſa militiæ datum, hoc munere fungatur *d. l. omni modo, § imputari, l. illud, hoc noſt. tit.*

Secundo, quod cum dos & donatio propter nuptias in ea cauſſa cenſeantur, quod neceſſitatem erogationis præ ſe ferre videantur, *l. quoniam Nouella ſupr. de inoff. teſtam.* item conferendi legem agnoſcant, *l. vt liberis, hoc noſt. t.* quod illud multo magis dicendum eſſe videatur, in pecunia, quæ ratione condemnationis ſoluta ſit.

Tertio, quod ea pecunia, quæ magis vtilitatem filii reſpiciat, a viuo parēte ſoluta, tanto magis ipſi debitam portionem minuat, *arg. l. ſi non mortis, ff. de inoff. teſt.*

Quarto, quod regulare ſit, vt id, quod pro condemnato ſolutum eſt, repeti poſſit, *l. Stichus, ff. de pecul. legat.* filium autem hoc caſu non reperiri exceptum.

Quinto, quod quo magis naturali ratione liberis ſubuenire cogimur, eadem ratione filii, quod acceperint, tanto magis debitæ portioni accepto referre debeant: Nullam autem legem, qua hanc argumentationem fulciat, neque aliam rationem in medium adducit, quam quod idem in dote, & donatione propter nuptias animaduertere liceat. Ego autem exiſtimo, non inconuenienter hoc munus ſuſtinere poſſe legem *iſti, 8. § fin. ff. quod metus cauſſ. factum eſt,* qui demonſtrat parentes pro illa affectione, qua liberos cōplectuntur, in illorum diſcrimine magis affligi, & extimeſcere, quam ſi ipſis periculum intenderetur. Porro, quanto propenſiori animo aliquid præſtitum eſt, tanto magis nobis adlaborandum eſſe, vt cumulate ſatisfaciamus, intelligimus ex *l. ait Prætor, §. interdum, ff. de negot. geſt. item. l. ſi pater, 34. §. 1. ff. de donation.*

Hanc vltimam Fabiani, † Ripæ, & Vaſq. 15
interpretationem, cum iuri, tum æquitati magis conſentaneam eſſe iudico, neque diſtinguendum eſſe, prout faciunt Baldus, & Romanus. Moueor cum rationibus, ſupra a nobis commemoratis, tum etiam quod ipſe Bartolus, & ipſius aſſeclæ fateantur, quod ſi pater præcedente neceſſitate, hanc pecuniam intulerit, eſſe collationi locum. Cuius
rei exemplum † proponunt in eo, qui pro fi- 16
lio condemnato fideiuſſerit, & poſtea ſoluerit, *l. ſi dubitet, 10. §. filiusfamilias, ff. de fideiuſſ.* In neceſſitatibus enim neminem liberalem eſſe, *l. rem legatam, ff. de aliment. legat. l. cum quo, §. fin. ff. ad legem Falcid. l. fideicommiſſa, 11. §. ſi rem, ff. de legat. 3.* Nam expedire Bartolus, aut qui eius partes capeſſunt, debuerat, cur hæc ſolutio maiorem neceſſitatem contineat, quam illa, de qua tractamus, cum initio huius rei fideiubere voluntarium fuerit, neque aliam neceſſitatem ſuſcipiendæ obligationis præ ſe ferat, quam vt filium a periculo grauioris pœnæ, vel carcerum liberet, quem metum apud parentes plurimum poſſe oſtendimus, ex *l. iſti, 8. §. fin. ff. quod metus cauſſ. factum eſt,* cui adiicimus *l. qui in carcere, 22. item l. non eſt veriſimile, §. 1. ff. eodem titul.* ex quibus edocemur, metum carceris, etiam in hac cauſſa eſſe. Nec mutat, quod Bartolus contendat, patrem hæc pietati accepto referre debere, *l. 1. ſupr. de negot. geſtis,* quia ſupra oſtendimus, hanc, & alias leges ab eo allegatas ad propoſitum non facere. Accedit, quod hic non ſit voluntaria pietas, ſed quæ cum neceſſitate maiori coniuncta ſit, quam dotis cōſtitutio. Deinde committendum nobis non eſt, vt, dum pietati ſtudemus, falſa eius imagine occœcati, in ſummā
impietatem incidamus, † dum innoxii fra- 17
tres alienæ incogitantiæ, vel etiam ſceleris, fraudati bonis paternis, pœnas luunt: contra definitionem *l. ſancimus, C. de pœn. item l. paterfamilias, 44. ff. de hered. inſtit. l. ſi quis in ſuo, §. fin. ſupr. de inoff. teſtam. & tot. tit. ne filius pro patre, item toto titul. ne vxor pro marit.* & is qui deliquit, impunitate propoſita, nullam admiſſi pœnam ſuſtineat, cōtra legem *ita vulneratus,*

neratus,51.ff.ad leg.Falcid. quod expediat Rei-
publicæ delicta puniri, *l. bona fides, ff. depoſiti,*
quod magna ratio hoc ſuadeat, *l. locatio, §.*
quod illicite, ff. de publican. quod vigor publicæ
diſciplinæ id expoſcat, *l. operis, C. de pœn.* vt e-
mendatioris vitæ conſilium malo doctus ſu-
ſcipiat, *item l. capitalium, §. final* vt ceteri hoc
modo deterreri poſſint, cum nimia lenitas
peccandi occaſionem ſuppeditet, *cap. eſt in-*
iuſta, 23. q. 4. imo libidinem effrænatæ iuuen-
tutis accendat, *cap. vt clericorum, de vita &*
honeſt. cleric. Obſeruandum proinde eſt, nos
18 non debere † illam coniecturam capere, vt
pater videatur filium in delictis fouiſſe, quod
lex diuina in perſona ipſius Heli, ſupremi
ſacerdotis Iſraelitarum impunitum non fu-
iſſe declarat, quod exemplum nobis pro-
ponitur *in cap. licet Heli, extr. de ſimonia.* Ob-
ſtant etiam expreſſæ leges, quæ inter pa-
19 trem † & filium, ſi alter pro altero quid ſol-
uerit, obligationem naſci declarant, *l. ſi fi-*
lius ſup. de negot. geſt. l. heredes, §. ſi filius ff. fam.
erciſc. Nec mutat, quod vtrobique mentio
fiat de pecunia a filio ſoluta. Nam cum cor-
relatiuorum eadem ratio ſit, eadem quoque
diſpoſitio intelligenda eſt, *l. 1. 2. 3. & 4. ſup. ne*
filius pro patre; & abſurdum iudicari debet, ſi
aliud iuris in cauſſa ciuili, vbi maior pietatis
20 voluntariæ coniectura † verſatur, ſtatuamus,
vt ſcilicet tale debitum in quartam impute-
tur *l. filium quem habentem, ſup. famil. erciſ.* & in
cauſſa criminali, vbi neceſſitas pietatis offi-
ciũ expreſſit, illud ipſum repudiemus. Quæ
conſideratio etiam ſubuertet Baldi, & Ro-
mani diſtinctionem, dum proniores in filiũ
pauperem ſunt, quam diuitem: Maior enim
neceſſitas fuit ſubueniẽdi egeno, & a facul-
tatibus laboranti, quam diuiti. Porro ſupra
oſtendimus, voluntariam pecuniæ ſolutio-
nem potius inducere præſumtionẽ ſolutio-
nis, quam eam, quam neceſſitas extorſit.
21 Diſceptatio igitur mea eo redit, † vt ſpe-
ctemus voluntatem parentis, ſi quid hac de
re diſerte cauerit, *l. illud, circa fin. inf. h. t.* vt ta-
men nõ incidat in querelam inofficioſæ do-
nationis, *l. 2. ſup. de inoff. donat.* Quod ſi vero
de tali voluntate non appareat, tunc ſequa-
mur illas declarationes, de quibus mentio-
nem fecimus *in auth. ex teſtamento,* & illis ceſ-
ſantibus inſpiciamus, an magna ſit pecuniæ
quantitas, an parua, & ex qua cauſſa ſoluta.
In paruis enim facilius donationẽ introdu-
cemus, & collationis remiſſionem, ſi iuueni-
li impetu peccatũ, & inde condemnatio ſe-
cuta ſit, *arg. l. vtrum, ff. de don. inter vir. & vx.*

& eorum, quæ in ſolutione filii pro patre
memoriæ prodiderunt Cynus *in l. ſi filius, ſu-*
pra, de negot. geſt. n. 3. Alberic. *n. 2.* Salyc. *n. 2.*
Notandum aũt eſt ex hac † noſtra auth. 22
ꝙ quamuis iure noſtro patria poteſtas per
matrimonium ipſius filiæ non ſoluatur, *l. 1.*
& 2. inſ. de bon. quæ lib. l. 2. §. ſi vxor, & l. quotiẽs,
ff. ſolut. matrim. l. 1. §. 1. ff. de liber. agnoſc. l. 3. l. ſi
vt proponis, 5. l. nec inter, ſup. de donat. inter vir.
& vxor. l. ſi vxor. infr. de cond. inſert. vbi Bart.
num. 1. Bald. num. 1. Caſtr. num. 2. Angel. num. 1.
Fulgoſ. num. 1. Salyc. n. 1. Corneus in princ. Tiraq.
de legib connub. gl. 1. in prin Quamuis Germa-
niæ moribus, & aliarum regionũ aliter com-
paratum eſſe videatur; de qua re ſuo loco co-
pioſius, & propterea ſine auctoritate parẽtis
in iudicio eſſe non poſſit, *l. non ſolum, §. neceſ-*
ſitate, inf. de bon quæ lib. tamen ſi de dote quę-
ſtio ſit, multis in caſibus hæc definitio rela-
xata eſt, quorum ſex caſus hoc loco perſe-
quitur Bald. *nu. 1. & ſeq. Fulg. nu. 3. Corneus nu.*
16. Iaſ. nu. 9. Caſt. n. 2. Decius nu. 2. Alex. nu. 2. &
ſeq. Rom. n. 5. & ſeq. Purpur. n. 32. & ſeq. tres cõ-
numerantur in hac authentica. Primus † eſt, 23
cum dos eſt aduentitia; *gloſſ. in verb. & cum*
mater, gloſſ in l. fin. §. neceſſitatem, inf. de bo. quæ
liber. Bald. hic n. 1. Caſt. nu. 2. Fulg. nu. 3. Corneus
num. 19. poſt Dynum, Angelum, Imolam, & alios
ab eodem allegatos, Salyc. nu. 2. Franc. Aret. verſic.
ſecundo nota, Alex. n. 1. Lud. Rom. *n. 5.* hãc cõ-
munem eſſe opinionem pronuntiat, quam
in contrarium ratiocinetur, *Phil. Dec. num. 2.*
Iaſ. n. 9. Ego autem hanc † exceptionem ex 24
corpore, vnde authentica depromta eſt, nõ
puto aſſeri poſſe, ꝙ nullã de hac re mentio-
nẽ faciat, quod etiã antea animaduertit Ni-
col. de Mateſilano, *vt eius meminit Bald. hic n.*
3. Et miror noſtros Interpretes tam præcipi-
tes in amplectẽda hac interpretatione fuiſ-
ſe, vt excepto Iaſone *hic n. 11. Alex. n. 6.* verba
textus aut nõ ponderarint, aut Irnerii com-
menta, quæ in hac authentica nobis exhi-
bentur, cum in dote profectitia conſenſum
patris requirit, non autem in ea, quæ a ma-
tre data ſit, auctoritati ipſi⁹ Iuſtin. & cõſtitu-
tionis ab eo promulgatæ *Nouell. 97. de æqua-*
li. dot. §. illud quoq; prçferenda duxerint. Qua
de cauſſa alia adminicula pro fulcienda hac
opinione, quærẽda eſſent, de quibus cõmo-
dius tractari poterit *in l. non ſolũ, §. neceſſitate,*
infr. de bon. quæ lib. Satis aũt erit, in præſentia
leges & canones, in quibus pręterea hãc vim
conſtituunt aſſignaſſe, *vt l. Caius, ff. ſol. matr.*
l. fin. ſupr. commun. vtriuſq; iud. c. fin. de iud. in 6.
Secundus autẽ † eſt, ſi dos magna ſit, & peri- 25

culum immineat, ne differendo actionem dotem recuperare, aut poſtea conferre non poſſit, *vt hic, & l. vbi, ſupr. de iure dot. ita Caſtr. hic num 2.* Sed animaduertendum eſt, hæc verba non adeo craſſe accipienda, vt in authentica ſunt concepta: ciuilius enim & humanius cum parente agendum eſt, vt ſcilicet antea a filia requiratur: & ſi hoc facere recuſet, aut temere differat, tunc demũ filia hoc remedii habeat, *d. Nouell. 97. §. illud quoque*, quod ſolus hic videtur obſeruaſſe Corn.
26 *num. 18.* Tertius † caſus eſt, quando pater filiæ conſentit, *d. §. illud quoque, Nouell. 97. & hac noſt. auth.* Et hic caſus dubitationem non habet, ſed ad exceptionis cauſſam referri meo iudicio non debet, quamuis noſtri Interpretes, vt ſupra intellectum eſt, id faciant.
27 Quartus † caſus eſt, ſi pater longius abſit, & ex tali cauſſa dotis perſecutio periclitari poſſet, *l. ſi longius, §. 1. ff. de iudiciis, l. filiusfamilias, §. ſed et ſi filia, ff. de procurat. ita Cynus hic in pr. Decius num. 2.* qui in hoc allegat *cap. 1. in fin. de ſede vacant. in 6. c. cum nullus, §. 1. de temporibus ordinand. Bart. in l. ſi conſtante, ff. ſol. matrim. in 3 notab. Iaſon hic num. 9. poſt Petr. Cynum, Alberic. & alios, præterea reliqui Doct. circa principiũ*
28 *a nobis relati.* Quintus caſus † traditur *in l. ſi cũ dotem, §. eo autem, ff. ſol. matri.* cum patris perſona vilis eſt, & ſuſpecta. Quo pertinent etiam *l. filiusfamilias, § ſed et ſi filia, ff. de procurator. l. ſed ſi vnius, §. filiofamilias, ff. de iniur.* Sex-
29 tus caſus eſt, quem defendunt iidem † Doctores, *vt Bald. hic n. 2. Caſt. nu. 2. Fulg. num. 3. Corneus num. 26. Alex. n. 3. Roman. num. 7. Purpur. num 55.* quando ſcilicet pater non haberet iuſtam cauſſam contradicendi, *argum. l. dotem, 37. ff. ſolut. matr.* Sed hanc opinionem impugnat Iaſon *hic num. 9. Decius nu. 3.* quod ſcilicet patri proſecutio huius actionis a lege deferatur, *l. non ſolum, infr. de bon. quæ liberis,* quod in filia dici non poteſt, cui ſemper perſona paterna adiungitur, *d. l. non ſolum, §. vbi autem*, quod & ipſum clarius exprimitur *in §. illud quoque, Nouell. 97. de æqual. dot.* ex cuius præſcripto pater primo requirendus eſt, an experiri velit. Sed hac dubitandi ratione nihil prohibẽte, primam ſententiam potiorẽ eſſe duco. Quamuis enim pater priores partes habeat in exercendo iudicio de dote, nõ tamen conuenienter infertur filiæ, hanc actionem denegandam eſſe, ſi pater ſuis partibus fungi nolit, & nullam iuſtam cauſſam ſuſtinendi iudicii habeat, cum hoc modo ſuſpectus reddatur, quo caſu filiæ de dote actio competit, *l. filiusfamilias, 8. §. ſed & filiusfamilias, ff. de procurat.* Nec mutare putamus definitionem *d. §. illud, Nouell. 97.* & huius noſt. authent. quippe cum ſeparatæ ſint quæſtiones, vtrũ filia, ſi pater nõ habeat iuſtam contradicẽdi cauſſam, dotem ſuam petere poſſit inuito parente, & an filiæ damnum dotis, quod ex nimis longa procraſtinatione acceptum ſit, infligi debeat, hic enim ſi de dote minore tractetur, excuſabitur filia, ſi auctoritati parentis, dotis exactionem differentis, ceſſerit, quod in his, quæ parui ſunt præiudicii, ignoſcatur illis, qui parentibus obtemperauerint, *argum. l. liber homo, ff. ad legem Aquil. & l. adea, 157. ff. de reg. iur.* In quam ſententiã tandem etiam concedere videntur Corne. *hic n. 28. Purpur. n. 56. Decius n. 3.* quamuis ſeſe non bene expediant, neq; reſpondeant ad difficultatem noſtri textus.

His caſibus ita digeſtis, non putamus nobis incidentem quæſtionem, an conſtante matrimonio dos peti poſſit, explicandã eſſe, quod ea ſuo loco, *vt l. ſi conſtante, ff. ſol. matrim. & l. vbi, ſupr. de iure dot.* conuenientius tractetur. Illud itaque reſtare videtur, vt excutiamus, an in dotis repetitione legitima ætas, quæ ſit annorũ 25. requiratur. Etenim cum † matrimonium inter ſpiritualia nume- 30
retur, *c. tuam, extr. de ord. cognit.* & dos tanquã matrimonii ſequela eiuſdem iuris cẽſeatur. *cap. de prudentia, de donat. inter virum & uxor.* Cauſſæ autem ſpirituales poſt annũ 14. agitari poſſint, *cap. ſi annum, de iudiciis, in 6.* quod per conſequens definita ætas in noſtra authentica neceſſaria non ſit. Sed reſponderi poteſt ex ſententia Baldi *hic nu. 11. q. 8.* quod dos non ſit eiuſdem naturæ, cuius eſt matrimonium, & ideo † hãc diſceptationem mo- 31
uendam apud Iudicem ſecularem, quod & ipſum conſtituit Bart. *in l. ſi conſtante, in 7. q. 3. quæſt. princip.* idemq; defendit hoc loco Caſt. *num. 5. Fulg. num. 2.* Decius autem *num. 5.* qui ait, communem opinionem eſſe, quod dos ſit mixti fori, allegans in hanc ſententiã Innocent. Abbat. Bald. And. Sicul. Bald. Nouell. Philip. Corn. & Felin. *argum. d. c. de prudentia, & c. nuper, de donat. inter virum & vx.* Vltima ſententia eſt Angeli *d. l. 1.* & Iaſon *hic num. 10.* exiſtimantium intereſſe, an iudiciũ principaliter de dote inſtituatur, an vero cõcurrat cum cauſſa matrimonii *d. c. de prudentia,* vt hic in foro eccleſiaſtico agitari debeat, illic autem in foro ſeculari *d. cap. de prudentia tua,* quæ ſententia nõ improbabilis videtur. Nec obſtat reſpõſio Decii, quod ex eodem capitulo de cõtraria diſpoſitione appareat,

id enim

Digitized by Google

id enim propterea fit, quod cum Iudex debuiſſet de incidenti quæſtione æque cognoſcere, vt de principali, illud facere ſuperſederit, cum tamen vigore commiſſionis, & ſpe ſubſecutæ petitionis, debuiſſet de vtraque re diſceptare.

Lex, Ea demum, 6.

SVMMARIA.

1 *Tempus mortis inſpici debere, cum de collatione bonorum agitur.*

2 *Idem in quæſtione l. Falcidia obtinet, & ſubductione legitimæ portionis, quæ filio debetur.*

3 *Si bona filii emancipati viuo parente minuantur, is hanc iacturam ſarcire non cogitur.*

4 *Filius emancipatus non confert dotem, quam pro filia dedit, niſi tempore collationis dos ad illum reuerſa ſit.*

5 *Quamuis filius emancipatus ea, quæ poſt mortem parentis acquirit, conferre non cogatur: tamen ſi illud acceperit, quod antea ſub conditione debebatur, aliud obtinebit.*

6 *Differentia inter legata & contractus ſub conditione, & ratio.*

7 *Excuſſa quæſtio, cui cedere debeat pretium, quod a propinquis intra annum redemtionis offeratur, ſi conſuetudine inualuiſſet, vt ſuperſtes maritus bonis mobilibus, propinqui vero immobilibus potirentur.*

8 *Confirmata ſententia Fulgoſii huiuſmodi pecuniam propinquis deberi.*

QVod in præludiis noſtri tituli diximus, emancipatum ſolere omnia bona cōferre, id apparet ex præſenti noſtra lege, quæ huic axiomati certã interpretationẽ adſcribit, vt id non intelligatur de bonis, quæ poſt mortem patris ab emancipato filio quæſita
1 ſint. Edicti prætorii † verba itaque poſtulant, vt filii emancipati ſua bona conferant, *l. 1. ff. de collat.* hæc conſtitutio edictum interpretando decernit, huic legi illa parere debere, quæ tempore paternæ mortis in bonis eorũ fuerunt, vnde conſectarium eſt, facultates poſtea partas ad hanc cauſſam non pertinere. Quæ hic de bonis emancipati cauentur, vt ſcilicet tempus mortis inſpiciamus, idem etiam ſtatuitur in quæſtione legis Falcidiæ,
2 † *l. in quantitate, 73. ff. ad leg. Falcid.* in ſubductione legitimæ portionis, quæ filio debeatur, *l. cum quæritur, ſupr. de inoff. teſtam.* vnde ſi quædam de patrimonio ipſius, antequã pater fati mun⁹ impleret, diſceſſerint, hæc ſar-
3 cire filius emancipatus † non cogitur, vt in his, quæ iudicio euicta ſunt, *l. pater, 71. ff. de euict.* vnde etiam infertur, ꝙ ſi dotem pro fi-
4 lia ſua dederit † in conferendis bonis hanc ſupputandam non eſſe, ꝙ in bonis ipſius nõ ſit, *l. 1. §. fin. ff. de coll. dot. d. l. pater, 71. ff. de euict. ita gl. hic in verb. fuerunt, Alex. n. 2. Ang. in prin. Salyc. n. 2. Decius n. 1. Barth. Veronenſ. caut. 242.* vbi ait, meliorẽ cautelam inueniri nõ poſſe, ad fruſtrandam collationem bonorũ, quam vt filius emancipatus bona ſua ex cauſſa dotis in filiam transferat, ſed Phil. Dec. & Roman. exiſtimant, ꝙ ſi talis dotis conſtitutio non fiat bona fide, collationi locũ eſſe, *arg. l. 1. §. cõfertur, ff. de collat.* quod ab æquitate alienũ non eſt. Sed hæc obtinent, ſi dos adhuc penes filiã ſit: ſoluto eñ matrimonio pater illam ad ſe reuerſam conferre cogitur, *Salyc. hic n. 2. arg. l. 1. §. ſi is qui bonis, ff. de coll. Alex. n. 2.*

Hæc de primo legis noſtræ mẽbro: nam quod ſecundo ſancitur poſt mortem patris quæſita hoc munere non fungi, idem confirmatur *l. ſi donatione, 13. in prin. hoc tit. item l. nec emancipati, hoc eodem tit.* ſed moderationem recipit ex definitione *l. 2. §. id quoque, ff. de collation.* Etenim in his, † quæ ſub condi- 5
tione debentur, quamuis ante conditionis euentum, nullam videantur obligationem conſtituere, *l. cedere diem, 213. ff. de verb. ſignific.* adhibenda † tamen diſtinctio eſt, an 6
ex contractu, an vero ex vltima voluntate proficiſcantur, vt hic non ſit collationi locus, illic autem diuerſa probemus, ex ratione *l. quæ legata, 18. ff. de regul. iur. item l. ſi filiusfamilias, 78. ff. de verborum obligat.* quod ſcilicet in cõtractibus inſpiciamus tempus, quo interponantur, in legatis vero tempus, quo cedunt, Corneus *num. 2.* Salyc. *in l. ſi emancipati, hoc t.* Ang. autem *hic circa fin. verſ. eſt ratio.* Ludou. Roman. *num. 3.* item Bart. *in d. l. filiusfamilias*, conſtituunt, illud propterea fieri, quod in contractibus condictio retro, ad tempus, quo inſtitutus ſit, trahatur. Sed cum hæ ſolutiones nos in incerto relinquãt, placet nobis conſideratio Philippi Decii *hic num. 2.* quam etiam videtur amplecti Bald. *numer. 2.* in contractibus ab initio ius quæſitum eſſe, quamuis illud incertum ſit, quod conſenſu duorum conſtitutum, vnius arbitrio reſcindi non poſſit, *l. ſicut, ſupra, de oblig. & action.* in legatis aliud obtinere, cum pendeant a voluntate teſtatoris *l. ſi quis, in principio, ff. de legatis 3.* Sed vrget e diuerſo, quod ſaltem poſt mortem teſtatoris iam in eadem cauſſa eſſe cenſeatur, quo contractus, cum reuocationi iam amplius locus non ſit, §. *cum nouiſſima, infra, de caduc. tollend.* hanc difficultatem nemo noſtrorum hoc loco mouit, vnde meo iudicio conuenientior ratio eſſe videtur, quod teſtator

Digitized by Google

conditionem adſcribendo voluerit conſulere ipſi filiofamilias, ita vt neque patri hoc quæreretur, neque in collationis cauſsã incideret, *arg. l. cum pater, 77. §. a filia, ff. de legat. 2.* Præterea ponderandum eſt, quod filius in contractu conditionali fraudem cõmittere poſſit, quo caſu ſemper ſolet eſſe collatio, *l. 1. §. confertur, ff. de collat.* quod ſane de legato dici non poteſt.

Qui de cauſſa etiã probare non poſſum ſententiam Cyni *hic num. 2. poſt Iacob. de Rauenna*, Alberici *num. 2.* Baldi *nu. 3.* Phil. Dec. *n. 2.* doctrinam ſupra a nobis commemoratam ad cauſſam conſuetudinis, vel legis municipalis transferentium, qua caueatur, vt poſt mortem alicuius ſine liberis, vxor aut maritus mobilibus, propinqui vero immobilibus bonis potiantur, aut contra: item, quod liceat re vẽdita his, qui cõtermini, aut ſanguine iuncti ſunt, reſtituto pretio intra anni ſpatium eundem fundum redimere. Si enim imaginemur, Titium comparato prædio in fata conceſſiſſe, & idem prædium a vicino intra anni ſpatium redimi, & quæri
7 † de pretio, cui illud cedere debeat, auctores ſunt, vxorem hoc caſu audiendam eſſe, cum & reſolutio contractus ad id tempus referatur, quo is ab initio initus eſt, idque arg. *d. l. 2. §. id quoque, ff. de collat.* cum etiam ius recuperandi prædii a tempore venditionis ipſi vicino quæſitum fuiſſe, ſiue originẽ in ipſius perſona habuiſſe videatur, *ſecundum Bald. in rubric. res inter alios actas, Tiraquel. de retract. conſang. ad fin. tit. num. 15.* Etenim cum *§. id quoque*, cui hanc traditionem accepto ferũt, nullam de reſolutione contractus mentionem faciat, ſed de iure ſub conditione quæſito: deinde etiam defunctus intelligatur, voluntatem ſuam accommodare conſuetudini, & ſtatutis locorũ, *l. ſi fundus, 6. ff. de euict. l. ſemper in ſtipulationibus, ff. de reg. iur.* emendo rem immobilem, & ſine alia declaratione voluntatis moriendo, videtur hunc fundum deſtinaſſe ſuis propinquis, *l. conficiuntur, ff. de codicill.* Accedit præterea regula, quod non debeamus incerta, vel illa, quæ euenire poſſunt, aut non poſſunt, ſed ſtatum præſentem inſpicere, *§. illud, Inſtit. de rerum diuiſ. & acquir. ear. domin. & l. ſufficit, ff. de condict. indeb.* Nec mouet doctrina Baldi, ſupra a nobis relata: quamuis enim vicinus ſtatim poſt venditionem ius luendi habeat; tamen cum in poteſtate ipſius ſit, emere, vel non emere, redimere, vel non redimere, illud ius ex eo tempore cenſeri debet, ex quo pretium ab eodem oblatum fuit, *argum. eorum, quæ de pignore dicuntur, l. Titius, ff. quæ res pign. vel hypoth. dar. vel oblig. non poſſ. item l. qui balneum, ff. qui potior. in pign. ſunt.* Accedit quod ipſe Baldus *hic nu. 2.* neget, definitionem *d. l. 2. §. id quoque*, locum habere in his contractibus, quæ ad ſui perfectionem implementum aliquod requirunt, *l. ſi ſeruus communis, 18. §. final. ff. de ſtipulatio. ſeruorum, l. quidam cum filium, 42. ff. de hered. inſtit.*

Quamobrem † etiam præferendam puto ſententiam Fulgoſii *hic num. 2. Alexand. num. 4. Cornei num. 5. Franciſ. Aret. circa princip.* exiſtimantium, huiuſmodi pecuniam deberi propinquis ipſius defuncti, quod pretium ſuccedat loco rei immobilis, & propterea etiam eodem iure cenſeri debeat, *l. qui ſolidum, 78. §. 1. ff. de legat. 2. l. ſi donata, §. ſi ſponſus, ff. de donation. inter virum & vxor. l. filia, §. Attia, ff. de condit. & demonſtr.* Secundo, quod, *vt inſtat Tiraquell. in d. tractat. de retract. ſanguine iunctorum, §. fin. n. 11.* is, cui competat ius oblato pretio, non habeat ius purum, ſed conditionale, ſi pretium ſoluat, *l. 2. & l. ſi a te, ſupr. de pact. inter emt. & vendit.* Illud ergo pretium non fuiſſe in obligatione, ſed conditione, *l. 1. §. item ſi ita, ff. ad legem Falcid.* Tertio, quod lex municipalis magis accedat ad vltimam voluntatem, quam contractus, ſecundum expoſitionem gloſſ. *in l. 1. inf. de his quib. vt indign.* Bart. Baldi, & aliorum, Alex. *hic n. 5.* & aliorum, quos quam plurimos recenſet Tiraqu. *de retract. ſang. iunct. §. fin. num. 13.* Et hanc ſententiam potiorem eſſe duco, motus cum his argumentis, tum illis, quæ ſupra non diſſimulaui. Nec puto admittendam eſſe diſtinctionem Tiraqu. qui *d. §. fin. nu. 18. & ſeq.* putat euentum ipſius rei ſpectandum eſſe, vt, ſiquidem intra anni ſpatium fundus redimatur, pretium vxori cedat; ſin minus, remaneat fundus apud propinquos, *l. ſed et ſi quid, §. 1. ff. de vſufruct. l. ſi Titius, in princip. in verb. ex euentu ſolutionis, l. ſeruus, §. 1. ff. de acq. rerum domin. l. ſi is qui pro emtore, §. 1. ff. de vſurp. & vſucap. l. penult. § fin. ff. de conſtit. pecun.* Etenim hæ leges de iure loquuntur, quod nulla ratione quæſitum erat, ſed in pendenti verſabatur: hic autem poſt mortem teſtatoris ius atque dominium fundi ſtatim propinquis quæſitum fuit, *arg. l. a Titio, 64. ff. de furt. l. legatum, ff. de legat. 2.* ad minus poſt aditam hereditatem, *l. 1. §. pro nouiſſimo, inf. de cad. tollen.* vnde quãuis fundus ex poſtfacto reuocetur a vicino vel aliis, qui intra annum redimẽdi

ius

Digitized by Google

ius habent, tamen hic euentus, qui incertus fuit, tollere ius quæſitum non debet, *Ant. Gabr. in tractat. commun. opin. tit. de iure quæſit. non tollend.* vnde merito pretium, quod loco ipſius rei ſuccedit, conſequuntur.

Lex, Filiam. 7.

SVMMARIA.

1 *Intellectus l. filia, ff. de collat. dotis, ſecundum Fulgoſium.*
2 *Alia interpretatio gloſſæ.*
3 *Confirmata ſolutio Fulgoſii.*

CVm præſens conſtitutio per definitionem authenticæ ex teſtamento emendata ſit, prolixiorem me in explicatione eiuſdem præbere non conſtitui. Eximendus
1 tamen eſt vnus † ſcrupulus *l. filia in adoptionem, 2. ff. de collat. dot.* quæ innuere videtur, quod etiam tempore Digeſtorum collationi locus fuerit, quamuis aliquis ex teſtamento ſucceſſerit. Fulgoſius repudiatis ſolutionibus ipſius gloſſæ, id propterea euenire exiſtimat, quod filia in adoptionem data, illo iure extranea videbatur, cum agnati decimi gradus huic præferrentur, *l. non putauit, 8. §. in adoptionem, ff. de bonor. poſſeſſ.* Si tamen pater eam inſtituebat heredem, alio edictum committente, etiam admittebatur: non tamen illam admiſſionem tanti effectus fuiſſe, vt eandem a collatione releuaret, *argum. l. eum qui, §. 1. ff. de conſt pec.* Hæc explicatio Raphaelis ſatis ingenioſa videtur, ſed non obſeruauit idem Interpres, ſe, dum vnam difficultatem tollit, in aliam incidere æque infeſtam, quod ſcilicet *d. l. 2.* caueatur, filiam inſtitutam ita debere dotem conferre, vt emancipatam: certum autem eſt, emancipatam teſtamento inſtitutam ad dotis collationem vrgeri non poſſe. Qua † de cauſſa gl.
2 hic in verb. *iuris*, quã ſequitur hoc loci poſt Azonem Cynus *in princ. Alex. n. 1. Iaſ. in præcedenti lege nu. 2. Purpur. hic nu 2.* exiſtimat, id intelligendũ eſſe de filia inſtituta, quæ cum fratre committente edictum, per contra tabulas bonorum poſſeſſionem ſuccedit, & eo beneficio amplius conſequitur, quam ex inſtitutione erat habitura, *vt l. 3. ff. de dot. collat.* Ceterum cum hæc ſolutio aliquam diuinationem complecti videatur, cum eadem lex ſpecialem caſum contineat, quo filia heres inſtituta, ſiue ſit in poteſtate, ſiue emancipata, dotem conferre debet, nimirum cum aucta per contra tabulas bonorum poſſeſſione portione ipſius optionem habet, an dotem conferre velit, an illam partem recipere, ex qua inſtituta eſt, ea de cauſſa præferendam puto primam † ſolutionem Fulgoſii, 3
quam etiam amplectitur Decius *hic nu. 1.* & Rom. *nu. 1.* Nec eſt, quod nos ſollicitet comparatio filiæ in adoptionem datæ, atq; inſtitutæ, & filiæ emãcipatæ, *d. l. 2. ff. de coll. dot.* Etenim filia adoptata confertur cũ filia emancipata, quæ non erat heres inſtituta: nam teſtamento condito collationi non fuiſſe locum intelligimus ex *d. l. 1. h. tit. & l filius, 5. ff. de dot. collat.*

Lex, Si ſoror, 8.

SVMMARIA.

1 *Collatio locum habet, quamuis diuiſio & auctoritas Iudicis interceſſerit.*
2 *Imperitia coheredum, iuriſdictionis formam, quæ ratione collationis obtinebat, mutare non poteſt.*
3 *Quo remedio quis hoc aſſequi poſſit.*
4 *Diſtinctio Bartoli, & aliorum.*
5 *Doctrina Interpretũ noſtrorum, quod quoties verba ad iudicem referuntur, unde oriatur officium iudicis, certis limitationibus circumſcribitur.*
6 *Si diuiſio auctoritate Iudicis facta ſit, & cauſſæ cognitio adhibita, collationi amplius locus non erit.*

DEfinitio generalis dotem conferendam eſſe ex præſenti conſtitutione adhuc aliud incrementum accipit, id procedere etiã poſt diuiſionẽ, † ſi per dolũ dotẽ ſupprimen- 1
tis collatio non eſſet facta, vel vt hanc legem etiam intelligunt gloſſ. in verb. *reſtitui, Caſtr. Rom. & Dec. in ſummar. Purpur. n. 5.* itẽ & Bart. Bald. Ang. Corn. Fulgoſ. Aret. Iaſ. dum generalius legis noſtrę argumentũ conſtituũt, collationẽ omiſſã in diuiſione poſſe officio Iudicis ſuppleri, idq; etiã locũ habet, quamuis talis diuiſio auctoritate Iudicis ſit facta, vt apparet ex vltimo pronuntiato noſtræ legis. 2
Ratio eſt, ꝙ imperitia † coheredum iuriſdictionis formam, quæ ratione collationis obtinebat, mutare non poſſit, *l. ſi filia, ff. famil. erciſc. in prin. l. tres fratres, ff. de pact.* cum etiã id in rationibus ꝓcedere animaduertamus, in quibus ſi error aliquis interceſſerit, emendationi locus eſt, *l. vnic. ſup. de error. calum. l. 2. inf. de iure fiſci.* Ceterũ, quæſtionis eſt, qua † a- 3
ctione, aut quo remedio illud quis conſequi poſſit. Et gl. quidẽ in verb. *reſtitui,* & gloſſam ſecutus Cynus *nu. 2.* poſt Petr. & Iac. de Rauen. Alberic. *n. 1.* Bart. *nu. 1.* Franc. Aret. *in pr.* Fulgoſ. *n. 2.* vbi ait, hanc ſententiam eſſe cõmunem. Caſt. *n. 2.* Bal. *n. 2.* Franc. Aret. *in pr.* Ang. Peruſ. *in princ.* Corneus *n. 2. & 3.* Salyc. *n. 1.* Lud. Rom. Alex. *nu. 1. & 2.* Decius *n. 1.* Iaſon *in l. præced. nu. 4.* deferunt officium Iudicis: & hanc ſententiam quoque cõmunem

fatetur Purpuratus *n.3.* quamuis ipſe diſſentiat, contendens, regulam illam, qua hæc opinio nitatur, ſatis dubiam eſſe, quod quotieſcunque verba referantur ad Iudicem, vt hic in dictione *iubebit*, inde tribuatur officiũ Iudicis, repetens ea, quæ ab illo tradita eſſent, *l. ſi paſcenda, ſup. de pact.* Deinde quod in huiuſmodi collatione etiam fructus debeantur a tempore moræ, *l. filius, §. fin. ff. de collat. dot.* quod tamen in his, vbi officium Iudicis duntaxat competat, locum habere nõ ſolet, *l. cum poſtulaſſem, 44. ff. de damn. infect.* monet tamen, a recepta opinione recedendum non eſſe. Sciendum autem eſt, noſtros
4 Doctores, vt Bartolum, † Alberic. Caſt. & fere omnes alios a nobis allegatos, diſtinctione rem expedire, vt ſiquidẽ is, qui collationem deſiderat, in poſſeſſione rerũ hereditariarum ſit, per exceptionem hoc iuris cõſequi poſſit, vt ſcilicet, ſi collatio differatur, vel negetur, denegentur ipſi actiones, item poterit curator conſtitui ipſius portionis, quoad vel conferat, vel idonee caueat, *iuxta l. ſi pater, ff. de collat.* Quod ſi vero non poſſideat, tunc cogatur ad officium Iudicis cõfugere.

5 Hanc definitionem, quod quando † verba ad Iudicem referuntur, inde oriatur officium Iudicis, *ſecundum gloſſ. in l. ſi res obligata, arg. eius legis, ff. de legat. 1. item l. 1. §. ait Prætor, ff. de poſtuland. Bart. in l. 1. ff. de condict. ex lege,* Decius hic ſex limitationibus circumſcribit, ad quem auditorem breuitatis cauſſa reiicio; mihi enim in præſentia conſilium non eſt, in vires atque merita eius pronuntiati inquirere.

Obſeruandum autem eſt, quod ea, quæ de arbitro & Iudice dicta ſunt, ita accipienda eſſe, ſi citra cauſſæ cognitionem, & non auditis partium allegationibus, quę collationẽ deſiderarent, & abnuerent, diuiſioni auctoritatem accommodauerint. Nam ſi poſt
6 cauſſæ cognitionem etiam † ſententia Iudicis interceſſiſſet, quę ex tali poſtulatione impugnari poſſet, tunc eum audiendum non eſſe, docet gloſſ. *hic in verb. arbitro, Alber. nu. 2. Corn. n. 6. Alex. in fin. Franc. Aret. in fin. Bald. n. 5. Decius n. 7. Salyc. n. 5. Purpur. n. 15.*

Lex, Si emancipati, 9.

SVMMARIA.

1 *Emancipatos liberos munus collationis non obire.*
2 *An præſentis legis definitio emendata ſit, per l. vt liberis, h. tit.*
3 *Difficultas circa donationem ſimplicem, an & illa poſt conſtitutionem l. vt liberis, conferenda ſit?*
4 *Auctores qui defendant etiam hoc caſu legem emendatam eſſe.*
5 *Auctores contrariæ ſententiæ, & argumenta.*
6 *Diſſoluta difficultas ex l. ſi filia, 4. h. tit.*
7 *Intellectus l. 1. § ſi ſit filius, ff. de coniung. cum emancip. liber.*
8 *Solutio gloſſæ.*
9 *Alia ſolutio Bartoli.*
10 *Tertia conciliatio Baldi atque Angeli.*
11 *Explicatio Fulgoſii.*
12 *Interpretatio Cuiacii.*
13 *Solutio Decii.*
14 *Conſideratio auctoris.*
15 *Quę iure veteri neceſſaria fuerint, vt collationi locus eſſet, cum filius ſuus cum emancipato ſuccederet.*
16 *Cui retenta veteris iuris poſitione, incumbat probatio, teſtamentum factum eſſe, vel non eſſe.*
17 *Auctores, qui putent illud ab eo præſtandum, qui collationem deſideret, & rationes.*
18 *Diuerſæ ſententiæ propugnatores, & argumenta.*
19 *Confirmata poſterior ſententia.*
20 *Quare emancipationis probatio neceſſaria fuerit.*
21 *Filium in dubio in poteſtate cenſeri.*
22 *Intellectus l. Titia, ff. ſolut. matrimon. & numero 25.*
23 *Exploſa conſideratio Vaſquii, qui primæuum ſtatum ex eo metiatur, quod ante infinita ſecula obtinuerit.*
24 *In dubio potius illud conſtituendum, quod delicto careat.*
26 *Difficultas ex l. pater filiam, ff. de collat. dot.*
27 *Exploſa ſententia Bartoli, & aliorum interpretum, qui illam putant emendatam eſſe per l. ſi filius, ff. de collat.*
28 *Scæuolam longo temporis ſpatio ante Tryphonium, Papinianum & Paulum vixiſſe.*
29 *Conuenientior interpretatio d. l. ſi filius.*
30 *An l. pater filium, antiquata ſit per auth. ex teſtamento. hoc tit.*
31 *Auctores, qui id defendant.*
32 *Contrariæ ſententiæ vindices, & argumenta.*
33 *Sententia auctoris, vltimam opinionem noua conſideratione adiuuantis.*
34 *Scrupulus ex §. nullam, Nouell. 118.*
35 *Intereſſe inter cauſſam ſucceſſionis ab inteſtato, vbi patria poteſtas non conſideratur, & ceteras iuris noſtri diſpoſitiones.*
36 *Quod non mutatur, id etiam ſtare non prohibetur.*
37 *An titulus de coniungendis cum emancipato liberis correctus ſit?*
38 *Tredecim differentiæ inter filios ſuos, & emancipatos ordine comprehenſæ, quæ adhuc ſaluæ ſint.*
39 *Collationem locum non habere, niſi inter deſcendentes.*
40 *Tres rationes, quæ a Baldo eius nomine conſiderata ſunt.*
41 *Collationes locum non habere, inter aſcendentes & tranſuerſales.*
42 *Ratio huius diſpoſitionis.*
43 *Quid obtineat, ſi extraneus vna cum filio ſit inſtitutus.*
44 *Confutata quædam argumẽta, ex quib. colligebatur, quod*

Digitized by Google

quod collatio etiam inter aſcendentes & tranſuerſales locum haberet.

45 *An in cauſſa collationis neceſſarium ſit, vt liberi ex primo capite ſucceſſionis admittantur?*

46 *Argumenta & Doctores pro affirmatiua parte.*

47 *Defenſores contrariæ ſententiæ, & argumenta.*

48 *Vt collationi locus ſit, præterea requiritur, vt tractetur de ſucceſſione illorum liberorum, quibus legitima portio debetur.*

49 *Inter filios naturales collationi locum non eſſe.*

50 *In cauſſa collationis neceſſarium eſt, vt titulo vniuerſali, non peculiari ſuccedant.*

1 EX principio noſtræ legis † apparet, emácipatos filios inter ſe collationis munus non obire, idemque multis noſtri iuris pronuntiatis cõtinetur, *l. 1. §. fin. l. 2. §. ſi tres, l. Prætor, §. quotiens, ff. de collation.* Sed an hæc
2 iuris † definitio auctoritate *l. vt liberis, 17. hoc noſt. titul.* ſublata ſit, non admodum expeditum apud noſtros Interpretes eſt. Etenim ſi tractetur de collatione dotis, & donationis propter nuptias, conuenit inter omnes, illam etiam inter emancipatos conferen-
3 dam. Quod ſi † vero quæramus de ſimplici donatione, quæ extra has caſſas a parente profecta ſit, magna inter noſtros cõtrouerſia eſt, an diſpoſitio noſtræ legis adhuc te-
4 neat. Etenim gloſſa in verbo, † *venientem*, videtur conſtituere etiam hoc caſu legem noſtram correctam eſſe, quod & ipſum probare videntur Alberic. *hic num. 10. Salyc. nu. 8. Ang. num. 2. verſ. in ea gloſſ. ibi hodie. Bald. nu. 18. Purpur. nu. 57. aperte Bart. in l. 1. §. nec caſtrenſe, ff. de collation. num. 11. item Cynus d. l. vt liberis, num. 4.* Et hanc opiniõnem communem eſſe, fatentur Lud. Rom *nu. 17.* Ferdin. Vaſq. *in tract. de ſucceſſ. reſol. §. 19. num. 24. Iaſ. in auth. ex teſtamento, n. 14. verſic. licet diſputando poſſit ſic teneri.*

5 Diſſentiunt aũt † hi duo auctores vltimo a nobis relati Philip. Corneus *hic num. 13. & 14.* Decius *n. 16.* & ante illos Ang. ſibi parum conſtans, in ſua repetitione, prout illum referunt Roman. & alii, item Paul. Caſtrenſ. *hic nu. 1.* Franc. Aret. *nu. 4.* Et in eandem ſententiam videtur inclinare Alex. *nu. 11.* item Philip. Decius *conſ. 59.* Bald. a Purpurato relatus, qui & ipſe, vt etiam Alex. aperte quid ſentiant, non expediunt: & in hanc ſententiam videntur quoque deſcendere gloſſ. *in d. l. vt liberis, in fin. & Iaſon ibidem num. 17.* & aperte Fulgoſ. *num. 4.* Accedit, quod auctores ſupra a nobis relati, *vt gloſſ. Alberic. Cynus, Bald. Bart.* generaliter loquantur, emancipatum cõferre donationem ſimplicem, ſed an ſuis, an etiam emancipatis, illam quæſtionem in ſpecie non attingunt, vt Romani, & Vaſquii profeſſio de communi opinione, ſatis periculoſa videatur, cum in toto iure generi per ſpeciem derogetur, & illud potiſſimum ſit, quod ad ſpeciem directum eſt, *l. in toto, ff. de reg. iur.*

Sane ſi rationes ponderare, & ad iuſtum calculum reuocare velimus, conſtabit, illas longe potiores eſſe.

Etenim prima ſententia innititur vltimis *d. l. vt liberis, 17. hoc tit.* verbis, quæ cum relatiua ſint, pro tenore ſcilicet præcedentium legum, & leges illæ, *vt l. ea demum, hoc tit. item l. 1. ff. eodem tit.* doceant, ne dum, quæ a patre profecta ſunt, ſed omnia etiam ab emancipatis, ſi cum ſuis ſuccedere velint, conferenda eſſe, & tale ius emendatum non deprehendamus, niſi per *l. l. fin. hoc tit.* vbi de illa re differemus, conſequens quoque erit, vt dicamus, veteris iuris regulis ſtandum eſſe, *l. præcipimus, infr. de appellat.* cum aliis, quæ concordant *in authent. quas actiones, ſupr. de ſacroſanct. eccleſ.* Accedit, quod cum generi per ſpeciem derogetur, *l. in toto, 80. ff. de reg. iur.* & principiũ legis de donatione propter nuptias loquatur, & de dote: Finis autem de donationibus, quæ in emancipatione, item poſt emancipationem in illas procedere ſolent, vt ſcilicet illa liberis conferantur, intelligi etiam debeant de illis liberis, qui ſui heredes, & in poteſtate ſunt, non emancipatis, quod cum ab illis quæſita, vſque ad tempora Iuſtiniani patri ceſſerint, & adhuc cum certa diſtinctione cedant, *d. l. cum oportet,* iuſtior fuerit cauſſa illis, quam emancipatis conſulendi. Præterea cum talis donatio non minuat quartam ab inteſtato debitam, *l. ſi quando, § generaliter, ſupr. de inofficioſ. teſtam.* Idem quoque de collatione iudicandum, *vt argumentantur Romanus & Vaſq.* Et quamuis textus *l. illud, hoc tit.* illam regulam non ita ſimpliciter admittat, tamen talis ratiocinatio ex illo probabilis videtur, quod contrarium iure noſtro definitum non inueniatur. Deinde, cum donatio in extraneum, ſi ille heres inſtituatur, non conferatur, vt conſtabit ex vlteriori noſtræ materiæ deductione, quod in eodem ſtatutum ſit, non videri reſpuendum in liberis ſuis, qui aliquid ex liberalitate paterna conſecuti ſunt, quod, vt auctor eſt Vaſquius, videatur facta eſſe ob bene merita, *l. nec adiecit, ff. pro ſocio, l. cum de indebito, ff. de probation.* Quamuis hoc argumentum meo iudicio non admodum vrgeat, niſi etiam ex-

Digitized by Google

pendamus, totius quæſtionis circumſtātias, quas ſupra certa ratione deſcripſimus, ſimul etiam quod cum pater alere, aliaque neceſſaria filiæ, quæ in poteſtate ſit, ſuppeditare cogatur, ad donationis conſilium non alia cogitatione, quam meritorum videatur animum appuliſſe.

Hactenus vtrum primū noſtræ legis pronuntiatum ab aliis, & quoad abrogatum ſit: reliquum eſt, vt nōnullos ſcrupulos, qui circa eius explicationem ſe offerunt, & quibus non videtur ſatisfacere Accurſius, ſubmo-
6 ueamus. Obiicit † enim primo *l. ſi filiæ, 4. h. t.* quæ declarat, etiam ſuos emācipatis dotem profectitiam conferre, vnde iuſta ratiocinatione videbatur colligi poſſe, illud multo magis admittendum eſſe in emancipatis, argumento ducto ab eo, quod minus verū videatur, ad id quod magis, *l. ſi quādo, ſup. de teſt. cum ſimil.* ſed, vt etiam alii Doct. obſeruarūt, Accurſius ſibi hac collectione impoſuit, ſui enim propterea emancipatis conferunt, quod ſecundum iuris diſpoſitionem, quæ tūc obtinebat ille ſuis omnia bona conferre cogeretur, *l. ea demum, 6. hoc tit.* quod in fratre etiam emancipato non procedit, *vt hic & d. l. 1. §. fin. ff. de collat.*

7 Altera difficultas exſurgit ex † obſeruatione *l. 1. §. ſi ſit filius in poteſtate, ff. de coniung. cum emancip. lib.* tres ſolutiones hoc loco propo-
8 nit gloſſ. † quæ omnes a Doctorib. excepto Cyno & Salyceto, qui tertiam probant, re-
9 pudiātur. Aliam † tradit Bart. *hic n. 1.* cui ſubſcribūt Bald. *n. 2.* Alex. *n. 3.* Caſt. *n. 1.* Iaſon *n. 4.* Corneus *n. 18.* Purpur. *n. 13.* quod eo in loco nepos emancipatus collationis particeps fiat propter fratrē ſuū, qui in poteſtate erat, cum hoc caſu magis videatur portioni collatio fieri, quam perſonis. Et hanc ſententiam communem teſtantur Iaſon atq; Purpuratus. Ratio, quod quis ex perſona aliena ſæpe conſequatur, quod ex ſua nequeat, *l. Ariſto, ſupr. quæ res pignori obligari poſſint, l. ſi is qui duos, ff. de liberat. legat. l. ſi communem, ff. quemadmod. ſeruitut. amit.* quam regulam Iaſon multis additionibus illuſtrat.

10 Porro Bald. *n. 2.* † item Ang. *nu. 2.* adhuc aliam conciliationem inſinuant, tunc demum emancipato collationem fieri, quando ipſius cōferentis nihil intereſt, vt in caſu propoſito, vbi vni nepoti, qui in poteſtate erat, tantundem impartiri cogitur.

11 Fulgoſius autem *num. 3.* contendit, † numerum pluralem dictionis *iſtis*, accipiendū pro numero ſingulari.

Cuiacius vero *lib. 3. obſeru. 29.* adhuc † alia 12
difficultate animaduerſa, quod ſcilicet pater vna cum nepote in poteſtate, & altero nepote emancipato admittatur, corrigit textum multis verbis reſectis & tranſpoſitis. Alio modo idem attentat Hottomannus a Godofredo relatus.

Vltima ſolutio eſt Decii, qui † cum ani- 13
maduerteret regulam, de qua ſupra mentionem fecimus, quod quis ex perſona aliena ſæpe conſequatur, quod ex ſua non poſſit, procedere in indiuiduis, conſtituit Iuriſconſultū principaliter loqui reſpectu filii emancipati, qui tenebatur collationem facere, & quæri, quomodo collatio facienda ſit, ſi præter hunc ſuperſit filius, qui in poteſtate erat, & nepotes, & propterea definiri collationem ex æquo moderandam, vt tantū deferatur nepotibus, quantum filio, etiamſi vnus ex nepotibus ſit emancipatus.

In tanta ſolutionum diuerſitate † hanc 14
vltimam ſententiam magis probabilem eſſe exiſtimarem, quæ etiam quam proxime accedit ad Fulgoſii interpretationem. Videbatur enim, quod cum duo eſſent nepotes, vnus in poteſtate, alter vero emancipatus, quod plus referre deberet filius, qui adhuc in familia erat. Primum ex ea conſideratione, quod emancipato nepoti non eſſet conferendum, ſecundum hanc noſtram legem, *item l. 1 §. fin. ff. de collat. l. Prætor, §. quotiens, eod.* Deinde, quod etiam pater emancipatus, vt textus commeminit, cum hoc filio in ſucceſſione cōcurreret. Porro fratri emancipato non eſſe conferendum ex hac noſtra lege, & aliis legibus allegatis colligitur. His tamen dubitandi cauſſis nihil prohibentibus conſtituit Iuriſconſultus, collationem ita faciendam, vt vnam retineat emancipatus, alteram det fratri, qui in poteſtate erat, tertia autem cedat alterius fratris emancipati ſoboli. An autem nepos emancipatus in hac ſucceſſione concurrat, item an nepos, qui in poteſtate remanſerat, patri emancipato aliquid impertiri cogatur, nihil aperte deciditur, quod ex eadem lege §. *emancipatus filius*, contrarium colligatur, quod ſcilicet, emancipatus pater nepoti in poteſtate confert, non e diuerſo. Ex his igitur apparet, nepotem, qui in poteſtate ſit, tertiam partem factæ collationis retinere; quamuis minorem partem hereditatis auitæ propter concurſum parentis ſui habeat. Hic videtur eſſe ſenſus huius legis.

His

Digitized by Google

15 His ita digeſtis ſequitur † ſecundum legis noſtræ membrum quid iuris ſit, ſi alter ſit in poteſtate, hoc caſu indicat textus collationi locum eſſe, modo duo interueniant, vt ſecundum hæc iura neceſſe erat, primo, vt nullum teſtamentum, vel nouiſſimum iudicium interceſſerit, ſecundum *l. primã, l. filiam, 7. hoc tit.* ſecundo quod is, de cuius bonis conferendis agitur, emancipatus eſſe doceatur.

16 Sed quæſtionis, *cui incumbat onus* † *docendi, quod teſtamentum ſit factum, aut non factum?* Et ſunt, qui putent hoc a filio in pote-
17 ſtate † collationem deſiderante exigi, vt probet nullum teſtamẽtum factum eſſe, *vt Roma. hic nu. 3. Decius nu. 2. Specul. in tit. de teſtam. §. ſequitur, nu. 16. Aret. l. ſed ſi de ſui, ſupr. de acqui. vel amit. hered.* in quam ſententiam quoque videtur inclinare. Did. Couar. *variar. reſol. lib. 2. c. 6. num. 5. Bart. conſ. 90. num. 10.* Primo arg. textus noſtri, dum ait, *nec vllum teſtamentum relictum eſt, vel nouiſſimum iudicium communis patris, teque emancipatum probatum fuerit.* Secundo, in hanc cauſſam perpenditur textus, *l. de ætate, §. ex cauſſa, ff. de interrog. action.* Tertio, allegatur ad defenſionem huius opinionis recepta apud noſtros definitio, quod etiam is, qui vim ſuæ intentionis, in negatiua oratione conſtituit, eam probare teneatur, *l. in illa, 8 ff. de verb oblig. l. pen. §. docere. ff. ne quis eum, qui in ius vocat. vi exim. l. magis puto, §. ne paſſim, ff. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cur. ſunt.*

18 Contrariæ ſententiæ † auctores ſunt Alexan. *in hac noſtra lege nu. 3. Riminal. in 2. notab. Corneus hic nu 9. & ſeq. Iaſon. nu. 2. Purpur. n. 1. Bolognet. n. 7. Curt. Iunior. nu. 5. Cagnol. nu. 64. Iacob. Menoch. lib. 4. præſumt. 1. n. 1.* quod cum teſtamentum condere ſit aliquid facti, quæ præſumi non ſolent, *l. in bello, §. factæ, ff. de capit. & poſtlim. reuerſ.* quod idem in præſenti caſu probandum ſit. Secundo, quod *vt inſtat Menoch.* quotieſcunque naturalis ſtatus rei cõcurrat cum aſſertione negatiua, quod tunc onus probandi in aduerſarium reiiciatur, ſecundum doctrinam Bart. *in l. ſi prius, ff. de oper. noui nuntiat. & aliorum.*

19 In hac ſententiarum repugnantia † ſtatuerem hanc vltimam ſententiã benigniorem eſſe, ita vt quis defungi poſſit, & ſatis probare dicatur ſi in contrariũ non ꝓbetur, *arg. l. ſuper ſeruis, qui militar. nõ poſſ. l. 1. tit. prox.* Nec eſt, ꝙ nos ſollicitos habeat definitio ꝑſentis legis, cum dictio *probatum eſſe*, ad vltimum membrum de emancipatione referendum ſit, non ad primũ, quod perfectum ſenſum ſecundum lectionem Florentinam habeat, *nec vllum teſtamentum relictum eſt, vel nouiſſimum iudicium*, vbi de probatione verbum nullum. Relinquitur itaq; hoc iuris diſpoſitioni, quæ facta nõ præſumit, vt dictum eſt. Vrget tamen non mediocriter alia conſideratio, quod propterea non efficiatur, vt præſumtio ſit teſtamentum factum non eſſe, & quod is, qui agit, fundamentum ſuæ intentionis etiam negatiuæ probare debeat. Exiſtimo itaque hunc ſcrupulum facile tolli poſſe, ſi alleget diligenti inquiſitione habita, in ſcriniis ipſius defuncti, & aliorum locorum, vbi huiuſmodi inſtrumenta aſſeruari ſolent, nullum teſtamentum reperiri, *argum. l. in illa, 8. ff. de verborum obligat. cum l. hoc iure vtimur eod. tit. & quæ ibidem a Doctoribus noſtris commemorantur, l. cum lege, ff. de probat. l. fin. §. licentiam, infra. de iure deliber.* Sunt præterea multi alii modi quib. id conſequamur, *vt oſtendit Bartol. in l. is poteſt, ff. de acquir. vel amit. hered.*

Hęc de primo requiſito ſuffecerint, conſequens eſt, vt de ſecundo nonnihil diſſeramus. Emãcipationis † probatio ex ea cauſ- 20
ſa neceſſaria videtur, quod legib. perſuaſum ſit, filium eſſe in poteſtate, *vt hac noſtra lege, & l. ſi filius, ff. de probat.* vbi duæ ita ſtatuendi rationes proferuntur. Et quidem ſi certum ſit, illum ex legitimo matrimonio natum, res dubitationem non habebit, *l. item in poteſtate noſtra, 3. cum tribus legibus ſeq. ff. de his, qui ſui vel alien. iur. ſunt*, & hoc ipſum fatentur Decius, *hic num. 3.* Corneus *num. 6.* Curt. Iunior *in 3. notab.* Menoch. *lib. 6. præſumt. cap. 55. num. 11.* aut dubium eſt, & hoc caſu ipſum filium non cenſeri eſſe in poteſtate patris; tradiderunt Ferdin. Vaſq. *illuſt. quæſt. libr. 2. cap. 85. num. 9. Galliaul. in rubr. de verb. obligat. nu. 260. cum ſeq. Menoch. d. præſumt. 55. libr. 6. Purp. hic nu. 5.* idemque multo magis procedere defendunt, ſi filius natus ſit ex coitu illicito, & illud conſtet, quod ipſum non impugnamus. Ceterum † non animaduerti- 21
mus, quare potius in re dubia non aſſentiamur illis, qui ſimpliciter defendunt filium in poteſtate patris præſumi, *vt Alexand. hic num. 2. Iaſon. num. 2. Fulgoſ. nu. 2. Roman. nu. 4. Ang. in l. heres, ff. de acqu. hered. Aſcan. Clemens in tractat. de patria poteſtat. capit. final. numer. 100 Paleott. in tractat. de nothis, cap. 20.* Nec mouere nos debent, *l. Titia, 34. ff. ſolut. matrimon. item ſi vxor, infra. de condit. inſert.* 22
præterea ratio, quam in conſilium adhi-

bent diuerſæ partis auctores, quod quotiens quis fundamentum ſuæ intentionis in aliqua re conſtituit, ipſe probare cogatur, *l. ei, ff. de collatio. l. 1. & l. fruſtra, eodem titul.* maxime ſi primæuus ſtatus eius adſertioni aduerſetur, vt in noſtro caſu, vbi filii ab initio videntur liberi fuiſſe, quod patria poteſtas iure ciuili introducta ſit. Quam rationem mi-
23 ris modis † extollit Vaſquius, itē & Decius, *hic num 3. Menochius & alii ſupra relati.* Etenim ſi verum amamus, nimis longe quæſita ſubtilitate, ſibi impoſuiſſe deprehendentur. Nam vt largiamur patriam poteſtatem iure ciuili introductam eſſe (quod tamen certa conditione intelligi debet, vt oſtēdo *in tracta. de præſcript. part. 3. cap. 3.*) perpendere etiam atque etiam debuerant, nos primæuum ſtatum non debere metiri ex eo, quod ante infinita ſecula obtinuit: ſed eius temporis, quo quis naſcitur. Certum autem eſt ſecundū diſpoſitionem noſtri iuris, *l. in orbe, 17. ff. de ſtatu homin.* natos ex legitimo matrimonio, cenſeri in patria poteſtate, *Inſti. de patria poteſtat. in princ.* Itaque cum hic fateatur ſe filium eſſe, non poteſt videri illud cum primæuo ſtatu pugnare, quod etiam ſit in poteſtate. Quamuis enim illegitimus eſſe potuit, non tamen hoc ipſum, vt eorum argumentatio præſefert, neceſſariā conſequen-
24 tiam habet, vnde † in dubio illud potius cōſtituere debemus, quod delicto careat, *arg. l. merito, ff. pro ſocio.* Et plane non video quomodo filius contendere poſſit ſe extra vinculum patriæ poteſtatis natum eſſe, niſi propriam turpitudinem alleget, quo caſu quis audiri non ſolet, *l. alias, ff. de iureiur.* Quibus ita conſtitutis non obſtabit, quod quis fundamentum ſuæ intentionis probare cogatur, vnde ſi pater contendat aliquem eſſe in ſua poteſtate, idem ipſi videatur incumbere. Reſpōdemus enim, quod ex quo filium ſe eſſe agnoſcat, ſilentio etiam fateatur, quod in poteſtate ipſius ſit, ex cauſſa quam retulimus, & quod etiam pietas hoc ſuadeat, *l. ſi fi-
25 lius, ff. de probat.* Nec repugnant † *l. Titia, item l. ſi vxor,* ſupra a nobis adductæ, ſi enim ſolutionem Baldi, *in dict. l. ſi Titia, Caſtrenſis in l. ſolemnibus, n. 3. C. de fid. inſtrum. Tiraq. de iure primogenituræ, c. 17. opin 11. n 30.* amplecti velimus, exiſtimātium, quod quoties huiuſmodi qualitas in iudicium incidenter deducatur, quæ ſine alterius præiudicio ſit, tūc quaſi poſſeſſionem libertatis onus probationis in patrem reiicere nobis conſtabit ſuſcepta defenſio. Quod ſi vero ponamus huiuſmodi reſponſionem parum commode ad leges, de quibus mentionem fecimus aptari, non abſurda iudicari poterit expoſitio Alexandri *hic num, 2. Fulg. numer. 2. Iaſon. num. 2. & 3.* patrem intentionem ſuam ſatis probaſſe, ex quo nihil e contrario doceatur: id enim ſuadere videntur rationes, quæ ſupra a nobis congeſtæ ſunt, item ſecunda ratio, *l. ſi filius, ff. de probat.* quod filia allegans ſe patriæ poteſtati allegatam non eſſe, videatur factum aliquod in iudicium deducere, ex quo liberata ſit, facta autem non præſumuntur, *vt dictum eſt*, & quilibet etiam exceptiones ſuas probare debet.

His ita enucleatis exſiſtit alia † difficultas 26
ex *l. paterfam. 6. ff. de collat. dotis*, quam mouet gloſſ. *in verb. venientem, item l. filia, ſupr. h. tit.* Deinde ex *l. filium, 20. §. videamus, ff. de bon. poſſ. contra tab.* vnde intelligimus emancipatos etiam ſuis non cōferre: ratio autem redditur, *in l. nec ipſa, ff. de dotis collat.* quod inter eos, qui diuerſo iure ſuccedunt collatio locum non habeat, Bart. quidem † *hic num. 3.* 27
inſinuare videtur, quod eadem lex, ex benigniori conſideratione Iuriſconſulti Scæuolæ, *l. ſi filius, 10. ff. hoc tit.* correcta ſit, idemque cum certa determinatione, ſi ſcilicet poterant eodem iure ſuccedere, quāuis illud omiſſum ſit, probant Caſtr. *hic num. 4. Fulgoſ. num. 3. verſ. in gloſſa magna Bald. in l. præludi. h. tit. num. 4. Alex. in l. filia, h. tit. numer. 4. Pontan. hic num. 11. Philip. Corn. num. 25.* talem interpretationem communem dicens. Sed non obſeruarunt iidem auctores *d. legem ſi filius a Scæuola*, propoſitā eſſe, qui longo temporis ſpatio † vixit ante Triphonium, Papi- 28
nianum, & Paulum Iuriſconſultos, vnde abſurdum iudicari poſſet, quod is, qui ætate, & in edendis ſuis lucubrationibus anteceſſit poſteriorū ſcripta correxerit. Qua de cauſſa † mihi res paulo aliter digerenda eſſe vi- 29
detur, vt interſit vtrum filius emancipatus ſit inſtitutus, & filius vel filia, quæ erat in poteſtate, acceperit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, an vero directo contrarium euenerit, *vt in dict. l. ſi filius*, vt vltimo caſu collationi locus ſit ex benigna interpretatione Scæuolæ, quamuis verba edicti repugnare viderentur, vt apparet tribus rationibus. Primo, quod ex facto emācipati bonorum poſſeſſionem petentis, alter filius lædatur: deinde, quod filius ſuus paterno iudicio nitatur: tertio, quod ſi voluiſſet, potuiſſet etiam bonorum poſſeſſionem petere, ſcilicet, ſi extraneus cū illo inſtitutus eſſet, hinc

fit quod

Digitized by Google

ſit, quod heres ipſius hoc beneficii non habeat, *l. 1. §. ibidem, ff. eod. tit.* Primo vero caſu propterea ceſſat collatio, quod & diuerſo iure ſuccedant, & filius emancipatus teſtamento inſtitutus fuerit, *vt d. l. pater filium, n. 2.* & melius meo iudicio obſeruauit Bart. & Alberic. *hic num. 1. Franciſ. Aret. num. 3. Decius num. 15.* Etenim qua ratione teſtamento condito illo iure ceſſabat collatio, *vt l. 1. & l. ſi filiam, h. tit. l. ſi filia, ff. de collat. dot.* eadem ratione videbatur admittenda non eſſe, cum teſtamentum pro parte emancipati adhuc valeret, vnde etiam iniuriam a prætore filius ſuus non accipiebat, ſed id totum iudicio paterno accepto ferri debebat. Vnde ſequitur, quod generalis conſideratio quam ſubiicit Paul. Caſtr. quod inter ſuccedentes diuerſo iure non ſit locus collationi, hoc caſu ſola ſufficere non poſſet. Nec mouere putamus, quod idem Iuriſconſultus vim in tali ratione cõſtituere videatur. Nam ſi mentem ipſius & cõſilium diligenter excutiamus, intelligetur, hoc modo aſſerere cauſſam filię quæ in poteſtate erat, vt ea non poſſit vrgeri ad collationẽ dotis, cum frater emancipatus ex teſtamẽto ſuccedat, & ipſa diuerſo iure. De cõtrario caſu mentionẽ nõ fecit, quippe qui iam antea cõtra verborum formã ex mente p̃toris & æquitate a Scęuola deciſus eſſet, vnde videmus conſilium vtriuſq; ICti eo pertinere, vt filio, qui læſus erat per beneficiũ prætoris ſuccurrerent, ſuadente ſcil. hoc æquitate, vnde mirum videre nõ debet, ꝙ in *l. 20. §. videamus, ff. de bon. poſſ. contr. tab* contrariũ reſpõderi videatur. Ratio n. in promtu eſt, ꝙ cum ibidẽ filius ſuus nullum damnum, ſed potius emolumẽtum ſenſerit ex bonorum poſſeſſione per alium accepta, ꝙ etiam collatio impediatur, vt ẽt fit *l. 1. §. pater filiũ, ff. de collat.* Sed quæſtionis
30 eſt, an *d. l. pater filium,* † abrogata ſit per au-
31 thent. *ex teſtamento,* quod ſane putat † Bart. *ibi. n. 10. Paul. de Caſt. in l. vt liberis circa fi. Cyn. ibid. n. 1. Iaſ. n. 16. Alex. hic n. 10. Roma. n. 12.* & ab hac opinione tanquam cõmuni non eſſe recedendum contendit Purpur. *in l filiæ, 4.*
32 *ſupr. h. t. n. 6.* Repugnãt tñ † & has leges non eſſe antiquatas cõſtituunt Fulg. *hic n. 9. Frãc. Aret. n. 3. verſ. 3. adde,* quod ad illũ articulum, Corneus *hic n. 32.* mouentur, quod ſub diſpoſitione ſimpliciũ, caſus mixtus, qui ex vtraq; conficitur, non contineatur, *l. vim paſſam, §. præſcriptio, ff. ad l. Iul. de adult.* ſed hæc obſeruatio refelli poteſt per *l. Gallus, §. ille caſus, ff. de liber. & poſth. hered. inſtitut.* Qua de cauſſa arbitrarer hanc vltimam ſententiam ex alia † conſideratione adiuuandam eſſe, 33
quod Nouel. *18. de trient. & ſemiſ. §. illud.* cõprehenſa ratio hoc caſu locum habere non poſſit, ꝙ pater præ mortis anguſtiis, aut ex cauſſa obliuionis nihil videatur, de collatione ſtatuiſſe. Nam cum vnum filiũ duntaxat heredẽ inſtituerit, *vt in d. l. pater filium,* fruſtra de collatione quæritur Si n. illum totam hereditatem obtinere voluit, vtique illud ꝙ minus erat, *l. ſi infr. de inſtit. & ſubſti. ſub cond. fact.* In perſona aũt eorum, qui per cõtra tabulas bonorum poſſeſſionem ſuccedũt, etiam ſuperflua hæc diſceptatio eſt, cum ſucceſſionem nõ patris beneficio, ſed prætoris debeant, vnde ipſius mens ſpectanda videtur, *arg. l. in conuẽtionalibus 52. ff. de verb. oblig. l. ſi arrogator 22. §. 1. ff. de adopt.*

His ita diſpoſitis nondum præſens cõſtitutio in trãquillo verſatur, ꝙ cõtra vtrumq;
pronuntiatum † gloſſ. adhuc obiiciat, *§ nul-* 34
lam, Nouell. 118. de hered. quæ ab inteſt. defer. qua videatur omnis differẽtia patrię poteſtatis, item ſuorum & emancipatorũ filiorum ſublata. Hunc nodum eadem gloſſa & gloſſam ſecuti Bart. *hic n. 11. Bald. n. 6 Caſt. num. 6. & 7. Alex n. 10. Corn. n. 35. Iaſ. n 36. Purpur. n. 71. & ſeq. Rom. n. 35. Cagn. n. 107. Did. Couar. in c. Rayn. in pr. n. 6. Vaſq. in tract. de ſucceſ. creat. part. 1 lib. 1. §. 10. n. 596. Aſcan. Clemens de patria poteſt. c. vlt. n. 83 Iaſ. in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, n. 52. ff. de lib. & poſth. her. Inſt. Marcus Aquil. ibi. in verb. quid ſi nepos, n. 125.* vbi ẽt plures au-
ctores accumulat, ita diſſecandũ † putãt, vt 35
ſeparent cauſſam ſucceſſionis ab inteſtato, a ceteris iuris noſtri diſpoſitionibus. Vnde ſi quæratur de ſucceſſione liberorum, omnes ex æquo admittuntur, ſecundum gradus ſui prærogatiuam *vt d. Nouell. 118. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Quod ſi vero tractetur de iure collationis hic nihil mutatum per eandem
Nouellam deprehẽdimus Vnde † occurrit 36
definitio *in l. ſancimus, inf. de teſta. item l. præcipimus, infr. de appell.* non eſſe mutatũ, quod nominatim abrogatum nõ ſit. Et hoc quod ad collationem attinet, expreſſim defendũt gl. *hic in dictio. venientẽ, Phil. Corn. n. 35. Alex. num. 10. Iaſ. n. 36. Franc. Purpur. n. 75 poſt Chriſtoph. Petr. de Bella Pertic. Iohan. Fabr. Nicol de Neapoli. & alios in hanc rem allegatos, Roman. n. 36. Bart. in l. 1. ff. de coniung. cum emancip. lib. num. 3.* vbi oſtendit, quod illo caſu quo teſtamentum per contra tabulas bonorum poſſeſſionem pro parte expugnatur, ille
titulus correctus † non ſit, quod ſcilicet te- 37
ſtamenti cauſſa ſuſtineat differentiam patriæ poteſtatis. Et hanc Bartoli ſententiam

Digitized by Google

frequentioribus calculis comprobatam oſtendit Alban. *ibid. in addit.* Nos autem de hac re ſuo loco, *vt in authen. ex cauſſa, infr. de liber. præter. & in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de lib. & poſthum. here. inſtit.* copioſius diſſe-
38 remus. Et hæ ſint primæ differentiæ † inter ſuos & emancipatos.

Tertia differentia, quæ ex gloſſa noſtra colligitur, eſt, quod filii, qui ſunt in poteſtate parentes ſuos in ius vocare nequeant, *l. qui in poteſtate 3. ſupr. de in ius vocand. & l. lis nulla, 4. ff. de iudic.*

Quarta differentia eſt, quod filius ſuus omnia patri adquirat, cum diſtinctione, *l. cum oportet, infr. de bon. quæ liber. & §. igitur. Inſtit. per quas perſon. nob. acq.*

Quinta differentia eſt: quod filius ſuus tranſmittat hereditatem a ſe non aditam ad quoſcunque, *ſecundum Ang. Caſt. & Bald. in l. ſi fratris. infr. de iur. delib.* emācipati, duntaxat ad deſcendentes, *l. vnic. infr. de his, qui non apert. tab. teſt. diſ. Caſtr. hic num. 7. Alex. n. 10. Iaſon. num. 36. Corneus num. 37. poſt Ang. & Bald. ab illo allegatos,* dicens hanc opinionem cōmunem eſſe, quod etiā profitetur Ang. & Purpur *hic num. 74.*

Sexta differētia eſt, quod quis filio, quem in poteſtate habet pupillariter ſubſtituere poſſit, *l. morib. ff de vulgar. & pupill. ſubſtit.* diuerſum autem obtineat in filio emancipato *d. l. moribus.*

Septima differentia eſt, quod quis filio ſuo tutorem dare poſſit, *l. 1. ff de teſtam. tut. & l. pater. eod. tit.* quod in emancipato non admittitur, *d. l. 1.*

Octaua differentia eſt, quod filius ſuus patri naturali, etiamſi in adoptiua familia ſit, ſuccedat ab inteſtato, emancipatus non vtique, *l. cum in adoptiuis, in fin. infra. de adoption. & ibid. Bald. Corneus hic nu. 38.*

Nona differentia peti poteſt ex *l. non ſolum, infr. de bon. quæ lib. in prin. & ſeq.* §. qui ad filium emancipatum accommodari non poſſunt.

Decima eſt, quod emācipatus poſſit experiri iudicio ſine conſenſu patris, *l. non ſolum, §. neceſſitate, infr. de bon. quæ lib.*

Vndecima differentia eſt, quod ſuus habeat beneficium, *legis finalis, infr. de repud. hered.* non emancipatus.

Duodecima, quod donatio in filios ſuos nō ſubſiſtat, *l. cum de bonis 11. & l. ſiue emancipatis 17. infr. de donat.* diuerſum autem probandum ſit in emancipato.

Decimatertia differentia eſt, quod filius in poteſtate non poſſit contrahere nuptias ſine conſenſu patris, *l. nuptiæ, ff. de ritu nupt. l. ſi vt proponis, 5. l. nec filium, 12. ſupra. de nupt.* aliud autem iuris eſt in emancipatis, cum certa limitatione, de qua *l. vidua, 18. & l. in coniunctione, 20. ſupr. de nupt.*

Defunctus legis noſtræ expoſitione, reliquum eſſe video, vt vna cum noſtris interpretibus, vltra ea, quæ iam commemorata ſunt, generaliter diſpiciam, quæ conditiones ad hoc, vt collatio, locum habere poſſit, requirantur. Qua in re axioma generale cōſtituendum eſt, collationem † locum non 39
habere, niſi inter deſcendentes, *vt tradunt gloſſ. in verb. venientem Cyn. hic numer. 16. Odofred num. 2. Alberic. num. 7. Bald. numer. 10. Salyc. num. 12. Fulg. num. 10. Caſtrenſ. nu. 2. Corneus num. 71. Iaſon. num. 26. Roman. numer. 5. & ſeq. Purpur. num. 18.* & hanc communem eſſe fatetur Decius *hic num. 7.* quamuis occaſionem impugnandi quærat Ferdinand. Vaſq. *lib. 2. de ſucceſ. reſol. §. 19. nu. 21.* vbi etiam hanc ſententiam communem teſtatur. Rationes a noſtris † Doctoribus maxime Baldo tres 40
commemorantur, quarum duæ ſatis periculoſæ ſunt. Vna, quod illi, quibus non debetur legitima, ad hoc ius aſpirare nequeāt. Altera, quod is, qui non poſſit petere bonorum poſſeſſionem, pariter inde excludatur, ſed vtraque ratio inſtantiam patitur, quod aſcendentes tale beneficium habeant, & certo caſu etiam fratres, *vt l. nam etſi. ff. de inoffic. teſtam. l. fratres, ſupr. eod. tit. item Inſt. de bonor. poſſeſſ.* Tertia ratio eſt, quam conſiderauit Bart. *hic circa fin.* Alberic. Caſtrenſ. Iaſon & omnes interpretes ſupra a nobis relati, quod nulla lege cautum ſit, alias perſonas ad collationem admittendas, vt argumentatur Imperator, *in l. illam 19. hoc tit.* ſed tamen inueſtiganda ratio fuerat, quare noſtri legiſlatores hoc ius aliis minime indulgendum putauerint, quam a noſtris interpretibus omiſſam meo iudicio facile adſequemur, ſi cauſſam cur inter aſcendentes & tranſuerſales collatio locum non vindicet, inueſtigemus. Etenim his perſonis † hoc e- 41
molumenti tributum non eſſe, regula a nobis propoſita euincit, & nominatim hoc in aſcendentibus & tranſuerſalibus probarunt Cyn. Alberic. Bald. Caſt. Alex. Fulg. Rom. Corneus, Iaſon, Purpur. Vaſq. *in locis ſupra a nobis deſignatis.* Contrarium autem videbatur dicendum eſſe, quod §. *1. ff. de collat.* cōprehendatur inter eos eſſe ius collationis, quibus poſſeſſio data eſſet. Atquin his perſonis

ſonis dari poſſeſſionem apparet, *Inſtit. de bonorum poſſeſſ. item ſupra vnde legitimi, & vnde cognati*. Secundo, quod aſcendentes cum collateralibus ſuccedere nõ conſueuerint, ſed illud primum introductum ſit, *per auth. defuncto, infr. ad SC. Tertull.* cum pater antea excluſa matre & fratrib. bona referre ſoleat *l. 2. §. obiicitur, ff. ad SC. Tertull. l. 2. infr. eod. tit.* vnde videbatur, quod ſublata diſpoſitione legis, atq; eius ratione, ius collationis & hic introducere debeamus. Tertio, quod hoc commendare videatur æqualitatis ratio, de qua *in l. illud, h. noſt. tit. Nouell. 18. de trient. & ſemiſſ. §. illud.* Quarto, quod cũ filia dotem, & alia, quæ a parente profecta ſint, conferre debeat, *l 1. de collat. dot.* idemque etiã ſtatuatur in donatione propter nuptias filio aſſignata, *l. vt liberis, h. t.* multo æquius eſſe videatur, vt ſoror ea, quæ a fratre percepit parentib. cõferat, maxime cum illis iniuria per eorum admiſſionem fieri videatur.

42 His tamen dubitandi cauſſis † ſubmotis, amplector Doctorum noſtrorum interpretationem, non eſſe collationi locũ. Etenim, ſi cauſſam quare dos & donatio propter nuptias inter liberos conferatur, perpendere velimus, animaduertimus illam eſſe, quod talis præſtatio neceſſitatem aliquam cõiunctam habeat naturæ & iuris ciuilis in patre, *l. qui liberos, 19. ff. de rit. nupt.* honeſtæ & debitæ affectionis in matre, *l. Sulpitius, ff. de dona. inter vir. & vxor.* quæ rationes ceſſant in parentibus, quamuis enim filii, ſiquidem in facultatibus ſint, eoſdem alere, *l ſi quis a liberis 5 ff. de liber. agnoſ.* debent, tamẽ nuſquam legitur, quod filius pro matre dotem conſtituere cogatur, aut pro patre donationem, propter nuptias, cum ſecũdæ matris nuptiæ odioſæ ſint, & in liberorum necem aut graue detrimentum plerunq; vergere ſoleant, *l. lex quæ tutores, ſupr. de adminiſt. & peric. tut. l. generaliter, & l. hac edictali, ſupr. de ſecund. nup.* Vnde etiam tutores, quamuis matrem alere non prohibeãtur, ſi facultates pupilli hoc concedant, non tñ dotem conſtituere, aut nuptiale munus matri mittere poſſunt, *l. tutor, 13. §. fi. ff. de adminiſt. & peric. tut.* ſi tamen filius meritis parentum & affectioni tm̃ tribuerit, vt dotem vel donationem propter nuptias conſtitueret, vel militiam, de qua in *l. illud; h. t.* compararet, non puto parentes ad collationem vrgendos eſſe. Primo, quod talis liberalitas a donatione ſimplici nõ multum differat, quã hoc munus non agnoſcere ſupra intelleximus. Secundo, ꝙ parentib. per admiſſionẽ fratrũ iniuria facta videatur, *vt ſupra diximus circa explicationem, l. pater filium, ff. de colla. dot.* Porro nec frater aut ſoror ad collationẽ cõpelli poterit, ſi fortaſſe dotem aut donationẽ pp nuptias a fratre mortuo acceperint, cum & hæc munificentia a ſimplici donatione ſeparanda non ſit, neq; vlla neceſſitas conſtituendę dotis aut donationis ꝓpter nuptias fratri incubuiſſe videatur, *ſecundum l. cum plures 10 §. fin. & l. tutor 13. §. fi. ff. de admin. & peric. tut. & curat.* & huiuſmodi benignitatem potius merita fratris & ſororis, quam ſanguinis neceſſitudo expreſſiſſe intelligantur, *arg. l. dotem 17. §. fi. ff. de caſtrenſ. pecul.*

Quæ cõſideratio etiam facit, vt probare nequeam animaduerſionem Decii *hic n. 7.* qui contra deciſionem gloſſ *in verb. venientem, Bart. n. 11.* & aliornm interpretũ exſiſtimat, extraneum † vna cum filio inſtitutum, 43
non debere eſſe melioris cõditionis, quam filium, contra *l. cum auus 102. ff. de cond. & demonſt.* Nam cũ hic diuerſa ratio intercedat, neque vllum vinculũ patriæ poteſtatis, aut ſimilis neceſſitudinis hunc ad ita donãdum impulerit, ſed mera liberalitas, aut amici beneficia, a ſeparatis inferendum non eſt, *c. inter corporalia, extr. de renunt. & l. naturaliter, §. nihil commune. ff de acq. vel amit. poſſeſ.* His ita
conſtitutis non † magni negotii fuerit, illos 44
obices ſuſtuliſſe, in quos ſupra nos incidere oſtẽdimus. Paragraphus n. primus, *l. 1. ff. de coll. t.* declarationem recipit a præcedenti principio, *& tot. titul.* ex quo intelligimus, prætorem hoc beneficium induxiſſe gratia liberorum, qui in poteſtate erant. Fundamentũ ſecundo loco iactum tolletur, ſi obſeruemus illas cauſſas, ex quibus prætor ius collationis induxit, itẽ & Imperatores, non interuenire in perſonis aſcendentium aut collateralium, *vt iam antea oſtendimus* Vnde etiam his caſibus nullum remedium leges introduxerunt, ſine quarum auctoritate nihil aſſerere debemus, *l. illã, h. t.* aut loqui erubeſcimus *Nouell. 18. de trient & ſemiſ. in princ.* Ratio æqualitatis, quæ tertio expenditur, in aſcendentibus & collateralibus ex cauſſis, quas ſupra cõplexi ſumus, locũ non habet, deinde in expoſitione legis illud conſtabit, ad quam normã hęc æqualitas exigenda ſit. Quod filia vt quarto inſtatur dotẽ cõferat, neceſſitas eius cõſtituendæ, *vt l. qui liberos, 19. ff. de rit nup.* ſuaſiſſe videtur, ꝙ in accedentib. & qui nobis a latere coniuncti ſunt, non ꝓcedit, *vt ſupr. diximus. In l. qui filiũ. ff. de col.*

Digitized by Google

pater non nomine ſuo, ſed nepotis ſui confert, quæ deciſio inſpectionẽ noſtram non onerat,ſed potius confirmat, Lex *illud h. t.* generalibus verbis concepta interpretationem recipit a ſequentibus,ſiue fine eius legis,quod fieri poſſe apparet,ex *l. ſi ſeruus plurium,§.fi.ff de legat.1.*

Fatua igitur eſt noſtra definitio inter ſolos liberos ius collationis verſari,quæ res tñ adhuc ſuam determinationem accipit:vt n. hoc comodi ſibi polliceri poſſint,certas cõditiones noſtri Doctores requirunt.

Prima eſt,quam propoſuit Bald. *hic nu. 5.* quod cum in bonorũ poſſeſſione certi gradus ſint,vt quis ex primo vel ſecundo capite ſuccedere poſſit,*l. 1.§.ſciendum ff.de ſucceſſor.*
45 *edict.*hanc † prærogatiuam non deferri,niſi his,qui ex primo cap.ſuccedunt, legẽ nullam qua hanc opinionem fulciat, vel etiam
46 rationem,adducit. Poſſet tamen † hanc interpretationem illa cõſideratio tueri, quod ex ſecundo capite ſuccedentes non admittantur,vt liberi,ſed vt agnati vel cognati,inter quos, quod ſolo lateris vinculo nos attingant,nõ eſſe ius collationis ſupra oſtẽdi.

Secundo,quod cum collatio eo conſilio introducta ſit,*l.1.ff.de collat.*vt iniuriæ liberi quam ex promiſcua aliorum admiſſione liberi ſentirent, prætor detergeret, hic non poſſit videri,vllam iniuriam his liberis intuliſſe:quod omittendo ſucceſſionem ex primo cap.videantur ſibimetipſis viam ad huiuſmodi beneficiũ interſepſiſſe. Baldi ſententiam probat hoc loco Caſtrenſ.*nu.2. Alex.nu 7. Franc. Aret.num. 4.verſ.ſexto adde, Decius nu.8.item Purpur.nu.23.*qui adhuc alia argumentatione, hanc ſententiam defendere conatur: duorum enim alterum, vt euenerit neceſſe eſſe,quod aut filius,qui collationem deſideret,veniat ex primo capite, & alter ex ſecundo.tunc ceſſare hanc quæſtionem,quod eum in totũ repellere queat, *l 1.ff.de ſucceſſ.edict.* aut vterque ex ſecundo capite bonorum poſſeſſionẽ amplectitur, tunc illud fieri intelligi cũ cauſſis ſuis & natura eius poſſeſſionis: ius n. ciuile vigilantibus non negligentibus ſcriptum eſſe,*l.pupillus,ff. quæ in fraud cred.geſt.ſunt.*

47 Diſſentiunt † autem Fulgoſ. *hic num. 10. circa fin.Pontan.num.24.Philip.Corneus nu.76. Iaſon.nu 30.& ſeq.*mouentur ſequentibus argumentis. Primo, *l.vt liberis hoc noſtr.tit.in verb.quocunque iure.*

Secundo,quod quamuis liberi ex ſecundo capite vocentur, non tamen tractentur, vt extranei,ſed vt liberi,cum iiſdem nõ centum dies,ſed añus integer adhuc tribuatur, *l.ſi coheredi,§.fi.ff.quis ord.in bon.poſſ.ſeruetur.*

Tertio adducit Iaſo. *l. 2.in prin.ff.vnde legit.*vbi filius vt legitimus admiſſus omnes alios legitimos excludit.

Quarto,in hanc rem expendit,*l.de bonis, §.1.ff.de Carbo.edict.*ex quo colligatur, filios, etiamſi ex ſecundo capite ſuccedãt, tamen ſuos adhuc cenſeri.

Quinto, confirmat hoc per legem, *vt liberis,& l.illam*, ex quibus intelligamus, collationem locum habere,non tantum ſi quis ſuccedat ex capite, *vnde liberi,*ſed etiã, *vnde legitimi*, cũ tractetur de ſucceſſione matris.

Ad hæc Fulgoſii & Iaſonis argumenta reſpondent Franc. Aret. Alex. Decius & Purpur.ad quem auditorẽ breuitatis gratia reiicio,vt is diiudicare poſſit, quis iuſtiora arma induerit: Neque enim puto hanc conſiderationem adeo magnæ vtilitatis eſſe,cum admodum negligentis & incogitantis eſſe videatur,ex ſecundo capite potius ſuccedere velle,quam ex primo.

Secũda conditio, quam iidem interpretes,*vt Bald.hic n.10.*quẽ etiam ſequitur Fran. Aret.*n.5.*poſt Ang.ab eo relatum, Caſt.*n 3. Dec.n.9.Iaſ.n.32.& ſeq.* vbi tamẽ occaſionem impugnandi more ſuo quęrit,Purp.*n.25.*requirunt,eſt, vt illi, de quorum † collatione 48
quæritur in ea cauſſa ſint,vt eis legitima debeatur. Et hanc opinionem comunem eſſe ſtatuit idem Purpur Præterea Salycet. hanc Baldi doctrinam *n.13.* ſingularem eſſe dicit, quamuis cogitãdum relinquat, *Ferd. Vaſq. lib.2.de ſucceſ.reſol.§.19 n.26.*Ratio illa conſiderari poteſt,quod ſecũdum definitionem, *l.poſthumorum.ff de iniuſt rup.& irrit.fact. teſtam.item l.Gallus,§ in omnib.ff.de lib.& poſth. here inſt.* deinde §.*ſed hac vetuſtas,Inſt.de exher.liber.& §.poſthumorum eod.tit.*liberis,qui primo gradu ſint,ſucceſſio debeatur,& propterea neceſſario ſint inſtituendi vel exheredandi: aliud autẽ obtineat in nepotibus, quos pater præcedat,hos enim auus omittere poteſt. Vnde ſi illos iudicio apprehenderit, tanquam extraneos inſtituiſſe videtur. Qua de cauſſa etiam inferunt inter hos nepotes non eſſe locũ collationi. Et quamuis Fulg *hic circa fi.*item Phil. Corn.*n.77.*hanc Baldi obſeruationem repudiet, *arg. l qui in aliena 6.§.interdum.ff. de acq. vel omit. hered. item l. liberorum,§.ſed & Papirius,ff. de verb. ſign.item l.vt liberis h.noſt.t.*tamen non puto eaſdẽ leges munus impoſitũ ſuſtinere poſſe:

§.enim

§. enim *interdum*, nullam de iure collationis mentionem facit, ſed duntaxat innuit, quod filius exheredatus per nepotem inſtitutum neceſſarius heres fieri poſſit, §. *ſed & Papirius*, paulo ꝓpius vrgere videtur, dum inde colligimus, ꝙ aui nepotes ſuos ea affectione complectãtur, vt eoſdem dulciſſimo nomine filios appellent. Sed hæc conſideratio in cauſſa ſucceſſionis momentum non facit, in qua gradus prærogatiua ſpectari ſolet, *d. l. poſthumorum, & l. final. infra. de verb. ſig.* Vnde affectio paterna etiam legib. conſentanea cenſeri debet, *l. ſi duo, ff. de acq. vel omit. hered. l. Gallus Aquilius*, §. *1.* & quod ibidem Doctores ſcriptum reliquerunt, *ff. de lib. & poſth. hered. inſtit.* Quia de cauſſa cõſtituere debemus, parẽtem alia ratione, quam affectionis motum, eoſdem filio coheredes dediſſe, veluti ꝙ eorũ maiora eſſent merita aut facultates in illorum perſona melius cõſeruari poſſent, lex autem, *vt liberis*, generaliter quidem de nepotibus loquitur, ſed ex doctrina *l. non eſt nouum, ff. de legib.* & aliis legibus determinationem recipit.

49 Hinc etiã infertur, † inter filios naturales tñ, non eſſe locum collationi, cũ iiſdem legitima portio non debeatur, *l. fin. ſupr. de na-*
50 *tur. lib. Purpur. hic n. 28.* Vltimum † requiſitum eſt, quod huiuſmodi liberi tit. vniuerſali, non autem particulari ſuccedant, *Alber. hic n. 7. Iaſ. n. 35. Purpur. n. 30. arg. l. a patre 10. h. t. item l. filiæ licet 12. l. filiam 16. h. t. l. ex cauſſa ſup. fam. erciſ.* in quibus hæc doctrina conſiſtere videtur.

Lex, A patre, 10.

SVMMARIA.

1 *Diuerſa lectio huius conſtitutionis.*
2 *Interpretatio huius cõſtitutionis ſecundũ auctorem.*
3 *Filia ad collationem vrgeri poteſt, etiamſi teſtamentum interceſſerit, ſi plus compendii ſenſerit per bonorum poſſeſſionem.*

1 HÆc conſtitutio apud † ſcribentes non eandem interpretationem habet, Bart. n. Ang & Salyc. verba legis eo pertinere exiſtimant, vt filia compelli non poſſit ad collationem eorum, quæ codicillis vel etiã teſtamento iure legati vel fideicomiſſi relinquũtur. Quæ expoſitio quamuis vera, ſit, vt conſtabit ex *l. filiæ 12. h. noſt. t.* nõ tñ conuenit cum verbis noſtræ legis. Qua de cauſſa Fulg. Bal. Alex. Rom. Iaſ. Corn aliter rem moderantur, vt conſtituãt, filiam ad collationem dotis vrgeri non poſſe, quamuis aliquid codicillis relictũ habeat. Ratio in textu noſtro redditur, ꝙ hoc extero iure capiat, quam rationem Iaſ *hic n. 1.* temere repudiat, dum ex ſententia Baldi *in pr. Caſt. Ange. n. 1. Salyc. n. 1. Aret circa fi. Corn. nu. 2.* conſtituit, filiam propterea non compelli ad collationẽ, ꝙ iure ſingulari ſuccedat, *vt l. ex cauſ. ſup. fam. erciſc.* Ceterum Dec. *hic n. 2.* Iaſonem temeritatis reprehendens, hæc verba alium ſenſum accipere exiſtimat, vt ſcil. intelligantur de illa filia, quæ ita fideicomiſſum capiat, vt extranea, veluti ſi poneremus, illam ſuis meritis eo patrem prouocaſſe.

Hac in diſceptatione exiſtimo, communem expoſitionem non eſſe reiiciendam, ſi intelligatur de tit. ſingulari, quæ ab inteſtato hoc tempore cõpetebat. Nam in teſtamento nulla erat diſtinctio, ſed tñ rationem Imperatoris contra interpretis officium nõ ita vocandam in controuerſiam, vt ab eadem temere recedamus, aut ad eius defenſionem rem in diuinationem vna cum Decio committamus. Sciendum † itaq; eſt, quod 2
ſi ius Codicis, & ff. intueamur, collatio locũ non habuerit ex teſtamento, *l. 1. & l. ſi filiam h. t. l. ſi filia, ff. de collat. dot.* ſed ab inteſtato, *d. l. 1.* Porro codicilli nõ efficiebant, quo minus quis ab inteſtato deceſſiſſe diceretur, *Inſt. de codicill.* §. *non tantum.* Videbatur itaq;, quod hæc filia, quæ verbis precariis in codicillis relicta erant, conferre teneretur. Contrarium tamen reſcribit Imperator, ꝙ filia hæc ipſa extero iure caperet, id eſt, vt bene interpretatur gloſſa, vt extranea, cum hoc emolumẽti non conſequatur, vt filia iure ſucceſſionis ab inteſtato, quo caſu collatio locum habere ſolet, ſed per expreſſam patris voluntatem, vt etiã quilibet extraneus poterat, ita vt hic non ſit diſtinguendum an iure ſingulari, an vniuerſali, quidquid hoc eſt compendii, conſequatur, *l. 1. h. t.* niſi ius nouiſſimum, de quo *in auth. ex teſtam.* ſpectare velimus. Qua in re non eſt, quod nobis negotium exhibeat, † *l. ſi filia, ff. de collat. dot.* v- 3
bi filia teſtamẽto inſtituta hoc munere fungi cogitur. Ratio enim eſt euidens, quod per contra tabulas bonorum poſſeſſionem ab alio admiſſam, plus cõpendii ſenſerit, quam ex teſtamento erat habitura, vt etiam ſit *in l. 1.* §. *ſi pater, ff. de collat. l. filiũ, 20.* §. *videamus, ff. de bon. poſſ. contra tab.*

Lex, Poſthumo, 11.

SVMMARIA.

1 *Quamuis poſthumi non ſint ſui, tamen illis conferẽdum eſt, & ratio*
2 *Quam bonorum poſſeſſionem hic poſthumus acceperit,*

FFf

Digitized by Google

3 *Cum non conferenti denegentur actiones, quomodo illud intelligendum ſit.*
4 *Sententia Baldi exiſtimantis illud ipſo iure fieri.*
5 *Contraria ſententia Franciſci Aretini.*
6 *Diſtinctio auctoris.*

1 LEge 1. *ff. de collat.* cauebatur, † ſuis filiis conferendum eſſe, cum autem poſthumi non ſint ſui, §. *ſui, Inſti. de rer. qual. & diff.* militet tamen in eorum perſona eadem ratio, idcirco Imperatores idem quoque ius in ipſorum perſonis conſtituendũ eſſe exiſtimauerunt, vt ſcil. emancipati eidem conferre cogantur. Sed hic exoritur ſcrupulus, quod cum poſthumus teſtamentum rumpat, §. *poſth. Inſt. de exher. lib.* & ſibi locum faciat ab inteſtato, & ex textu intelligamus filium emancipatum accepiſſe bonorũ poſſeſſionem, atq; adeo diuerſo iure ſuccedãt, quomodo collationi locus eſſe poſſit contra
2 *l. pater filium, ff. de coll. dot. & l. ſeq.* Hunc ſcrupulum meo iudicio, † non incõmode gloſſa noſtra eximit, dum putat, eũ agnouiſſe bonorum poſſeſſionem, *vnde liberi*, quod teſtatur eo caſu & nõ ſeruata ſolemnitate plane inteſtatus diſceſſiſſe videatur, *d. §. poſthumi, de exhered. lib. ita Alex. hic nu. 2.* quamuis Raphael. Fulg. *n 2. Corn. n. 8.* aliter rem digerant. Præterea non incolorate huc transferri poſſet obſeruatio noſtra, de qua *in l. ſi emancipati, 9. h. t.* q; collatio tunc demum inhibeatur inter eos, q; iure diuerſo ſuccedũt, ſi ſuorum ius ex tali interpretatione lęderetur, d. *l. pater fil. ũ, cum l. ſeq. ff. de collat dot.* non aũt, ſi hoc illis prodeſſet, *l. ſi filius 10. ff. de coll.*

3 Secũdo ex noſtro † textu colligitur, non conferenti eſſe denegãdas actiones, q; Bal.
4 *hic n. 1.* intelligit, † ipſo iure, adeo vt & litis ingreſſum impediat hæc allegatio, & etiam cuilibet, cuius hoc interſit, talis oppoſitio conceſſa ſit, *l. 3. §. cum exſtaret ff. de Carbon. edict.* Baldi ſententiã amplectitur Salyc. *hic n. 1. Fulg. n. 1.* & in eandẽ inclinat Philip. Dec. *hic. n. 9.* item Corneus *n. 5.* quamuis non diſſimulet eandem ſcrupulo non carere, idque defendunt *arg. l. ſi pupilli. §. videamus, ff. de negot. geſt.* q; nemo ſine actione experiri poſſit, deinde *l. mercalem, C. de cond. ob turp. cauſ.* quę collata cum *l. generaliter, ff. de verb. oblig.* demonſtret, hæc verba ipſo iure actionẽ præcidere.

5 Diuerſam ſententiã † aſſerere conantur, *Iaſ. n. 3. Fran. Aret. circa fi. verſ. tu aduerte.* Primo, *arg. l. prætor. ff. de collat. bon.* q̃ ſignificet, ob omiſſam collationẽ nõ impediri bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas. Secundo, quod hæc verba actiones eſſe denegandas, non tollant actionẽ ipſo iure, ſed elidant appoſita exceptione, vt videre licet, *in l. 1. ff. ad SC. Maced. in verb. act. vel petit. daretur*, facta comparatione cũ *l. item ſi filiusfam. §. quanquã, & l. tamen 11. eod. tit.* prętерea in SC. Velleiano *l. 2. §. fin. in SC. Trebell. l. 1. §. ſublata, ff. ad SC. Trebell.*.

In hac opinionum † controuerſia Baldi 6
opinionem, ſi inter terminos, quos ipſe proponit, maneamus, præferendam putarem, Nam & litis ingreſſum hãc allegationẽ impedire puto, & deinde ẽt alteri, ſi hoc ipſius interſit, eandem competere arbitror, *d. l. 3. §. dum exſtaret. ff. de Carbon. edict.* Sed in præſenti caſu nõ animaduerto, quomodo illud alterius intereſſe poſſit, cum debitores vero heredi pro hereditaria portione ſoluendo, *l. ea quæ nominib. ſup. famil. erciſ. & l. plane. ff. eo. tit. l. 1. ſup. ſi cert pet.* liberentur, *l. ſi quis ſic ſoluerit, 2. §. 1. ff. de cond. indeb. l. repetitio, 44. ff. d. tit. l. fin ſupr. de petit. hered.* adeo vt ſecũdo ad ſolutionem vrgeri nequeat, *l. bona fides, ff. de reg. iur.* Vnde hoc caſu merito heres replicare poſſet, quod ad te attinet integrum ius habeo, *l. loci corpus, §. pen. ff. ſi ſeruit. vind. vel ad al. part. neg.* diuerſa autem cauſſa eſt illorum debitorũ, qui poſtea rurſum compelli poſſint ad ipſam ſolutionẽ, *d. §. cum exſtaret.*

Quibus fundamentis iactis argumenta contraria facile dilui poterũt, nam primum ſolutionem in ipſo textu cõprehenſam habet. Quod ad SC. Macedonianum, Velleianum & Trebellianũ attinet, propterea ſolum exceptionis ius tribuiſſe videtur, quod quemadmodum prætor actionem ipſo iure tollere non poteſt, *Inſti. de bonor. poſſeſſ.* quod illorũ imperiũ inferius legis poteſtate ſit, ita etiã & ſenatus. Ponderandũ præterea eſt a prætore, antiquitus actiones impetrari ſolere, qui re cognita vel illas denegare, vel cum periculo exceptionis, ſi iura vtrinque obſcuriora eſſent, indulgere ſolet, *vt oſtendi ſupr. ad SC. Macedon.*

Lex, Filiæ, 12.

SVMMARIA.

1 *Renouata quæſtio præcedentis legis, an filia non conferens nemine opponente repelli poſſit.*
2 *Diſtinctio auctoris, vt ſiquidẽ ius vetus ſpectemus, procedit opinio Baldi, quod ſi vero obſeruemus, quid nunc obtineat, ſtatuamus iudicem ex officio ſuo hoc ſupplere non poſſe.*
3 *Legata aut fideicommiſſa non conferri.*
4 *Teſtator eorum, quæ teſtamento comprehenduntur, facile recordari poteſt.*

Quæſtio

Digitized by Google

QVæſtio ſuperius, agitata hic rurſum a noſtris interpretibus in certamen vocatur. Etenim cum hic ſtatuatur filiæ, quæ in ſacris paternis maneat, actiones hereditarias denegari, niſi dotem fratrib. in poteſtate conſtitutis conferat, & conſulte eam acturam, ſi huiuſmodi collationem fratribus offerat, *Bald. hic n. 1. cui ſubſcribunt Fulg. nu. 1. Alex. n. 2. Franciſ. Aret. n. 1. Iaſon nu. 1. Caſtr. nu. 2. Dec. n. 2. Corn. n. 7.* qui tamen *n. 8.* diſtin-
1 guit, vt poſtea audiemus, conſtituunt, quod quando onus eſt intrinſecum, atque ipſi actioni cohæret, tunc agentem repelli etiam nemine opponente, quod etiam idem Fulgoſ. Caſt. & Decius transferunt ad cauſſam venditionis, vt emtor experiri nõ poſſit, niſi pretium offerat, *l. Iulian. 13. §. offerri, ff. de act. emt. & vend.*

Ceterum Lud. Roma. primam Bald. obſeruationem, *h. n. 8.* illationem autem Fulgoſii & aliorum impugnant Alex. *n. 3. Iaſon. n. 1. idem Iaſon in §. actionum, Inſti. de act. n. 123. Bald. l. 1. infr. de his, quæ ſub mod. leg. n. 1. Andr. Gail. lib. 2. obſer. 17. n. 7. & ſeq.*

Argumenta Ludouici ſunt, ꝙ vbicunque lex denegat actiones, id intelligatur facere ope exceptionis, *l. 1. ad SC. Maced. cum ſimil.*

Secundo, ꝙ ex hac collectione ſequeretur, quod ſi a principio collatio ſubſecuta nõ eſſet, iudicium etiam fuiſſet nullum, *allegat l. Iulian. §. offerri, ff. de act. emt. & vend.* ſed illud falſum eſſe, *l. ſi ſoror, 8. §. fi. h. tit.*

Tertio, quod cũ officium iudicis ex pronuntiatione verborum in perſonam ſuam conceptorũ, oriatur, vt in hoc noſtro caſu, de qua re dictum eſt, *in l. ſi ſoror, ſupr. h. eo. tit.* illud tñ accommodari non poſſit, niſi parte petenti, *l. 4. §. hoc autem iudicium. ff. de damn. infect.* Ceterum Decius pro confirmatione ſuæ illationis, *d. l. Iulian. §. offerri*, ex triplici ratione illã aſtruere conatus. Primo, quod hoc coarguat verbum *offerri*, quod neceſſario intelligi debeat, de rę, quæ nõ petatur, *l. fideicommiſſa, §. ſi rem, ff. de legat. 3. c. literas, §. præterea, de reſtit. ſpol.* Secundo, quod textus vtatur verbo *debet*, qualitatem enim adiunctam verbo, ſecundum conditionẽ temporis intelligi, *l. in delictis, §. ſi detracta, ff. de noxal. action. l. ſi Titio. ff. de teſtam. mil.* Tertio, quod textus expreſſe dicat, audiendam non eſſe niſi dotem offerat.

Si has Põtani & Decii rationes ad iuſtum calculũ reuocare velimus, implicabunt negotium, non expedient. Qua de cauſſa obſeruanda ſunt illa, ꝙ ſuperius de deneganda actione diximus. quæ cum non obſeruarint noſtri interpretes, hærere cogitur. Idcirco etiam ſtatuo in vtraque quæſtione ita rem digerendam eſſe, vt ſiquidem † ius vetus 2
ſpectemus, vera ſit opinio Baldi & Fulgoſii: quod ſi vero obſeruemus, quid nunc obtineat, ſtatuamus vna cum Pontano, Iaſone, & Geilio, iudicem ex officio ſuo hęc ſupplere non poſſe, niſi ex actis euidenter appareat, collationem faciendã eſſe, vt recte meo iudicio pronuntiat Corn. *hic nu. 8.* allegans in hanc ſententiam Bartolum, Baldum, & nonnullos alios: Purpur. *nu. 3. verſ. eſt verum*, a qua ſententia etiam non eſt alienus Alex. *n. 3.* Habet deinde & alios effectus, de quib. Andr. Gail. *d. obſeru. 17. nu. 2. & 10* quod ſcil. impediat litis conteſtationem, item in ipſa exſecutione opponi poſſit.

Quam inquiſitionem, quod nõ ſit huius loci propria omittimus.

Secundo, notãdum eſt hic eſſe † textum 3
expreſſum, quod legata aut fideicommiſſa, item caſtrenſe peculium non conferantur, quod obſeruauit gloſſ. *in verb. relictum, item Alberic. de Roſa. nu. 1. & alii Doctores, in l. præcedenti.*

Sed negotium faceſſere videtur, *l. illud, 26. h. tit.* qua cõprehenditur, omnia illa, quæ in legitimam portionem imputãtur, etiam hoc ius agnoſcere. Certe notum eſt, legata & fideicommiſſa legitimam minuere, *§. fin. Inſti. de inoff. teſtam. l. in quartam, ff. ad leg. falc.* difficilis videtur eſſe antinomia, qua de cauſſa illam ſuo loco ſeruabimus.

Secuudo obſtat auth. *ex teſtam. ſupr. hoc t.* qua comprehenditur, nedũ dotis, ſed etiam aliorum datorum collationem fieri. Sed ratio in textu, *Nouell. 18. de trient. & ſemiſ. §. illud relata*, hanc difficultatem ſine negotio diſcutiet, quod teſtator eorum † quæ te- 4
ſtamento comprehenduntur, facile recordari poſſit, non idem autem obtineat in donatione, quæ ex interuallo interceſſit. An vero idem obtineat, ſi codicilli ante multum temporis ſint facti, & teſtamento nominatim non ſint confirmati, diſcutiemus *in l. filiam, h. tit.*

Lex, Si donatione, 13.

SVMMARIA.

1 *Expoſitio præſentis legis per remiſſionem.*
2 *An donatio, quæ in filium ob merita confertur, ſtatim valeat, nec confirmatione mortis indigeat.*
3 *Auctores & argumenta per quæ illud defendi videatur.*
4 *Animaduerſio Iacobi Menochii in hanc traditionem*

FFf 2

Digitized by Google

5 *Conſideratio auctoris.*

6 *Tres conditiones, quæ ſecundum noſtros interpretes requirantur, vt collationi locus non ſit. Primo, vt huiuſmodi ſint merita, quæ obſequii cauſſa non debeantur. Secundo, quod reſpondeant quantitati donatæ. Tertio, quod conſtet de huiuſmodi meritis.*

9 *An pater in dubio merita conſideraſſe videatur, an vero ſanguinis neceſſitudinem.*

1 CVm duas ſententias præſens † conſtitutio contineat: Vnam, quod poſt mortem teſtatoris quæſita in collationem non veniant. Alteram, quod filia in poteſtate cõſtituta, ea quæ a patre donata ſunt, præcipua habere non poſſit. Et primam, *in l. ea demum, 6. h. t.* alteram vero in auth. *ex teſtam. h. t.* explicauerimus, ſuperuacuum eſſe ſtatuimus, ſi eadem non neceſſario repeteremus. Qua de cauſſa cõſilium erat, ſtatim ad legem ſequentem tranſitum facere. Sed moram iniecit expoſitio gloſſæ, quæ in verb. *caſtrenſe*, conſtituit donationem in filiũ propter me-
2 rita collatam valere: tradit tamẽ id † ita procedere, ſi pater in eam ſupremum iudicium veluti extraneum conferat, *l. filia 18. ſupr. fa-*
3 *mil. erciſ.* Ceterum noſtri † Doctores, *vt Cynus hic n. 1. Odofr. n. 6. Bart. in princ. Bald. nu. 3. Ang. in prin. Caſtr. n. 2. Salyc. n. 2. Fulg. n. 2. & 3. Franciſ. Aret. circ. fi. Corn. n. 5. Lud. Rom. n. 5. Dec. n. 6. Alex. n. 2. Alberic. nu. 2. Iaſon. num. 3. Bart. in l. frater a fratre, n. 57. Coraſ. ibid. nu. 43. Iul. Clar. lib. 4 ſent. § donatio q. 8. num. 2. Pariſ. conſ. 16. nu. 19. lib 2.* conſtituunt, gloſſæ interpretationem locũ habere, ſi iura antiquiora ante *l. cum oportet, infra. de bon. quæ lib.* ſpectemus, non autem ſi diſpoſitionem vltimam, adeo vt donatio ſtatim valeat, nec confirmatione mortis indigeat.

Argumenta, quibus hanc ſentẽtiam fulcire conantur, ſubiicio.

Primo authen. *vnde ſi parens. ſupr. de inoff. teſtam.* qua cauetur, immenſam donationem, in quendam vel quoſdam liberorũ factam nõ reuocari, in cauſſa collationis, niſi quoad excedit legitimam portionem aliis filiis debitam.

Secundo adducit, *l. quod autẽ 7. §. ſi vir & vxor. ff. de don. inter vir. & vx.* quo cauetur, quod ſi vir & vxor inuicẽ ſibi quina donauerint, & maritus ſeruauerit, vxor vero cõſumſerit, recte fieri compenſationem donationum.

Tertio allegant, *l. ſi vero non remunerandi 12. §. inde Papin. ff. mand.* vbi merita, quæ interceſſerunt, donationem in caſu dubio inducere videntur.

4 Sed hæc interpretatio † auctore Iac. Menochio olim meo præceptore merito colẽdo, *lib. 3. præſumt. 29. nu. 11.* ſatis periculoſa videri debet, ex quo certum ſit, donationem inter patrem & filium iure noſtro nõ ſubſiſtere, vt apparet ex præſenti lege, *item l. 1. §. 1. ff. pro don. l. 1. §. fi. ff. pro hered. l. cum de bonis 11. l. ſiue emancipatis 17. infr. de don.* neq; vſquam textũ proferri, quo hæc traditio fulciri poſſit: nam quod ad auth. *vnde ſi parens*, eam intelligi poſſe de illa donatione, quæ morte confirmata ſit, *l. donationes, ſupr. de don. inter vir. & vx.* Preterea nõ poſſe inferri a donatione inter virum & vxorem ad donationem filio factã, quod illic in donatione renũtiatoria ceſſent rationes a ICto cõſideratæ, *l. 1. & 2 ff. de don. int. vir. & vx.* non idem eueniat in filio, qui vna perſona cum patre cenſeatur, *§. fin. Inſt. quod cum eo, qui in alien. poteſt. neg. geſt. eſſe dic.* Itẽ quod adeo in filii perſona donatio ſubſiſtere nequeat, vt ipſo momẽto ad patrem redeat, *l. placet. ff. de acq. vel omit. hered. l. 1 ſi quis a parent. manumiſſ. fuer. l. cum oport. infr. de bon. quæ lib.* Pari ratione nihil momẽti facere, *l. 12. §. idem Papin. ff. mand.* quod loquatur de extraneo, & quod nulla poſſint eſſe filii merita, quæ paternis beneficiis reſpõdeant, quippe cui omnia debeat, vitam, nomen, familiam, educationẽ, bonas artes, item plerumq; quod peculii aut bonorũ habet, adducens in hãc rem auctoritatẽ Ariſt. *l. b. 1. Oeconomicorum, c. 3.* item eiuſdem, *lib. 8. Ethicorum, c. fi.* neminem Deo & parentib. digna poſſe reddere, item Platonis *lib 4. de legib.* maxima atq; antiquiſſima eſſe debita parentum: vnde filios ſecũ ſtatuere debere, omnia quæ poſſidẽt eſſe eorum, qui genuerũt & educarunt. In eandem ſententiam etiam laudat D. Thomam & Did. Couar & alios. Quo pertinent ẽt diuerſa iuris noſtri pronuntiata, *vt l. fi. §. filius aũt, ff. de bon. quæ lib. l. 3. & 4 infr. de patr. poteſtat. l. filia. eod.* Vnde etiam leges noſtræ, quæ olim vitæ & necis poteſtatem parentibus in liberos detulerant, *l. in ſuis. ff. de lib. & poſth. hered. inſtitut.* illa facultate adempta, *l. 2 ff. de his, qui ſui vel alien. iur. ſunt*, patri adhuc poteſtatẽ reliquerunt filiũ ex cã neceſſitatis vendendi, *l. 2. C. de patrib. qui filios diſtraxer.*

Hæc ſunt pcipua arg. ipſius Menoch. Ceterum pro defenſione cõmunis ſententiæ obſeruandũ eſſe exiſtimo, quod quãuis antiquitus ita res cõparata fuerit, vt ſententiã gloſſæ noſtræ, quæ etiam nouiſſimum iudiciũ requirit, excuſantes animaduerterunt, *Bartol. hic in prin. Bal. n. 2. Corn. n. 5.* vt ne merita quidẽ † aſſerere cauſſam donationis potuerint, 5 tamen

tamen ex quo Imperatores Conſtantinus & reliqui, qui enumerantur, *tot tit. infr. de bon. matern. item l. 1. & ſeq. de bon. quæ liber.* nouiſſime autem Iuſtinianus, *in l. cum oportet, cod.* duritiem antiqui iuris omnia patri addicentis, mitigarint, & eos nedum caſtrenſe, ſed etiam aduẽtitium peculium habere voluerint. Aduẽtitium autem illud eſſe cẽſeatur, quod filius proſpera fortuna, vel ex operis ſuis acquiſiuerit, *d. l. cum oportet*, non abſurda illa interpretatio cenſeri debet, vt ſi parens filium ob egregia in ſe merita aliquo fauore complecti voluerit, & nonnihil de ſuis facultatibus titulo donationis impertiri, quod huiuſmodi donationem etiam peculio aduentitio adſcribamus, ita vt ſtatim valeat.

6 Ceterum, vt hæc ipſa † donatio vim ſuam exſerat, tria potiſſimum requiruntur, vt inſinuat noſtra glo. item Bart. *in prin. Bal. nu. 3. Salyc. nu 3. Corn. n. 7. Alex. nu. 2. Iaſ hic n. 3. Iac. Menoch. d. præſumt. 29. lib 3. num. 21. & ſeq. Tiraq. in l. ſi vnquam, in verb. donatione, n. 80. Ioſeph Miſcard. concluſ. 184. & duab. ſeq.* nimirum ne opera ſit, quæ obſequii cauſſa debeatur, *l. filia, infr. de patr. poteſt.* Secundo, quod ſint huiuſmodi beneficia, quæ reſpondeant quantitati donatæ, vt ſi pater extraneo vſus eſſet, tantum erogare debuiſſet. Qua in re reprehenditur Bald. *in authen. ex teſtamento,* quem ſequitur Corneus *hic num. 9.* qui putat ſufficere, quod dimidiũ iuſti pretii excedat, quem nominatim ex illa cauſſa taxãt, *Alex. hic nu. 2. Iaſon nu. 3. Iul. Clar. d. q. 8. num. 4.* Idq; argum. *c. relatũ, 2. de teſtam. in verb. iuxta ſeruitii meritum, Imol. in l. Aquilius Regulus, ff. de donat.* Qua in re tamen puto præferendam eſſe ſententiã eorum, qui hanc rem cõmittant arbitrio iudicis, *vt Purpur. in l. cum quid, ff. de reb. cred. nu. 131. Tiraquel. in d. l. ſi vnquam, in verb. donatione, infr. de reuocand. donat. nu. 83. & plures alii quos refert, & ſequitur Miſcar. concluſ. 186. nu. 11.* Tertia conditio eſt, quod debeat conſtare de huiuſmodi meritis, *gloſſ. hic in verb. poſtulas Bald. hic num. 4 Ang. num. 1. Alex. num. 5. Dec. num. 18. Iaſon. nu. 3. Salyc. num. 3. & 4. Iul. Clar lib. ſenten. 4. §. donatio. q. 8. num. 2. Miſcard. concluſ. 184. num. 5. Tiraq. in l. ſi vnquam, in verb. donatione, num. 88. Bar. in l. ſi forte, ff. de caſtrenſ. pecul. Iacob. Menoch. d. præſumt. 29. libr. 3. num. 24.* mouentur auctoritate, *d. l. ſi forte, ff. de caſt. pecul.* patris vel matris aſſeueratio non facit, vt aliquid caſtrenſis peculii videatur, quod ex alia cauſſa datum ſit, vel huiuſmodi naturam non recipiat. Accedit *l. 1. ſupra. de donat. ante nupt. in verb. vt videatur recepiſſe*, item *l. cum quidam, ff. de probat.* cui traditioni finitimũ eſt, quod confeſſio dotis receptæ creditoribus mariti nõ præiudicet, de qua re Andr. Gail. *lib. 2. obſeru. 81.* ſed idem Menoch. *d. præſumt. 28. num. 31.* id eo caſu moderatur, quo coniecturæ exſtarent, fidem verbis parentis adhibendam ſuadentes, vbi plures recenſet.

Sed quæſtionis eſt, an ſi pater in ipſa donatione non comprehenderit, ſe id remunerandi cauſſa facere, & tamen exſtent huiuſmodi filii merita, quæ talẽ liberalitatem prouocaſſe videantur, ſecutus credatur ſanguinis neceſſitudinem, an vero naturalem illam obligationẽ ex beneficio naſcentem, de qua *in l. tametſi, §. conſuluit, ff. de petit. hered.* Etenim noſtri interpretes, *vt glo. in verb. poſtulat, Bart. num. 1. Alex. nu. 2. Iaſon. num. 4. Corneus nu. 7. Decius num. 11. Iacob. Menoch. d. præſumt. 29. lib. 3.* conſtituunt, in † dubio pa- 7
trem merita ſpectaſſe, *arg. l. ſi vir non remunerandi, 12. §. idem Papinianus, præterea l. cum allegas, infr. de caſtr. pecul.* deinde *l. ſi Rufinus, infr. de teſtam. mil.* Vltimo, quod in dubio verba ita intelligenda potius ſunt, vt valeant quam vt nihil præſtent.

Et quamuis Did. Couar. *in c. requiſiuiſti, num. 8. de teſtam. Coraſ. lib. 2. miſcel. cap. 4. Bald. in auth. ex teſtamento. ſupr. h. t.* Præterea Roman. Ioan Lupus, Barbatias, relati a Iacobo Menochio diſſentire videantur, *arg. l. tutor, §. quæ tutoribus, ff. de excuſ. tut. item c. requiſiuiſti de teſtamen.* Deinde rationis, quod cum hinc pugnet cauſſa naturalis, inde vero ciuilis, naturalis ratio in dubio præualere debeat, *l. 3. ff. de tutel.* tamen cum his argumentis Iacobus Menochius, item Decius ſatisfaciant, ſatis habeo lectorẽ breuitatis cauſſa eo reieciſſe.

Lex, Si maritus, 14.

SVMMARIA.

1 *Quemadmodum filio conferri debet, ita etiam ipſius heredi, ſi filius ante deceſſerit, admiſſa bonorum poſſeſſione.*

2 *Quæ de herede hic dicta ſunt, in multis iuris noſtri diſpoſitionibus etiam procedunt.*

EXplicatio præſentis legis parũ difficultatis habet. Quod enim iuris eſt in ipſo filio, vt ſcilicet † ipſi dos conferri debeat, i- 1
dem iuris quoque eſt in ipſius herede, *vt hac noſtra lege, & l. 1. §. ibidem, ff. hoc tit.* Et hoc intelligi debet, ſi filius admiſſa bonorum poſſeſſione, antequam collatio fieret, *vt l. præ-*

tor. ff. eodem titulo, deceſſerit: nam ſi bonorum poſſeſſio agnita non ſit, aliud iuris eſt, *vt d. lege prima, §. ibidem*. Quod hic de herede dicitur, idem † in multis iuris noſtri diſpoſitionibus animaduertere licet, vt in iure accreſcendi, *l. ſi ex pluribus, ff. de ſuis & legitimis heredib.* in iure patronatus, *vt ca. primum extra de iure patronatus*, in quarta ex Senatuſconſulto Trebelliano, item legis Falcidiæ, *vt l. Marcellus. §. final. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. l. quanquam. ff. ad leg. Falcid.* & infinitis aliis caſibus, quorum multos hic perſequitur Decius.

2

De lege nec emancipati diſſeruimus, *in l. ea demum, 6. h. tit.*

Lex, Filiam, 16.

SVMMARIA.

1 *Si filia ſua dote & aliis relictis contenta eſſe velit, ad collationem vrgeri non poteſt.*
2 *Si aſpiret ad ſucceſſionem paternam, an vtrumque conferre cogatur.*
3 *Quid probandum ſit, ſi legatum vel fideicommiſſum antea ex interuallo relictum fuiſſet.*
4 *Diſtinctio auctoris.*

1 QVæ hic deciduntur, eadem † etiam comprehenſa videntur, *l. a patre, 10. hoc titul.* Alius tamen legis noſtræ ſcopus eſt, nam quod ibidem definitur, filiam non poſſe vrgeri ad collationem dotis, quamuis fideicommiſſum extero iure capiat id declarationem ex hac lege accipit, vt ſcilicet his contenta, ex iudicio familiæ erciſcundæ, nihil compendii ſibi promittere poſſit. Quid
2 igitur, ſi aſpiret † ad ſucceſſionem ab inteſtato, cum aliis fratribus, an vtrumque conferre compellatur? Et textus quidem per argumentum a contrario ſenſu id videtur innuere, de dote nulla dubitatio eſt, *l. filiæ, 4 h. tit. cum ſimilibus*.

Porro, diuerſa cauſſa eſt legati vel fideicommiſſi, quæ conferri non ſolent, *l. filiæ, duodecima, hoc titul, leg. prima §. vel maxime, ff. de collationibus.* Sed quæſtionis eſt, an illud intelligi poſſit, de his quæ codicillis relicta ſint? Et quidem, ſi filia abſtinere aliis bonis velit, res expedita erit, *vt hac noſtra lege. & l. a patre ſupra eodem titulo. l. ex cauſſa, ſup. famil. erciſcund.* Quod ſi vero ſuccedere velit titulo vniuerſali, hic maior difficultas erit, quod *l. filiæ, 12. hoc titul.* faciat † quidem
3 mentionem relicti, ſed non expediat vtrum illud teſtamento factum ſit, an vero codicillis, maxime quod diuerſa cauſſa ſit codicillorum, qui ex interuallo fieri ſolent, vnde eadem ratio videtur in his militare, quæ in aliis donationibus, vt per obliuionē vel mortis anguſtias pater de his comprehendere non potuerit, quæ ſtatuenda videbantur, *§. illud, Nouell. 18.*

Hactenus in nullum auctorē incidi, qui hanc quæſtionem ex profeſſo mouerit. Exiſtimo † autem, idem benigne recipiendum eſſe, non ſolum ſi parens codicillos teſtamento confirmarit, ex conſilio Papiniani *dict. §. non tantum, Inſtit. de codicill.* ſed etiam ſi non appareat illum a prima voluntate receſſiſſe. Moueor argumento eorum, quæ in anthent. *ex teſtamento*, de donatione ſimplici ſunt dicta, item quod *l. filiæ, 12. hoc tit.* generaliter concepta ad teſtamentum reſtringi non debeat. Vltimo, quod hoc confirmet, *l. filiæ 18. ſup. famil. erciſcun.* Quare non officiet argumentum a contrario ſenſu, quod eo caſu locum vindicare non poteſt, quo lex expreſſa corrigeretur, *l. de quib. ff. de legib.* facta ſcilicet comparatione principii cum fine. Plane ſi magna emergeret inæqualitas, aliud probandum eſſe ſtatuerem, quod idem ſequamur in ſimplici donatione, *l. illud, hoc tit.* de qua re diximus, *in authent. ex teſtament. hoc tit.* item quod hoc caſu parens iudicari poſſit a prima voluntate receſſiſſe, *dicto §. non tantum, Inſtitut. de codicill.* 4

Lex, Vt liberis, 17.

SVMMARIA.

1 *Quid Imperator Leo induxerit in materia collationis.*
2 *Ratio, quod idem conſtituerit in cauſſa donationis propter nuptias, quod antea in dote diſpoſitum fuerat.*
3 *Etiam emancipatos donationem propter nuptias atque dotem conferre debere, & ratio.*
4 *Non intereſſe vtrum hæc profecta ſint a linea paterna, an vero materna.*
5 *Emancipati duntaxat eā donationem conferre coguntur, quæ proceſſit ab his perſonis, de quarum ſucceſſione agatur.*
6 *Collatio ſecundum hanc conſtitutionem locum habet, ſiue quis inteſtatus deceſſerit ſiue teſtamentum reſciſſum ſit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aut querelam inoffic. teſtamenti.*
7 *Differentia inter has duas ſucceſſionis ſpecies.*
8 *Nihil intereſſe, an donatio propter nuptias in ſponſos facta ſit, an vero, ſponſas.*
9 *Excuſſa ſententia quorundam Doctorū, an munera quæ ſponſæ ab amicis ipſius ſponſi donata ſunt, cedant ſponſæ.*
10 *Confirmata ſententia Bartoli, illa ſponſo cedere.*

Digitized by Google

11 *In omni liberalitate affectionem donantis conſiderari.*

12 *Intellectus l ſeruus communis.ff.de donat.inter vir. & vxor.*

13 *In his, quæ naturaliter alteri acquiri poſſint, non habet definitio locum, §. alteri, Inſtit.de inut.ſtipulation.*

14 *Declaratio præcedentis axiomatis, ſi maiora merita eſſent ſponſa vel ſponſi, vel conſuetudo loci aliud dictaret,*

15 *Hāc inſpectionem parū vtilitatis in materia collationis habere, ſi filium in poteſtate conſideremus.*

16 *De quibus legibus verba noſtra conſtitutionis, pro tenore præcedentium legum accipienda ſint.*

17 *Sententia Cyni, Bartoli, Alexandri.*

18 *Alia opinio Nicolai de Materellis, Oldrad. Cumani, Alberici, Baldi, & Iaſonis.*

19 *Effectus huius inueſtigationis.*

20 *Conſideratio auctoris, qui vtramque queſtionem ſeparat.*

21 *Confirmata ſententia Cyni, quod hæc verba intelligenda ſint, de l.1. & 6.hoc titul. item l.1. ff. eodem.*

22 *Cauſſa dubitandi in definitione vltimi §.*

23 *Effectus conſiderationis, an donatio, de qua in fine huius l. ſit donatio ſimplex, an vero donatio ob cauſſam? & n.24.*

25 *An donatio, quam filius in emancipatione conſequitur, in cauſſa inſinuationis habeatur pro donatione ſimplici, an vero pro donatione ob cauſſam?*

IN ipſis tituli præludiis, ſummatim exſecuti ſumus, quibus cunabilis ius collationis fultum, oblata æquitatis ſpecie incrementum acceperit: cuius rei inſignem partem præſenti conſtitutioni Imperatoris Leonis
1 accepto ferre debemus. Etenim† ſui præter dotem nihil conferebant, *l.1.ff.de collat.dot.* De donatione propter nuptias altum ſilentium erat. Ratio eſt, quod hoc ius antea incognitum fuit, *§.eſt & aliud, Inſtit.de donatio.* Inter emancipatos quoque hoc ius non frequentabatur, *l.ſi emancipati, 9.hoc tit.* Præterea dos aduentitia emancipatis filiis ab his, qui adhuc in ſacris paternis erant, non conferebatur, etiamſi ab his profecta eſſet, de quorum ſucceſſione agebatur, cum lex *1. ff. de collation. dot.* duntaxat intelligenda ſit de dote profectitia, vt etiam ſequentes leges. Nam in emancipata hæc diſpoſitio non erat neceſſaria, quod omnia in medium expromere deberet, *l.1.ff. de collation.* Porro, ſi mater, vel auia materna dotem dediſſent, & filia, vel neptis poſtea iiſdem ſuccederent, hoc munere non fungebātur, quod nuſquā huiuſmodi onus illis impoſitum eſſet, & ſine lege loqui non debeamus, *l.illam, hoc tit.* Quarto emancipati, nedum dotem profectitiam, ſed & aduentitiam a quacunque perſona datam, ex eadem ratione conferre cogebantur, *l.filiæ, 4.* Idem iuris erat in liberis ſuis, ſi cum aliis filiis, qui erūt in poteſtate, ſuccedere vellent, *d.l.filiæ.*

Hæc quatuor Imperator Leo ſua conſtitutione complexus, curando antiquarum ſanctionum vulnera, ad æquitatis terminos reuocat: Nam idem ius in donatione ꝓpter nuptias introducit, quod antea in do-
te † obtinebat. quod, quæ ratio pietatis ſua- 2
ſerit, vt parentes matrimonii onera dotis conſtitutione ſubleuarent, *l.pro oneribus, ſupra, de iure dot. & l.vnic.infr.de lucrat.deſcript. lib.10.* eadem etiam ratio impetraſſe videatur, vt in perſona filii donationem propter nuptias confirmarent, cum inter hæc, quæ relata ſunt, diuerſum ius conſtitui non debeat, *l.ex morte.item auth.æqualitas, ſup.de pactis conuent.tam ſuper dot.*

Pari ratione, cum in perſona † emanci- 3
patorum liberorum, vtriuſque iuris conſtitutio pietatem cum neceſſitate coniunctam haberet, *l.Sulpitius, ff.de donat.inter virum & vxorem*, & inæqualitas ſucceſſionis inter liberos multa incommoda adferre ſoleat, *§.final. Nouell.22. de nupt.* Ea propter etiam idem Imperator legem conferendi emancipatis dicere voluit, corrigens hoc modo legem, *ſi emancipati, 9.l.1.§.fin.ff.eod.tit.cum aliis legibus.*

Quam rationem † ſecutus, idem ſtatuit, 4
in illa dote & donatione, quā a matre, auo, auia, proauo, proauia, ſiue paterno, ſiue materno accepiſſent, ſi vna cū aliis liberis ſuccedere vellent: quamuis in harum perſonarum poteſtate non ſint, aut ex iuris diſpoſitione eſſe non poſſint.

Porro, cum ſui antea aliis filiis, nedum profectitiam, ſed & aduentitiam dotem cōferre cogerentur, id eſt, eam, quam a quolibet extraneo conſecuti eſſent, nunc auctoritate huius conſtitutionis dūtaxat eam donationem, vel dotem exprimere compel-
luntur, † quæ ab his perſonis proceſſit, de 5
quarum ſucceſſione quæritur. Qua in re notandum eſt, quod, quamuis profectitia dos duntaxat de illa intelligatur, quæ a patre, vel auo, in cuius poteſtate liberi erant, profecta erat, de bonis ipſius, vel eius facto, quod tamen in hac lege multo generalius accipiatur, ſcilic. de dote & donatione propter nuptias, quæ liberalitati ipſius debeatur, de cuius ſucceſſione agitur, modo ſit de aſcēdentibus, *vt ſupra dictum eſt.*

Hæc ſunt præcipua capita, in quibus præſens conſtitutio iura vetera emendat, vt

Digitized by Google

etiam animaduertit *hoc loco Caſtr. nu. 3. & ſeq. Iaſon num. 1. Corneus num. 19. Purpur. in princip.* qui tamen, quod quarto loco aſſeritur, in diſceptationem reuocat, quemadmodũ etiam Corneus nullam de ea mentionem facit. Iaſon vero ſtatuit, quartam cauſſam correctionis in eo verti, quod filii ſui emancipatis nõ cogebantur dotem aduentitiam conferrre, nunc autem id recuſare non poſſint, ſi affectent ſucceſſionem eius, a quo dotẽ, vel donationem acceperant: ſed non animaduertit Iaſon, ſe hoc modo tertium caput cũ hoc capite miſcere & inuoluere, quare confugiendum ad ea, quæ diximus *in l. filiæ, 4. hoc titulo.*

Præterea colligimus ex noſtro text. quod cum ſecundum hæc tempora collatio duntaxat locum habuerit ab inteſtato, quod diſtinguendum non ſit, vtrum ſine teſtamen-
6 to decceſſerit, an illud factum fuerit † contra tabulas bonorũ poſſeſſione petita, vel mota inoſſicioſi querela, & teſtamenrum ad hunc
7 modum reſciſſum ſit. Qua † in re obſeruandum eſt ex mente Pauli Caſtrenſis, quod in-
8 ter has duas ſucceſſionis ſpecies † multum interſit, querelam enim non dari, niſi contra teſtamentum, quod valeat, ex quo adita ſit hereditas, *l. Papinianus, §. ſi conditioni, ff. de inoffic. teſtam. l. filium, 20. § ſed cum exheredatio, ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas.* Atqui bonorum poſſeſſio contra tabulas, datur etiam ante aditam hereditatem, & etiam ſi teſtamentũ iure ciuili eſſet nullum ratione præteritionis, *l. illud, 4. ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabulas.* Præterea teſtamentum per inoſſicioſi querelam poteſt pro parte reſcindi *l. circa. ff. de inoff. teſtam.* aliud autem obtinet in bonorem poſſeſſione contra tabulas, *leg. ſi poſt mortem, 10. §. final. ff. eodem tit.* quod ſcilicet teſtamentum videatur expugnari ratione ſolemnitatis, quod filius emancipatus ſine cauſſa præteritus ſit, vnde cum iure ciuili præteritio filii ſui totum teſtamentum irritum conſtituat *l. inter cetera. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* idem quoque iuris prætorem in ſuo beneficio induxiſſe.

9 Inſuper ex verbis noſtri textus † edocemur, nihil intereſſe, an donatio propter nuptias, vel ipſa dos in ipſos liberos, vel ſponſos aut ſponſas earum conferatur, vt ſcilicet definitio noſtræ legis locũ non habeat. Qua in re animaduertendum eſt, alienam videri interpretationem gloſſæ, dum ait, *dummodo conſtet propter ſponſ. in eas facta eſſe.* Quis eñ dubitauerit, dotem a patre profectam nomine filiæ ſuæ datam intelligi *l. Titio centum, 71. §. Titio genero, ff. de condit. & demonſt.* Qua de cauſſa etiam longe inconuenientior videtur illatio Angeli hic in lectura Florentina, vt illum allegant Alex. *hic nu. 4.* Corneus *num. 5.* (nam in meo Codice nullam de ea re mentionem facit) & Lud. Rom. *num. 7. verſ. ego autem dico,* quod ſi quædam munera, puta aurum, argentum, ornamenta, ſpõſæ donata a parentibus, vel amicis ſponſi fuerint, ea in dubio non videri ipſius ſponſi, ſed mulieris, quam ſententiam etiam confirmant Bald. *in l. cum te, ſupr. de donat. ante nup. Alciat. in tract. de præſumt. reg. 1. præſumt. 18. Zaſ. lib. 2. intellect. ſingular. c. 9. Menoch. lib. 3 præſumt. 26. num. 17. argum. l. ſeruus communis, 38. ff. de donat. inter v. rum & vxor. item l. ſi mater, ſupr. de donat. ante nupt. & l. 3. § ſocrui, ff. de donat. inter virum & vxor.* Deinde, quod cum traditionibus & vſucapionibus dominia rerum in aliquem tranſeant, *l. traditionibus,* & per vxorem marito non acquiratur, aut per ſocium ſocio, *l. ſociũ qui in eo, 60. §. fin. ff. pro ſocio,* quod non videatur eſſe ratio, quare dicamus, has res marito cedere.

Horum tamen argumentorum † præiudicio ſummoto, Bartoli ſententiam *in l. ſed etſi plures, §. in arrogato, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* præferendam puto, quem ibidẽ ſequuntur Caſtr. & Alex. idem Alex. *hic n. 4.* Phil. Corn *n. 5.* Iaſon *n. 17.* vbi auctor eſt, Bartoli ſententiam magis communiter receptam, *Dec. num. 23. Purpur. num. 14. Roland. a Vall. lib. 1. conſ. 10. num. 11. vbi plures alios refert, vt etiam facit Iacob. Menoch. d. præſumt. 26. num. 13.* Etenim cum in omni liberalitate † affectionẽ donantis conſideremus, vt hoc modo intelligi poſſit, cui aliquid quæſitum ſit, *l. donationes, § ſpecies, ff. de donation.* & propinqui ipſius mariti cauſſam gratificandi non habeant, quam quod marito hoc collatum velint, per conſequens quoq; ea conjectura capienda eſt, *argum. d. §. ſpecies, item l. tutor, 28. §. quæ tutoribus, ff. de excuſ tutor. c. requiſiuiſti, de teſtam.* Secundo, quod illud ſuadeat *d. l. ſed ſi plures, § in arrogato, ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* 10 11

Quibus ita ſubductis, non eſt quod nos ſuſceptæ defenſionis loco pellant ea argumenta, quibus contrariam aſſertionem cõſtare videmus. † Nam quod ad legem *ſeruus communis,* attinet, ibidẽ fratres vxori propterea donaſſe intelliguntur, quod hanc eſſe voluntatem mariti cognoſcerent, qui etiam illam portionem, quam in fundo habebat, vxori donarit. Lex, *ſi mater,* item *§. ſocrui,* 12

parum

parum negotii exhibebũt, ſi perpendamus, quod vbi conſtat de certa voluntate donantis: quamuis regulariter alter alteri acquirere non ſoleat, vt inſtat Alciat. *l. ſtipulatio iſta, 38. §. alteri, ff. de verb. oblig.* tamen non prohibetur, huiuſmodi operam accõmodare in
13 his, quæ naturaliter † acquiruntur, *l. ea quæ ciuiliter, ff. de acq. rer. dom.* cum poſſeſſionẽ rei quærendæ per quamuis perſonam nanciſci poſſimus, *l. 1. §. per procuratorem, ff. de acq. vel amitt. poſſeſſ.* Deinde certum eſt, nos circa acquiſitionem dominii donantis mentẽ ſpectare debere, non accipientis, *l. qui mihi, 13. ff. de donat.* Itaque poteſt intelligi res conceſſa eſſe vxori, quoad vſum, ita vt dominium mariti ſit, *l. 5. §. interdum, ff. commodati.*

14 Recipit tamen hæc definitio † certas declarationes, ſi maiora merita eſſent ſponſæ, vel ſponſi, ſi conſuetudo loci hanc cõtentionem dirimeret, de quibus coniecturis idem Menoch. *lib. 3. præſumt. 27.* vbi tamen nõ exiſtimo, admittendam illam coniecturam, vtrum donata perſonæ mulieris potius conueniant, vel mariti, quod animus donantis inſpici debeat, *vt dictum eſt.* Exiſtimarim etiam vltra declarationes ab eodem propoſitas, rei mediocritatem efficere poſſe, vt eadẽ apud ſponſam relinquenda ſit, *arg. l. vtrum, 47. ff. de donat. inter vir. & vxor.*

Hactenus de interpretatione gloſſ. & aliorum Doctor. qua in re tamen admonẽdi ſumus, nihil hanc inſpectionem, ad cauſſam
15 † collationis pertinere, ſi de filio quæratur, qui in poteſtate ſit, cum is donationem ſimplicem non conferat, *l. illud, hoc tit.* niſi ponamus huiuſmodi donum eo conſilio datũ, vt officiũ dotis ſuſtineret, veluti ſi pater, vel amicus ad poſtulationem patris ex præcedenti conuentione hæc intulerit, de qua re *in l. profectitia, ff. de iure dot.* Porro in filio emancipato, hæc conſideratio vtilitatem præbere poteſt, cum certum ſit, illum, ne dum donationem propter nuptias, ſed etiam alias in commune redigere debere, *hac noſtra lege circa finem.*

Magna aũt inter Doctores noſtros controuerſia eſt, quod cũ Imperator in fine legis comprehendat, emãcipatos liberis vtri-
16 uſq; ſexus pro tenore † præcedentiũ legum, ea, quæ in ipſa emancipatione a parentibus ſuis (vt adſolet fieri) conſequuntur, vel poſt emancipationẽ ab eiſdem acquiſierint, cõferre debere, de quibus legibus hæc verba intelligenda ſint. Etenim gloſſ. in verb. *conſequũtur*, varias opiniones refert: inter omnes tamen nulla probabilior eſſe videtur, quam quod ſcilicet præcedentes leges ſint, *l. ea demum, 6. item l. 4. h. t. l. 1. ff. de collat.* Ex quibus intelligimus, emancipatos ſuis omnia conferre, maxime quæ a patre profecta ſunt. Idẽ defendit hoc loco Cyn. † *n. 3. Bart. n. 3. Alex. n.* 17
5. Saly. n. 5. Corn. n. 14. Fulg. n. 5. Deci. n. 23. Fran. Purpur. n. 27. vbi etiam teſtatur de opinione cõmuni: idemq; fatetur Iaſon *n. 17.* quamuis ipſe diſſentiat. Alia autem † fuit expoſitio 18
Nicolai de Matarel. item Oldrad. *conſil. 138.* Cuman. *conſil. 28.* Alberic. *hic nu. 2.* Bald. *n. 3. & 4.* Iaſon. *nu. 17. verſ. ſed tu aduerte.* Illi enim exiſtimant, quod hæc verba pro tenore præcedentium non ſint referẽda ad dictionem *collaturis*, ſed ad verbũ *emancipatis*, vt ſcilicet emancipati ſecundũ tenorem præcedentiũ legum conferrent. Explicationis ſuæ rationem hanc complecti videntur, quod cum Imperator huius legis initio mentionẽ duntaxat fecerit de illis donationibus, quæ cauſſam cõiunctam haberent, quod non temere videatur tranſiſſe ad illas, quæ meram liberalitatem continerent: maxime cum hoc modo ſuperflua eius diſpoſitio cenſeri poſſit, qui, quod ſemel ſtatutum ſit, repetat. Exaudiendam itaque legem de donatione, quæ in præmium emancipationis datur, ſiue hoc explicetur in ipſa emancipatione, ſiue incontinenti poſt, quod in idem recideret, *l. quæ tamen, ff. de donat. inter vir. & vxor. & l. 1. §. quæ onerandæ, ff. quar. rer. act. non dat.* ſiue ex interuallo cum hoc conueniſſet, *l. Modeſtinus, ff. de ſolut.* Filium enim inuitum emancipari non poſſe, *in auth. quibus mod. nat. effic. ſui, §. generaliter, & l. iubemus, inf. de mancip. liber.* Effectum † autem huius conſiderationis 19
in eo conſiſtere arbitrantur, quod ſi intelligatur donatio ob cauſſam, non opus ſit inſinuatione, *l. hoc iure vtimur, ff. de donat. § ſed & hæ ſtipulationes.* Item ſi tractetur de reuocatione inofficioſæ donationis. A qua ſententia etiam non videtur abhorrere Fulgoſ. *hic num. 7.* item Lud. Rom. *n. 11.* adhibita tamen diſtinctione, an conſtet, filium recuſaſſe emancipationem, & patrem tali donatione conſenſum expreſſiſſe, an vero certum ſit, eundem libenter ſuſcepiſſe, an denique in dubio verſemur, vt priori caſu intelligatur, eſſe donatio ob cauſſam: ſecundo vero caſu, & tertio, nihil differat a ſimplici donatione.

In propoſita Doctorum † interpretatione ſeparabimus vtramque quæſtionem, an 20
ſcilicet expeditio Nicolai de Matarel. ad-

Digitized by Google

mittenda ſit: deinde, an hæc donatio ſit ſim-
plex, an vero ob cauſſam. In prima quæſtio-
21 ne † loquimur communẽ explicationem, &
hæc verba, *pro tenore præcedentium legum*,
cum dictione *collaturis*, cohærere putamus,
quod inſcriptio tituli huiuſmodi intellectũ
commendet, ad quam in dubio orationem
reuocare debemus, *l. Imperatores, ff. de in diem
addiction.* deinde quod abſurdum videatur,
ſi Imperatorem Leonem velle ſtatuamus,
vt emancipatio exigatur ad formam præce-
dentium legum, cum nõ appareat, quid per
hæc verba excludere voluerit, aut quod eo
tempore, quo is Imperii habenas obtinuit,
fuerit diuerſa emancipationis forma. Si eñ
hoc imaginemur, tamen cauſſa nõ eſſet, cur
nouiſſimas leges forte a ſe, vel a præceſſore
ſuo latas impugnaret, contra *l. 6. ff. de teſtam.
mil item l. nouiſſima, ſup. de pact.* & lõge abſur-
dius eſſet, ſi vna cum nonnullis ex relatis In-
terpretibus diceremus, eundem ad nouam
conſtitutionem Iuſtiniani reſpexiſſe, *vt l. fi-
nal. inf. de emancip.*

Quibus ad hunc modum expeditis, non
eſt, quod eorum argumentorum metu flu-
ctuemus, quibus diuerſam ſententiam fulci-
22 ri oſtendimus. Etenim cum † is, qui rem cer-
tam prohibet, reliquum permittere videa-
tur, & contra, *l. cum Prætor, 12. ff. de iudiciis, l.
ſeruum, ff. de procurat.* Imperator intelligi po-
tuiſſet, ex quo de dote & donatione propter
nuptias conferendis duntaxat meminiſſet,
in ceteris ius collationis ſuſtuliſſe. Ne igitur
hominibus malitioſæ ſubtilitati aſſuetis, ca-
uillandi anſam ſuppeditaret, maluit diſerte
exprimere, quod tamen ſilentio intellige-
batur; ſe veteres leges de conferendo lo-
quentes, per hanc conſtitutionem non ab-
rogaſſe, quod etiam videmus facere Impe-
ratorem Iuſtinianum *Nouell. 18. de trient. &
ſemiſ. §. illud.*

An vero hæc donatio, quæ in ipſa eman-
cipatione interuenire ſolet, ſit donatio ſim-
23 plex, † vel ob cauſſam, in præſenti quæſtio-
ne, cum de collatione tractatur parum vtili-
tatis præbere poteſt. Certũ enim eſt, eman-
cipatos, ſi aſpirent ad hereditatem paternã
vna cum filiis ſuis, etiam imperante Leone,
omnia bona debuiſſe conferre, ſiue a patre
illa cõſecuti eſſent, ſiue induſtria ſua eo viam
muniuiſſent, aut fortunæ beneficio eorũ fa-
cultates creuiſſent, *l. 1. & l. ea demum, h. t. l. 1.
ff. de collat. & toto paſſim titul.* nec vſquam ſta-
tutum inuenimus, quod ea, quæ ob cauſſam
data fuiſſent, ſeparatum ius habuerint. Im-
mò abſurdũ videri poſſit, quod tum aduen-
titia bona etiam huic legi ſuccumberent, quod
ſoluere neceſſitate collationis velimus do-
tem, donationẽ propter nuptias, vel ea, quæ
tẽpore emancipationis, vt fieri aſſolet, a pa-
rente præſtita ſint, vt tanto conuenientius
ſe tueri, & proprios lares fouere poſſint.

Porro hæc inueſtigatio, † an talis munifi- 24
centia parẽtis ſit donatio ob cauſſam, an ve-
ro mera liberalitas in cauſſa inſinuationis
vim ſuam, & effectum oſtendere poſſent. Et
quamuis Cyn. *hic n. 5. poſt Odofred. & Dynum*,
in ſuam ſententiam laudatos, Bart. *n. 7.* Ang.
verſ. in gloſſa finali, ibi vnde dicat quarto, Alex.
n. 5. Franc. Aret. *num. 3.* aſſerens Bartol. ſen-
tentiam communem eſſe, Philip. Dec. *n. 25.*
Caſt. *num. 10.* conſtituant hanc donationem
ſimplicem cenſeri, etiamſi, *vt Bald. hic nu. 5.
Fulgoſ. n. 7. Caſt. n. 10.* (vbi omnes modernos id
defendere cõtendit) tabellio ſcripſiſſet, pa-
rentem in præmium emãcipationis eadem
conceſſiſſe, quod hæc res cedat in commo-
dum & honorem ipſius filii, adeo, vt pater
præmio potius afficiendus videatur, quam
filius, *Inſt. per quas perſon. nob. acq. §. 2. l. 1. inf. de
ingrat. lib.* quodq; patria poteſtas quid inæ-
ſtimabile ſit, *l. filius, §. ſecundum vulgarem, ff.
de legat. 1.* quodq; de hac re videatur eſſe tex-
tus expreſſus, *in verb. liberalitatis, inf. de eman-
cip. lib.* tamen illi Doctores exaudiẽdi viden-
tur, ſi tractetur de iure collationis, quo caſu
tamen, an diſtinctio Fulgoſii & Romani de
filiofamilias, qui emãcipari nolebat, admit-
tẽda ſit, merito dubitari poſſit. Inſtant enim
Alex. *hic num. 5. circa fin. & Decius nu. 26.* quod
ſi hanc diſtinctionem admittamus, nõ vide-
ri eo caſu collationem procedere, ſecundũ
ea, quæ dicta ſunt de donatione remunera-
toria *in l. 13. hoc tit.* Caſtr. tamen *nu. 10.* etiam
hoc caſu definitioni noſtræ legis eſſe locum
exiſtimant. In quam ſententiam etiam in-
clinat Corneus *num. 17.* item ipſe Alex. *nu. 6.*
ne ſcilicet ius collationis malitioſe eludatur,
cum filius difficultatem mouere poſſit, vbi
nulla ſit. Puto autem illud ex re conſtituen-
dum, quod ſubindicat etiam Corn. *num. 17.*
Quid enim, ſi is filius ſit, qui difficulter ſe a-
lere & tueri poſſit? quid ſi alieno tẽpore hæc
emancipatio tentetur, vt plus incommodi,
quam compendii & honoris ex tali facto fi-
lius accipere poſſit; vnde hanc quæſtionem
arbitrio Iudicis dirimendam arbitrarer.

Hæc de collatione, quod ſi † vero diſce- 25
ptetur de cauſſa inſinuationis, hic animad-
uerto Cynum *num. 5. circa fin.* item Fulg. *n. 7.*

Lud.

Lud.Rom.*n.12.* Alex.*n.5.* Bald.*in l.data,inſ. de donat.* In illam ſententiam procliues eſſe, vt ſiquidem filius voluntate ſua emancipatus ſit, aut ſi etiam illud dubium ponamus, intelligatur, donationem ſimplicem conſecutus eſſe, ita vt ſi inſinuationis ſolemnitas non ſuffragetur, poſſent creditores paterni, etiam illi, quos poſt editam munificentiam habere cœpiſſet, hęc ipſa bona a filio auocare, idq; præiudicio cõfirmatum, idem Fulg. auctor eſt. Sed ſane humaniorẽ cõſtituo eſſe ſententiã Alber. *hic n.4. poſt Oldr. & Iacob.de Aren.* vt ſcilicet hæc donatio geſtorũ teſtificationem non requirat, quam ſententiam confirmat ratio noſtri textus, quod hæc donatio cõſuetudini acceptó ferenda ſit. Vnde excipit dictum Pauli Caſtr. *conſ.429.* item Franc. Purpur. *hic nu.28.* quod illa, quæ ſunt conſuetudinaria, non intelligantur eſſe arbitraria, *argum. l.rem legatam,ff.de alim.legat.* quo pertinent multi iuris textus de vi conſuetudinis loquentes hic congeſti ab Alberic. *n.4.* Iaſ. *n.7.* Nic. Euerh. *in ſuis loc.legal.in loco a ſolitis*, idque eo caſu probarem, quo parens pro modo facultatum, dignitatis, & ſuæ regionis conſuetudine rem eſſet moderatus, arg. eorum, quæ de dote dicuntur *in l. ſi filiæ,43.ff.de legat.3.*

Hæc circa explicationẽ noſtræ legis ſuffecerint: nam quod ad quęſtionem, an filius emancipatus donationem ſimplicem conferre cogatur, eam perſecutus ſum, *in l. ſi emancipati, hoc tit.* quo Lectorem breuitatis gratia remitto.

Lex, Illam, 19.

SVMMARIA.

1 *Antiquitus ita comparatum fuiſſe, vt ſtudio propagandæ familiæ atque nominis, maſculini ſexus perſonas & agnatos filiabus præferrent.*

2 *Diuos Principes hanc iniquitatem ſuſtuliſſe, ſed tamen aliquid prærogatiuæ filiis reliquiſſe.*

3 *Ortam ex hac conſtitutione controuerſiam de iure collationis, quam Iuſtinianus hac conſtitutione compoſuerit.*

4 *Prærogatiuam, quam filii habebant, nouella conſtitutione ſublatam.*

5 *Intellectus l.ſi maritus, hoc tit.*

6 *Difficultas ex præcedenti lege, quæ tamen mox tollatur.*

7 *Quid iuris ſit ſi auus vel auia, de quorum ſucceſſione tractetur, dotem dederint, nõ matri, ſed ipſis nepitibus.*

8 *Expoſitio gloſſæ.*

9 *Alia expoſitio Fulgoſii.*

10 *Tertia interpretatio Caſtr. quam auctor etiam confirmat.*

11 *Quid probandum ſit, ſi agatur de ſucceſſione auiæ, vel aui, an neptis cogatur conferre dotem, quam a matre conſecuta eſt.*

DOcemur ex *§.item vetuſtas, Inſt.de hered. quæ ab inteſt. defer.* antiquitus † ita cõparatum fuiſſe, vt ſtudio propagandæ familiæ, 1
nominis, atq; generis, maſculini ſexus perſonæ, vt filii, nepotes, item qui, quæve ex his deſcenderent, ad ſucceſſionem ſuorum vocarentur, & iuri agnatorũ præferrentur: nepotes autem, qui ex filiabus nati eſſent, & pronepotes ex neptibus, cognatorum loco connumeratos poſt agnatorũ lineã admitti ſolere. Diuos † autem Principes mo- 2
tos rei indignitate hanc iniuriam ſuis cõſtitutionibus ſuſtuliſſe, vt ſcilicet eundem ordinem & gradũ ſucceſſionis illis indulgerẽt, ſed vt aliquid prærogatiuæ haberẽt, qui etiã veteris iuris ſuffragiis niterentur, ita rem digerendam exiſtimaſſe, vt minus tertia parte acciperent, quam mater eorũ, aut auia relatura fuerat: vt idẽ diſerte cõprehenditur *l.ſi defunctus 9.inf.de ſuis & legit.hered.* itẽ *l.3.§.4. de legit.hered.in Codice Theodoſiano.* Porro de collationis iure nihil nominatim cautũ fuerat, præterquã quod *l.nepotes.de legit.heredit.* in Codice Theodoſiano ſtatutũ fuerat, vt nepotes auunculis conferrent, de patruis, amitis, & materteris muta diſpoſitio fuit. Accedebat, quod nulla de ipſis auunculis mentio fieret, an ipſi e diuerſo hoc onus ſuſcipere cogerentur. Orta † igitur controuerſia 3
inter huiuſmodi perſonas, collationis iura ex eo periclitari videbantur, quod ſine lege erubeſcamus loqui, *Nouell.de trien.& ſemiſ. in princ.l.diſſentientis,ſupr.de repud.l.certa forma,de iure fiſc.lib.10.* quodq; ſi Imperator voluiſſet, id comprehenſurus etiam fuerit, *§.vbi autem,circa fin.inf.de caduc.toll.c.ad audientiam,extr.de decimis.* Imperator itaq; vt ſubtilem hanc dubitationem tolleret, præſenti ſanctione promulgata, perſonas commemoratas ad collationis cauſſam pertinere ſtatuit. Interiecto deinde tẽpore *in ſua Nouell.18 de trient.& ſemiſ.* §.*neque illo*, etiam † il- 4
lam iniquitatem auctoritate ſua ſubmouit, quæ ex inæquali diſtributione hereditatis naſceretur, ſtatuens perſonas ex fœmineo ſexu deſcendentes, æquas portiones, ſi de ſucceſſione parentũ tractaretur, conſequi.

Baldus, Alex. Dec. Caſtrenſ. & alii Doctores leges noſtræ deciſionẽ ad plures quęſtiones quotidianas ex interpretatione legis, & vi rationis transferunt. Ceterum, cum hanc materiam perſecuti ſimus *in l.final ſupra, de ſacroſanct.eccleſ.capit.8.* eadem

Digitized by Google

hic repetere noluimus. Sed vt textui & glo. in verbo, *nulla conſtitutio*, ſatisfaciamus, duo
5 contraria paucis diluemus. Primum † ex *l. ſi maritus, hoc tit.* qua videatur hoc ius iam inductum fuiſſe. Sed expedita huius rei diſſolutio eſt, quod ibidem ius in perſona filii iam confirmatum fuerat, quamuis is poſtea deceſſerit. Alterum eſt legis, *vt liberis*, quæ
6 proxime præcedit, vbi ius † collationis ſine vlla diſtinctione inter filios, filias, nepotes, neptes, pronepotes, proneptes, inducitur. Sed animaduertendum eſt, eandem legem intelligi debere, cum illi, qui ad ſucceſſionem aſpirant, in eodem ſunt gradu, cum vel omnes ſunt filii & filiæ, vel his exſtinctis nepotes & neptes, ita hanc difficultatem tollit gloſſa, item Bart. *num.1. Caſt. num.1.*

Mouet deinde gloſſa in verb. *mortua perſona*, duas quæſtiones, quæ Interpretes noſtros ſatis exercuerunt. Primo, quid iuris
7 ſit, ſi † auus, vel auia, de quorum ſucceſſione tractetur, dotem dederint, non matri, cuius perſonam nepotes, vel neptes repræſentant, ſed ipſis neptibus. Collationi enim nō eſſe locum ex eo quis collegerit, quod ſi ipſa mater ſucceſſiſſet, non potuerit compelli ad huiuſmodi munus ſubeundū, quippe, cum dos non ſit in poteſtate matris, ſed neptis, *l.1. §. final. ff. de collat. dot. l. Pomponius Philadelphus 35. ff famil. erciſcund. l. Gaius, ff. ſolut. matrimon.* Porro nemo compellitur, plura præſtare, aut in hanc cauſſam deducere, quam in bonis ipſius mortis tempore ſint, *l. ea demum 6. hoc tit.* Vrget e diuerſo quod *l. vt liberis*, item *hac noſtra lege*, in cauſſa dotis, & donationis propter nuptias, ſi illa profecta ſit ab his perſonis, de quarum ſucceſſione agitur, æqualitas ſuadeatur. Atqui in facto proponitur, hanc dotem ab auo, vel auia, de cuius hereditate eſt quæſtio, datam
8 eſſe. Gloſſa in verb. † *mortua perſona*, ita rem moderari videtur, vt ſiquidem ſpectare velimus definitionem *l.1. §. ſi ſit filius, ff. de coniung. cum emancip. liber.* nepotes inter ſe conferre debeant, non patruis, ſed quod ille titulus iam antiquatus ſit, conſequens eſſe,
9 vt etiam patruis conferant. Ceterum † Fulgoſ. *hic num.2. circa fin.* Ludouic. Roman. *nu. 9.* Salyc. & quidam alii, quos refert Philipp. Corn. *hic nu.15.* primam partem gloſſæ amplectuntur, ſcilicet, vt collationem nepotes inter ſe faciant, & patruis nihil debeatur, neq; quidquam obſtare conſiderationem gloſſæ: ſublato enim edicto de coniungendis cum emancipato liberis, non propterea cenſeri abrogatas leges, quæ eodē tit. comprehenduntur, maxime, cum idem multo euidentius ſtatuatur *in l.1. §. ſi ſit nepos, ff. de collat. dot.* Contrarium † autem defendunt 10
Caſtrenſ. *hic num.3.* Philip. Corn. *num.16. & ſequen.* Alexand. *num.3.* Decius *num.12.* Purpur. *num.39.* vbi hanc opinionem communem eſſe ait. Et hanc vltimam ſententiam potiorem eſſe duco, ſi reuocatur ad diſtinctionem Angeli Peruſini *hic num.2.* qui ait intereſſe, an ſint neptes ex diuerſis filiis, an vero ex vno filio; & tunc rurſum referre, an plures numero ſint proles, an vna duntaxat, vt ſcilicet primo & vltimo caſu cogantur conferre patruis, ſecundo vero minime, *l. ſi nepotes, 7. ff. de collat. l.1. § ſed ſi nepos, ff. de dotis collatio.* quamuis & hic ponderandum ſit, has leges non loqui, niſi de filiis ſuis & emancipatis, nō autem de his, in quibus hæc conditio locum non habet, vt eſt in nepotibus & neptibus, ratione lineæ maternæ, qua de cauſſa hoc caſu ad ſententiam Pauli Caſtrenſis confugiendum eſt, quippe, quæ benignior eſſe videatur, & quam humanitas collationis commendat.

Altera quæſtio, quam gloſſa mouet, eſt, ſi agatur de ſucceſſione auiæ, vel aui, neptis cogatur conferre dotem, quam à matre conſecuta eſt, & gloſſa quidem obſcure loquitur. Bartolus autem nulla circuitione vſus *hic num.7.* Paul. Caſtrenſ. *num.4.* Alex. *num.5.* Cynus *num.2. circa finem.* Ludou. Roman. *num.10.* Alberic. *num.2.* Fulgoſ. *num.3.* Philip. Corn. *nu.24.* vbi de communi, Franc. Purpur. *nu.43.* vbi etiam de recepta ſententia teſtatur, cōſtituunt, collationem locum non habere. Primo, quod non peruenerit ex bonis auitis, vt requirit *l. vt liberis, hoc tit.* Secundo, quod mater vel pater ſi vixiſſent, non contuliſſent, *l.1. §. fin. ff. de coll. dot. item l. filium, ff. de collat. bonorum.*

Lex, Illud, 20.

Svmmaria.

1 *Duæ regulæ, quæ ad propagationem huius iuris pertineant.*

2 *Omnia, quæ in quartam iure naturæ imputantur, illa etiam ius collationis agnoſcunt.*

3 *An legata & fideicommiſſa collationis legi ſubiecta ſint?*

4 *Recepta interpretatio noſtrorum doctorum, illas nō eſſe collationi obnoxias.*

5 *L. filiæ 12. hoc tit. per præſentem conſtitutionem antiquatam non eſſe. & rationes.*

6 *Signum vniuerſale reſtrictionem recipere, ſi de contraria voluntate appareat, vel aliqua abſurditas huiuſmodi interpretationem conſecutura ſit.*

7 Defi-

7 *Definitionem noſtræ l. locum non habere, niſi inter perſonas habiles.*
8 *In collationis materia, non ſpectari debere, quanti res emta ſit, ſed quanti valeat tempore collationis.*
9 *Si pater filio certam pecuniæ quantitatem dederit, vt negotiationem exerceret, & filius emolumentum ſenſerit, cui hoc debeatur filio, an parenti?*
10 *Sententia Bartoli dimidium filio, dimidium paternis bonis adſcribentis.*
11 *Alia ſententia Baldi & Alexandri id iudicis arbitrio committentium.*
12 *Excuſata, & certis rationibus defenſa Bartoli opinio.*
13 *Inter Bartoli & Baldi ſententiam parum aut nihil intereſſe.*
14 *Si nulla filii induſtria interceſſiſſet, an nihil filio debeatur?*
15 *Idem ſi non ſimpliciter, ſed patris nomine negotiationem exercuiſſet.*
16 *An filius, qui arua, & vineas paternas laboribus ſuis excoluerit, mercedem nauatæ operæ poſtulare poſſit?*
17 *Sententia Fulgoſii & Purpurati quod audiatur.*
18 *Contrariæ ſententiæ argumenta, & auctores.*
19 *Confutata argumenta prioris ſententiæ.*
20 *Si filius ſuo periculo & nomine negotietur ex pecunia paterna, vniuerſum emolumentum ſibi adſcribere poterit.*
21 *Quid iuris ſit in lucris illicitis.*
22 *Donationem ſimplicem non conferri, niſi in duobus caſibus.*
23 *An filia, quæ dotem & donationem ſimplicem meruit, vtrumque in cauſſa inæqualitatis conferre cogatur?*
24 *Sententia Alberici vtrumque conferendum.*
25 *Contraria ſententia Bartoli, & Caſtr. illam donationem præcipuam retinere.*
26 *Quomodo æqualitas hoc caſu conſideranda.*
27 *An collationi locus ſit, ſi nedum filius emancipatus, ſed etiam filius in poteſtate donationem perceperit.*
28 *An definitio præſentis legis etiam locum habeat in filio emancipato.*

1 COllationis merita † Imperator Iuſtinianus ornãdo, duas regulas adhuc proponit, quæ ad propagationem ipſius pertineant. Prima eſt, quod omnia, quæ in quar-
2 tam † imputentur, iure naturæ debita, illa etiam ius collationis agnoſcant: vnde quemadmodum in quartam ipſa militia deducitur *l. omni modo 30. §. imputari, ſupr. de inoffi teſtam.* ita etiam ad collationis cauſſam pertinent, *vt hac noſtra lege.* Porro de qua militia illud intelligendum ſit, ſatis dilucide expediui in auth. *ex teſtamento h. t.*

Circa explicationem huius rei, in ſatis infeſtum ſcrupulum incidimus, an, cum legata & fideicommiſſa legitimam minuant, ita
3 etiam † collationis legi ſubiecta ſint. Verba noſtræ legis generaliter concepta id coarguunt, cum nõ diſtinguat *l. de pretio, ff. de publician. in rem action.* & dictione vniuerſali vtatur, quæ nihil excludere ſolet, *l. Iulianus 68. ff. de legat. 3. l. baliſta 32. ff. ad SC. Trebell. l. 1. §. omni, ff. de oper. noui nunt.* negant autem noſtri Doctores, *vt gloſſ. hic in verb. omnia, Bart. n. 1. Caſtr. n. 3. Corn. n. 9. Cynus n. 3. Franc. Aret. in 2. notab. Iaſ. n. 9. Alex. l. filiæ, n. 2. & alii Doct. ibid. a me, & in præcedenti lege relati.* Et hanc
† ſententiam receptiorem eſſe pronuntiat 4
Purpur. *hic n. 5.* quãuis in contrarium diſputet, allegant *l. a patre, 11. item l. filiam 16. deniq; & l. 1. §. & maxime, ff. de collat.* quæ tamen has partes parum commode tueri poterunt, ſecundum ea, quæ perſecutus ſum *in d. l. a patre, & l. ſeq.* adducunt præterea *l. filia 12. h. tit.* quæ melius ad propoſitum facere videtur.
Sed quæſtionis eſſet, an † illa lex, & ſi quæ 5
ſint aliæ, per hanc legem abrogatæ videantur, & non puto. Cuius rei meo iudicio non inepta ratio reddi poterit, quod ſi illud concedere velimus, neceſſe quoque erit, vt fateamur ea, quæ ſcripta ſunt *in l. 1. & l. 7. h. t. & l. filia, ff. de collat. dot. cum ſimilib.* teſtamento condito collationem ceſſare ante conſtitutionem Iuſtiniani *18. §. illud, & auth. ex teſtamento h. t.* per hanc noſtram legem correcta fuiſſe, quod nemo ſanus dixerit, neq; Iuſtiniani verba, qui de ſucceſſione ab inteſtato loquitur, vllo modo patiũtur. Nec eſt, quod nos ſollicitet, quod leges a nobis cõmemoratæ iuſſæ ſint faceſſere *d. auth. ex teſtamento.* Ratio enim expreſſa *in §. illud, Nouell. 18 de trien. & ſemiſ.* quæ hanc emendationẽ ſuaſit in legatis & fideicõmiſſis teſtamẽto relictis, locum non habet, cum quilibet teſtator illa memoria comprehendere cenſeatur, quæ vno contextu ſtatuta ſunt, *l. cum antiquitas, inf. de teſtam.* Porro, an huiuſmodi deliberatione admiſſa aliud dicendũ videatur in legatis & fideicommiſſis, quæ codicillis antea factis contineantur, explicaui *l. filiæ, h. t.* Nec mouent ea, quæ de ſigno vniuerſali in contrarium allegata ſunt. Etenim ea obſeruatio
locum non habet, cum de cõtraria † volun- 6
tate appareat, & aliqua abſurditas talem ſententiam conſecutura eſſet *l. Gaius 86. ff. de legat. 3. l. obligatione, ff. de pignor. l. pen. ſup. de pact.* & quæ ibidem a noſtris Interpretibus in hãc ſententiam commemorantur.

Inde etiam efficitur, † quod regula Iu- 7
ſtiniani intra terminos habiles, vt vocant, etiam ratione perſonarum verſetur. Etenim inter aſcendentes & tranſuerſales locum non habet, ſecundum ea, quæ diſſerui-

Digitized by Google

mus *in l. ſi emancipati 9. hoc tit.* quamuis & illis legitima debeatur.

Colligimus præterea ex ſubiecto militiæ exemplo in collationis cauſſa non ſpectare
8 †nos, quanti res emta ſit, ſed quanti valeat tempore collationis, *vt hic, & l. 1. §. iubet, & §. confertur, ff. de collat.* idque confirmant hoc loci Caſt. *n. 4. & ſeq.* Alex. *n. 3.* Fulg. *n. 1.* Corneus *n. 5.* Decius *n. 3.* Lud. Roman. *n. 3.* Purp. *n. 20.* & alii, quos recenſui *in auth. ex teſtamento h. t.* Sed an idem obtineat, ſi pretia librorum, vel rei emtæ ſe poſtea intẽderint, conſuli poterit Alex. *hic num. 3.* Decius atque alii ſcribentes.

Motus huius deciſionis occaſione, quæ-
9 rit Bart. *n. 2.* quid iuris ſit, ſi pater filio † certam pecuniæ quantitatem dederit, vt negotiationem exerceret, & filius multum emolumenti ſenſerit, an hoc compendium filio cedat, an vero paternis bonis annumerari debeat, adhibita conſideratione, quod filius ea, quæ ex operis ſuis acquirit, iure proprietatis tanquam aduentitium peculium, nunc temporis obtineat, *§. igitur, Inſt. per quas perſon. nob. acq. & l. cum oportet, inf. de bon. quæ lib.* & quod vtroque in textu caueatur, id quod ex re patris obuenerit, ad patrem reuerti.
10 Bartolus itaque † in hac perplexitate dimidium filio, dimidium vero paternis bonis bonis adſcribit, idque videtur poſſe defendi arg. *l. ſocietates, 5. & §. ſocietas, & l. ſi non fuerint 29. ff. pro ſocio, §. de illa ſane, Inſt. eodem tinum. 6.* Fulgoſ. *num. 3.* Corneus *nu. 26.* Iaſon *tul.* Bartolo ſubſcribunt hoc loci Caſtrenſ. *hic num. 7.* poſt Angel. Abb. Lud. Roman. ab
11 illo in hãc ſententiam adductos. Et † quamuis Bald. *in l. cum oportet, infr. de bon quæ liber.* hanc Bartoli diſtinctionem, tanquam ruſticorum more inſtitutam, qui rem in partes diuidere ſoleant, contra *l. Neſennius, ff. de negot. geſtis*, damnet, & hoc arbitrio Iudicis committendum exiſtimet, vt etiam facit Alexand. *hic num. 10.* Franc. Purpurat. *num. 34.*
12 tamen animaduertendum † eſt, Bartolum nullam vim in legibus conſtituere, ſed in conſuetudine ciuitatis Peruſinę: & ſi rem ad iuſtum calculum reuocare velimus, hæc ipſa ſententia a definitione iuris aliena non erit, *vt conſtat ex legibus ſupra a nobis enumeratis*, cum in dubio tam habeatur ratio pecuniæ in ſocietatem collatæ, quam induſtriæ, *vt oſtendit etiam Menoch. lib. 3. conſil. 228. nu 30. poſt Petrum de Vbald. Corneum & Romanum. in hanc ſententiam laudatos.* Nec mouet, quod Bald. ſubſalſe arguat, nullam inter patrẽ & filium ſocietatem cõtrahi poſſe; admiſſo enim huius ſententiæ præiudicio: tamen propterea non efficitur, quin aliquis rationem legis ad deciſionem cauſſæ dubiæ deflectere poſſit. Quare obſeruandum eſt, nõ illam videri Bartoli ſententiam, vt in omni caſu id procedere debeat, ſed quoad non conſtet, plus vel minus labori, & induſtriæ tribuendum eſſe, *vt in legibus ſupra a nobis deſignatus.*
Id igitur † cum verſetur in arbitrio Iudicis, a- 13
nimaduertimus inter Bartoli & Baldi interpretationem parum intereſſe, vt etiam perpendit Iaſon *hic n. 7.* Purpur. *n. 36.*

Recipit tamen hæc traditio Bartoli, & Baldi adhuc modum cõciliata certas declarationes. Etenim ſi aperte conſtaret, nullam filii induſtriam in tali acquiſitione interceſſiſſe, veluti, quod pecunia † commiſſa 14
eſſet argentariis, qui ſtatis temporibus conuenientem quæſtum inferrent, hic nihil filio adſcribendum eſſet, cum in certis nõ ſit locus coniecturis, *l. continuus, §. cum ita, ff. de verb. oblig. ita Iaſon hic n. 7. Purpur. n. 41. Decius n. 10. & 11. Lud. Rom. in auth. ex teſtamento, n... Hippol. Riminal. in §. 1. Inſtit. per quas perſo. nob. acquir. n. 72.*

Altera declaratio † eſt, ſi filius non ſim- 15
pliciter, aut nomine ſuo, ſed patris negotia exercuiſſet, tunc enim lucrum omne eſſet patris, *argum. l. ſi negotia 11. ff. de negot. geſt. item l. quodcunque, ff. de verb. oblig. item l. quæ procurator ex re, ff. de procurat. Purpur. hic n. 42. Iaſon num. 7. Decius n. 12. Calcan. conſ. 19. Crauet. conſ. 165. nu. 4. accedunt Roman. Ang. Bald. ab eod Decio laudati Hippol. Riminal. in §. 1. Inſt. per quas perſon. nob. acq. n. 74.*

Sed hoc loco mouetur quæſtio † a Raph. 16
Fulgoſio *num. 3.* an ſi filius, cum pater multas poſſeſſiones haberet, ſolus eaſdem curauerit, arua & vineas ſuis laboribus excoluerit, cum alii fratres propter ætatem vel ſimilem ob cauſſam nullam operam accõmodaſſent, poſſit poſt mortẽ patris nauatæ operæ mercedem poſtulare, quantũ ſcilicet extraneus habiturus erat? Et Fulgoſius † qui- 17
dem in hanc ſententiam inclinat, vt poſſit, idemq; aperte defendit Purpur. *n. 43.* Tiraq. *de iure primogen. q. 89. num. 1. & 5.* nullam tamen legem vel concludentem rationẽ, qua hanc ſuam opinionẽ fulciant, in mediũ adducunt, excepta ratione Bartoli, cum dimidium lucri ipſi filio attribuit. Hæc opinio ex ea conſideratione ſuſtineri poſſe videtur, quod ex *l. pen. ff. de obſeq. parent. præſt.* edoceamur, filium parenti pietatem, non vero operas

Digitized by Google

operas debere, idemque repetitur *l.4.ff.ſi quis a parent.manumiſſ.* deinde quod ex *l.cum oportet,infr.de bon.quæ liber.item §.1.Inſtit.per quas perſon.nobis acq.* intelligamus compendium ex huiuſmodi operis quæſitũ filio cedere. Tertio, quod ſi duo fratres & ſocii ſint, & vnus operam & induſtriam circa res communes collocarit, alter vero quieuerit, is poſſit compenſationem ſui laboris petere, *Didac.Couar.var.reſol.lib.3.c.2.n.3. verſ.quarto hinc ſcribit Roman. Menoch. conſ.228.n.50. Tiraq.de iure primogen.q.89.*

18 His tamen dubitandi † rationibus nihil prohibentibus, ſtatuo contrariam ſententiam veriorem eſſe. Moueor autem ſequentibus argumentis. Primo, quod ſecundũ ea, quæ perſecuti ſumus *in l. de donatione 13. h.t.* filius parentũ meritis nunquam digna reddere poſſit.

Secundo, quod filius etiam iure naturæ cogatur patri dicto audiens eſſe, *l.veluti,ff.de iuſt.& iur.l.ad ea,ff.de reg.iur.l.liber homo,ff.ad leg.Aquil.* Vnde etiam pater ſi pietatem debitam non agnoſcat illum caſtigare iure patriæ poteſtatis non prohibetur, arctiori remedio vſurus, ſi in pari cõtumacia perſeuerauerit *l.ciuilius, inf.de pat.poteſt.* & quod nõ diſtinguatur, in quibus patri obediendũ ſit.

Tertio, cum quæſita per filiũ ſine diſtinctione patri cedere ſoleant, *l.quæ oportet, infra,de bon.quæ lib.* & hæc cauſſa poſtea excepta non deprehendatur ab antiqui iuris definitione recedendum non eſt, *l.præcipimus, in fin.inf.de appellat.*

Quarto, quod hanc ſententiam illa abſurditas conſecutura ſit, vt eadem cauſſa ſit filii in poteſtate, ſi vſumfructum excipiamus, quæ ſit filii emancipati, cum tamen diuerſum in eiꝰ perſona cõſtituamus, ſi de donatione ſimplici cõferenda tractetur, quam pater filio ſuo eo conſilio plerumque dare ſolet, vt huiuſmodi merita pẽſentur. Quod tamen Doctores noſtros non admittere conſtat, *in fine præſentis legis, item ex teſtamento, hoc eod.tit.*

Quinto, quod mandatum ſit, & debeat eſſe gratuitum *l.1.ff.mandat.l.ſi tibi rem, l.ſi tibi area, l.ſi tibi polienda, ff. de præſcript. verb.* niſi contrariam naturam mandati inter patrem & filium introducere velimus.

Sexto, quod quamuis lucrum ex negotiatione quæſitum, ſi filius proprio nomine illam geſſerit, iuxta ſententiam Bartoli, communicetur: tamen hæc definitio locum non habeat, ſi alieno nomine negotium geſtum ſit, *l.qui proprio, §.procurator, ff. de procurat.l.2.& l.negotia, ff. de negot.geſt.l.ſi quis putans, §.ſiue autem, ff. commun.diuid.l.1. ff.de inſtit.act.cum ſimilib.*

Septimo, quod filius non parendo voluntati patris, non videatur habuiſſe animum ipſum obligandi, vnde etiam nihil intempeſtiue repetere poteſt *l.ſi in area 33.ff.de condict.indeb.*

Vltimo, quod diuerſa ſit cauſſa filii, & extranei; filios enim ſumtibus parentum educatos, *l.ſi quis, §.1.ff.de liber. agnoſc.* & adhuc in eadem cauſſa perſeuerantes, huiuſmodi labores non eſt æquum recuſare, neque patri præſcribendum eſt, cur quid vni magis committat, quam alteri, maxime in propoſita quæſtione, vbi frater minor ob ætatem operam nauare non potuit, quod ſimiliter in perſona maioris euenit, ita vt non diſpar ſit vtriuſque conditio.

Hanc noſtram opinionem aperte defendit Iaſon *hic nu.8.* poſt Angelum & Baldum in hanc ſententiam laudatos; tradit etiam Fulgoſ. id quod eum affirmare oſtendi, vix obtinere poſſe, & contra ſuam ſententiam etiam pronuntiatum fuiſſe.

Quibus fundamentis iactis, non † mo- 19
uent rationes, quas ſupra dubitationis cauſſa propoſui. Nam quod ad Bartoli traditionem attinet, illa eo caſu non procedit, quo negotiatio nomine paterno inſtituta eſſet, vt diximus. Lex *penultim. ff. de obſeq.parent. præſt.* expeditam ſolutionem habet, filium non debere patri operas, quemadmodum ſeruus domino, qui eo nomine plerumque comparari ſolet, vt ſeruilem operam præſtet, *l.2.ff.de his qui ſui vel al.iur.ſunt, l.melior, ff.de regul.iur.* ſed debet pietatem, partim ratione naturæ *l. veluti,ff.de iuſt.& iur.* partim ex cauſſa patriæ poteſtatis, *Inſtit. de patr.poteſtat.* Porro operæ miniſteria, officia, obſequia, & id genus alia in conſequentiam veniunt, vt eas præſtet, tanquam filius, non animo ſeruili, ſed pia meritorum cogitatione, & tanquam heres, & particeps huius vtilitatis, & iuris aliquando futurus. Nam ſi aliud probemus, ſequeretur tempore, quo Iuriſconſulti floruerunt, filium ad has operas compelli non potuiſſe, quod ſane abſurdiſſimum eſſet, cum filius ob vinculum patriæ poteſtatis omnia eidem acquirere ſolebat *d.l.cum oportet, infr.de bonis quæ liber.* Nec mouet conſtitutio Iuſtiniani *l.cum oportet*, quæ enim filii ex operis ſuis acquirunt, tunc eſſe aduentitia intel-

ligo, cum permittente parente aliis operam impendunt, & fortaſſe ſe etiam alunt, ſi ſeorſim a patre habitent, *Menoch. lib. 3. præſumt. 50. nu. 3. poſt Bart. Bald. & Calcan.* Quod ſi vero in re patris operam impenderet, veluti in negotiatione, cum pecuniis paternis, tunc diſtinguendum eſſe exiſtimarem, an pater iuſſiſſet, vt ſuo nomine negotiaretur, an vero vt proprio ipſius filii, illic enim quæſtus eſſet parentis, *vt ſupra diximus*, hic vero ita digerenda res foret, *vt ſupra oſtendimus*, quod etiam procedere puto, ſi filius non contradicente parente ſuo nomine pecuniam eroget.

20 Tertia principalis declaratio † eſt ſecundum Iaſonem *hic, num. 7.* Purpur. *num. 45.* Roman. *in auth. ex teſtamento.* Hippol. Riminald. *Inſt. per quas perſon. nobis acquir. §. 1. nu. 75.* quod ſi filius ſuo nomine & periculo negotietur, tunc etiã ipſum vniuerſum emolumentũ ſentire, *arg. l. quia poterat, ff. ad SC. Trebell. l. 1. & tot. tit. ff. de peric. & commod. rei emt. l. Gaius, 11. ff. de vſur.* Quæ res meo iudicio ꝓcedere poterit, ſi patre permittente hoc faciat, & ſuo periculo, vt dictũ eſt, nõ paterno.

21 Quarta declaratio, quod † hæc doctrina locum non habeat in lucro illicito, veluti in vſuris, *argum. l. quod ſeruus, ff. de acquir. poſſeſſ. item l. quod ſi ex furto, ff. pro ſocio, Bart. in l. cum oportet, in 3. quæſt. Iaſon hic num. 7. Alexand. in d. l. quod ſeruus, Decius hic num. 12. Hippol. Riminald. d. §. 1. num. 77. poſt Angel. Aretin. Ioan. Fabrum, Cynum, Salycet. Bald. Caſtrenſ. in hanc ſententiam laudatos*, quamuis *num. 78. & ſequ.* oſtendat, hanc rem difficultate non carere, vt etiam facit Purp. *hic n. 46.*

Hæc de prima legis noſtræ regula, qua in re ne impingamus, admonet Imperator, nõ debere contrarium axioma conſtitui, vt omnia, quæ conferuntur, in quartam imputentur: quippe aduentitia ante legem ſequentẽ adhuc cõferebantur, donatio quoq; in filium emancipatum a patre profecta, *vt l. vt liberis, in fin. h. t.* ſecundum ea, quæ tradit Alex. *hic n. 4.* Corn. *nu. 18.* vbi aliquot declarationes perſequitur.

22 Altera regula, quã † Iuſtinianus hac conſtitutione inſinuat, eſt, quod donatio ſimplex conferri non ſoleat, niſi duobus in caſibus. Primo, ſi illud expreſſum eſſet, *vt hic, & l. ſi quando, §. 1. ſup. de inoffic. teſtam.* deinde ſi talis inæqualitas emergeret, & filia emancipata dotem conferret, & filius in poteſtate donationẽ ſimplicem retinere vellet, vnde
23 quærit gloſſa *in verb. impoſuerit*, an ſi filia, † quæ adhuc in ſacris erat, habeat dotẽ & donationem ſimplicem, vtramque conferre cogatur? Quam quæſtionem Cyn. *hic nu. 3.*
circ. fin. indeciſam relinquit, contrarium † aperte 24
defendit Alber. *hic n. 2.* Sed præferenda videtur ſententia ipſius gloſſ. quã ſequitur Bart. *in fin.* Caſtr. *n. 7.* Raph. Fulg. *n. 3. circ. fin.* Ang. *paulo ante num. 1.* Odofred. *nu. 5.* ſcilicet ſufficere, quod ſolam dotem conferat,
& donationem † tanquam præcipuam retineat. 25
Nec mutat, quod hoc modo, vt inſtat
Alberic. non ſeruetur æqualitas. Statuo † enim, 26
æqualitatem non eſſe conſtituendam ex bonis, quæ a parente profecta ſunt, ſed ex mente ipſius Imperatoris, in hac noſtra cõſtitutione, ex qua cum appareat, quod non conſideremus inæqualitatem, ſi filius in poteſtate, vel filia donationem ſimplicem, vt præcipuam retineat, conſequens quoque erit, vt idem probemus in controuerſia a nobis conſtituta, in qua ſatis eſt, quod dotem vtrinque conferant. Nec mouent, quæ de æqualitate, inter liberos ſeruanda, ab aliis inculcantur. Si enim ratio ſola hoc poſſet, vt leges antiquas corrigeret, vna cõſtitutio *l. vt liberis, h. tit.* tale munus ſuſtinere potuiſſet, & omnino ſuperuacua fuiſſet, *l. illam*, item præſens conſtitutio nec non auth. *ex teſtamento h. tit.*

Plane illud maiorem † controuerſiam 27
habere poteſt, an ſi filius in poteſtate donationem habeat, ſimul & emancipatus, an collationi locus ſit? Negat Philippus Corneus *hic numer. 21.* quod hoc nuſquam cautum ſit. Contrarium defendunt Caſtrenſ. *num. 9.* Fulgoſ. *num 1.* Alexand. *num. 8.* Et hæc materia benignior videtur, niſi ex coniecturis appareret, aliam eſſe mentem parentis, veluti, quod merita; vel ſimiles cauſſæ hoc ſuaderent. Vnde animaduertimus traditionem noſtrorum doctorum, de qua mentionem fecimus *in l. ſi emancipati, h. tit.* exiſtimantium, filium emancipatum conferre donationem ſimplicem, non autem eum, qui in familia retentus erat, ex tali interpretatione magnam reſtrictionem accipere, cum eo caſu duntaxat videatur procedere, quo filii in poteſtate talem liberalitatem non retuliſſent.

Quæ conſideratio etiam † fulcire vide- 28
retur ſententiam Philippi Decii, & Iacobi Menochii *hic in addit.* Socini Iunioris *conſil. 54. num. 5. lib. 1.* & nonnullorum aliorum, quos commemoraui *in l. ſi emancipati, hoc t.* arbitrantium idem quoque iuris eſſe in filio eman-

Digitized by Google

emancipato, vt extra hos caſus donationẽ ſimplicem conferre nõ cogatur, quod text. noſter indiſtinctè loquatur, & antea mentionẽ fecerit donationis, vel dotis a patre, matre, vel aliis parentibus datæ. Sed hęc difficultas expedietur, ſi memoria & iudicio complectamur, donationes ſimplices frequentius exerceri in filiis emãcipatis, quam qui adhuc domi, & in poteſtate ſint: quippe, qui ſeorſim habitantes in ipſa emancipatione multa conſequi ſolent, *l. vt liberis, in fine, hoc titul.* & poſt emancipationem prætextu adminiſtrationis domeſticæ varia a parentibus emungere conſueuerint: durum autem eſſet, ſi emancipati hæc omnia præcipua haberent, & filii in poteſtate, qui ad iuſſa parentis ſemper parati eſſe debuerant, etiam bonis profectitiis fraudarentur. Nec moueor, quod præſens conſtitutio generalis ſit, quia interpretationem recipit a ratione, deinde a legibus præcedentibus, *vt l. vt liberis, & l. ea demum, l. 1. hoc tit. & l. 1. ff. de collat.* Neque enim eſt nouum, vt vna determinatio varie accipi debeat. Intelligimus itaque legem non de emancipatis, de quibus nullam mentionem facit, ſed de filiis in poteſtate, item de aliis deſcendentibus reſpectu matris, auiæ, & aliarum perſonarum, quæ ius poteſtatis non habent. Ratio eſt, quod in his perſonis ius collationis locum non habuerit, præterquam in dote, item donatione propter nuptias, *vt l. 1. ff. de collat. dot. & l. vt liberis, hoc tit.* Nec mouet, quod obſtare videatur regula initio tradita, quod omnia, quæ in quartam portionem imputentur, conferantur. Etenim ſatis controuerſum eſſe conſtituo, an filius, qui in poteſtate ſit, donationem talem legitimæ portioni adſcribere debeat, cum ſint multi ex cauſſis diſſentientientes, quos refert hic Alexander *numero 4.* Circumſcripta denique hac ipſa aſſertione, illa conſideratio omnem rem in tuto collocare poterit, quod de collatione loquatur, quæ ſuis fieri debeat, aut ſi quis hoc non admittat, quod de coheredibus ſuis mẽtionem faciendo lex generaliter accipienda videatur, is ſaltem hoc largietur, quod, ex quo legata & fideicommiſſa regulæ ibi conſtitutæ legem non agnoſcant, quod idem etiam dici debeat de his donationibus, quæ morte confirmentur, *leg. in donationibus, ſupr. de donation. inter vir. & vxorem.*

Lex, Finalis.

Svmmaria.

1 *Ad ſenſum legis a Iuſtiniano promulgatæ pertinuiſſe, vt qua ratione aduentitia filiis adquirerentur, ita etiam collatio his ceſſaret.*

2 *Cur Iuſtinianus tamen hanc nouam conſtitutionem ediderit?*

3 *An præſens definitio locum habeat in filiis emancipatis?*

4 *Argumenta & auctores pro ſententia negatiua.*

5 *Rationes & defenſores ſententiæ negatiuæ.*

6 *An emancipatus vſumfructum bonorum ſuorum conferre cogatur.*

QVum Iuſtinianus componẽs ſeſe ad exemplum Conſtantini, & aliorum Imperatorum, qui duritiem legis, quidquid acquirerẽt filii patri addicentis, certa ratione mitigarant, media quadam eademq; generali interpretatione in his, quæ filii ſua induſtria, vel proſpera fortuna referrent, patri vſumfructum, filiis autem proprietatem detuliſſet, *l. cum oportet, de bon. quæ lib.* reddens hãc ſuæ moderationis rationem, quod hoc modo futurum ſit, vt parenti nihil derogetur, & filii non lugeant, ſi ea, quæ ſuis laboribus parta ſint, ad alios, ſiue extraneos, ſiue fratres ſuos, quod multo grauius videatur, transferantur; videbatur ad ſenſum † legis pertinere, ne, quod vna via prohibitum eſſet, id alia ratione, ſcilicet ex neceſſitate collationis induceretur, *l. ſcire oportet 21. §. 1. ff. de tut. & curat. dat. ab his; & c. quanto, extr. de priuil.* 1

Ceterum, cum perpenderet, non deeſſe † hominum ingenia, quæ illa, quæ ad iuſtum & conuenientem legis intellectũ pertinerent, in diſceptationem reuocarent, *l. final. inf. de indict. vid. toll.* & interpretandi ratio ſatis periculoſa, *l. illam, hoc noſt. t.* & propterea ab ipſo legum fonte, id eſt, Imperatore petenda videretur, *l. 1. l. cum de nouo, l. leges, l. fin. ſup. de legib.* Imperialis beneuolentię eſſe duxit, vt, quod inde cõtrouerſiæ exiſtere poſſet, compendioſa atque generali conſtitutione ſubmoueret. Statuit itaque legi, *cum oportet*, de qua iam dudum mentionem facimus, hoc addendũ, ne illæ res, quas parenti acquiri prohibuiſſet, etiam iure collationis a filiis auellerentur; confirmans hanc ſuam diſpoſitionẽ ratione, quod quemadmodum iidẽ filii peculium caſtrenſe in diuidenda hereditate antiquitus non cogebantur in cõmune conferre, ꝗ ſcilicet dominiũ earũ rerũ filiis cõpeteret, eodẽ etiam modo res aduẽtitias, quarũ ꝓprietas filiis cederet, ad hanc neceſſitatẽ reuocari non debere. 2

Et hæc quidem certa ſunt in filiis, qui vinculo patriæ poteſtatis adhuc attinentur. Sed an idem etiam probandum ſit in emanci-
3 patis, ardua † videtur quæſtio. Non eſſe ar-
4 guunt argumenta, † quæ ſubnectimus.

Primo, quod certum ſit, emancipatos, ſiquidem vna cũ ſuis ad hereditatem paternam admitti velint, omnes fortunas ſuas in commune debere redigere, *l. 1. ff. de collat. l. 1. & l. ea demum, hoc noſt. titul.* quodque nulla lex, aut conſtitutio proferatur, quæ hanc neceſſitatẽ illis remiſerit, ſine quarũ auctoritate nihil aſſerere ſuſtinemus, *l. illam 19. h. noſt. t.* aut etiam id facere erubeſcimus, *Nouell. de trient. & ſemiſſ. in princ.*

Secundo, quod hæc Iuſtiniani ſanctio ſe referat ad legem, *cum oportet, inf. de bon. quæ lib.* Porro legem referentem conſiſtere inter fines legis relatæ, *Nouell. de filiis ante dotal. inſtr. natis*, idque eo efficacius procedere videtur, quod Iuſtinianus profiteatur, ſe hãc legem conſtitutioni, *cum oportet*, addere, ſed additamenti eadem ſolet eſſe conditio & natura, quæ eſt rei principalis, *l. cum multa, ſup. de donat. ante nupt. l. etiam 8. ſupr. de iure dot.*

Tertio, quod hoc ſuadere videatur natura dictionis relatiuæ, dum ait, *res quas prohibuimus*, cuius natura eſt, vt reſtringat, & orationem ſolutam reuocet ad terminos, & qualitatem rei, cui accommodatur, *l. ea tamen adiectio 46. ff. de legat. 3.*

Quarto, quod ea, quæ fauore alicuius introducta ſunt, non debeant in odium ipſius retorqueri, *l. quod fauore, ſupr. de legib.* ſed id eſſe conſtitutum fauore filiorum, qui adhuc in ſacris paternis manſerant, conſtat ex *d. l. cum oportet.*

Et hanc ſententiam, quod præſens cõſtitutio non habeat locum in filiis emancipatis Iac. de Rauen. relatus ab Alex. Iaſone, & aliis, Odof. *n. 1.* Phil. Dec. *n. 1.* quamuis circa finem vacillare videatur, defendunt.

5 Porro non deſunt † argumenta, quibus contraria ſententia muniri poſſit, quorum vnum proponit hic Alex. quod lex præſens indiſtincte concepta ſit: ſed ſane cum argumenta ſuperius a nobis in hanc rem acceſſita, contrariũ euincant, non putamus huic fundamento multum tribuendum eſſe.

Secundum igitur ſit, quod cum ipſe Imperator a caſtrenſi peculio argumentum ſumat ad bona aduentitia, & filius emancipatus bona caſtrenſia non conferat, *l. 1. §. nec caſtrenſe, ff. de collat.* quod tale præiudicium in præſenti quæſtione reſpuere non debeamus.

Tertio commendat hanc opinionem generalis definitio, *l. ſi fratres, §. idem Papinianus, ff. pro ſocio*, ea non deduci in hanc cauſſam, quæ ſi in poteſtate manſiſſet, præcipua habiturus fuiſſet, ſed negari non poteſt aduentitia bona in illa conditione eſſe, *d. l. cum oportet, & d. §. igitur, Inſtit. per quas perſonas nobis acquir.* ſed quoties extenſio vnius caſus ad alium auctoritate regulæ vel iuris antiqui fieri ſolet, quam paſſiuam Interpretes vocare conſueuerunt, tunc ea repudianda non eſt. *Nicolaus Euerh. in ſuis locis legal. in locis a ratione legis larga, num. 39. poſt Bartol. Ang. Salycet. & alios*, vbi id etiam exemplis illuſtrat.

Quarto Iaſon *hic num. 2.* ex alia conſideratione inſtat, quod cum collatio inducta ſit ratione æqualitatis ſeruandæ, & hic nulla æqualitas interueniat, niſi quoad vſumfructum, conſequens quoq; eſſe, vt proprietate tenus collatio ceſſet.

Quinto, quod ratio, quam Iuſtinianus *in l. cum oportet, infr. de bon. quæ liber. & in §. igitur, Inſtit. per quas perſon. nobis acquir.* in conſilium adhibuit, ſcilicet acerbitas doloris, qua filii ex inuidia conflictari ſolent, ſi quæ laboribus & induſtria ſua parta ſint, fratribus multa deſidia fortaſſe languentibus applicentur, æque in perſona emancipatorum, imo iuſtiori ex cauſſa vrgeat, ſi hi propriis ſumtibus viuentes, multa indole & moleſtiis quæſita, ceteris imperciri cogerentur, conſectarium igitur eſſe, vt idem ius conſtituamus, ſecundum ea, quæ copioſe perſecuti ſumus in explicatione legis *finalis, ſupr. de ſacroſanct. eccleſ. cap. 8. num...* idque etiam Reipublicæ intereſſe videtur, ne huiuſmodi metu propoſito, induſtria alicuius hebetetur, & prædia vrbana dilabantur, ruſtica vero inculta relinquantur, *l. 2. C. de fund. rei priuat. lib. 11. l. 2. C. quand. & quibus quart. pars, lib. 10.*

Vltimo commendat hanc conſiderationem, quod Iuſtinianus initio noſtræ legis inſinuet, ad ſenſum ſuæ conſtitutionis, *cum oportet*, pertinuiſſe (vt in ſimili caſu loquitur *l. final. infr. de indict. vid. toll.*) vt quæ ſtatuta eſſent in acquiſitione, eadem etiam obtinerent in collatione. Si igitur hæc auctoritate Interpretum ſuppleri potuerunt, vi rationis, quę diſerte in ſuis comprehenſa erat, non alienum eſt, vt idem admittamus in emancipatis.

Quod

Quod ipſum confirmant Cyn. *hic num. 1. Alberic. in prin. Ang. in princ. item l. ſi emancipati, nu. 2. verſ. idem deinde Iuſtinianus, Caſtr. num. 1. Fulg. in primo notabili, Corn. nu. 1. Franc. Aret. in prin. Alex. num. 1. & 2. Lud. Roman. hic nu. 1. Iaſon. num. 2.* vbi iſtam ſententiam communem renuntiat, Bar. *in l ſi emancipati, num. 7. Bald. ibid. num. 19. Lud. Rom. num. 13. Franc. Purpur. num. 48. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. reſol. lib. 2. §. 19. n. 24.*

6 His ita ſubductis † quæro, *an emancipatus vſumfructum bonorum ſuorum cōferre cogatur, cum filius ſuus ex diſpoſitione Iuſtiniani hoc careat.* Et quidem Caſtr. *hic num. 2. Alex. nu. 2.* poſt Cynum, Fulgoſium & Bartolū in hanc ſententiam laudatos, Philip Corn. *nu. 2. Iaſon num. 3.* concludunt eundem conferendum eſſe, addunt tamen Alexand. Caſtren. & Iaſon id eſſe intelligendum de fructibus qui adhuc exſtant, aliud autem ſi bona fide conſumti eſſent, *l. 1. §. confertur, ff. de collat.* quod ſi tamen filius ſuus vſumfructum præcipuum haberet, vt in quibuſdam caſibus fieri oſtendit Menoch. *præſumt. 29. num. 85.* aliud fortaſſe dicendum eſſet. Repugnat tamen hic, quod talis remiſſio ex morte confirmetur, de qua re ſupra latius.

Qui teſtamentum facere poſſunt.

TITVLVS XXII.

Præludia.

SVMMARIA.

1 *In omni diſceptatione illa ſententia præuertenda, an quid ſit.*

2 *Cognitis perſonis quibus teſtamenti factio denegetur, conſequenter intelligemus, qui teſtandi ius habeant.*

CVm auctore Philoſophorum principe ipſo Ariſtotele *libr. 2. poſter. cap. 1.* in om-
1 ni † diſceptatione præuertēda quæſtio cenſeatur, *an quid ſit*, idque etiam confirmetur diuerſis noſtri iuris reſponſis, *vt l. quidam referunt, 14. ff. de iure codicill. item l. ſi quæramus, 4. ff. qui teſta. fac. poſſ.* vbi ait IC. *ꝙ ſi quæramus, an valeat teſtamentum, inprimis aduertere debemus, an is, qui fecit teſtamentum habuerit teſtamenti factionem, deinde ſi habuerit, requiremus an ſecundam regulas iuris ciuilis teſtatus ſit.* recte atque ordine Codicis Iuſtiniani conſarcinatores feciſſe iudicandi ſunt, quod, antequam de teſtamenti ſolemnibus quidquam differerent, hunc titulum præmittendum duxerint, qui cognitis perſonis, qui-
2 bus † teſtamēti factio denegetur, palam facere & erudire nos poſſit, qui teſtandi ius habeant.

Lex, Prima.

SVMMARIA.

1 *Rationes dubitandi, an ſocius omnium bonorum teſtamentum facere poſſit.*

2 *Rationes contrarium decidendi.*

3 *Durum eſſe, ſi ratione compendii alieni, quis teſtamenti factione priuaretur.*

4 *Quid ſi appareat vicinum principem ad æmulationem ſocii inſtitutum eſſe.*

5 *Ius fraternitatis natabilibus vel adoptione contrahitur, non ſocietate.*

6 *Inepta accommodatio noſtrorum Doctorum, qui hanc legem transferant a ſtatuto de domo alicuius loquentis, ad illum qui domū communem habet.*

CVm teſtamētum nihil aliud ſit, † quam 1
iuſta voluntas, quod quis de bonis ſuis poſt mortem fieri velit, *l. 1. ff. de teſtam.* item ſecundū *l. 1. ff. ad leg. Falcid. & l. 120. ff. de verb. ſign.* quod quiſque legaſſet rei ſuæ id ratum eſſe pronuntietur, conſequēs videbatur, vt, qui nullas facultates haberet, eo aſpirare non poſſit: in qua cauſſa quidā eum recenſebant, qui ſocietate cōtracta omnium bonorum, eadem indiuiſa poſſidebat, cum in illis nullam partem habeat, quæ nō ſit etiam alterius, ita, vt propria ſua bona appellare non poſſe videatur, *l. pupillus 239. §. fin. ff. de verb. ſign.* admiſſa & illa conſideratione, ꝙ graue videatur ſi extraneum ſibi ſocium adiungat, cum ſecundum definitionem Baldi, *hic n. 8. Andr. Gail. lib. 2. obſer. 69. nu. 22. ſi vnus* ex duobus fratribus, qui caſtrum cōmune pro indiuiſo habebant, vicino Principi partem ſuam alienauerit, talis venditio ad iniuriam & æmulationem fratris ſpectare intelligatur, vt eadem atque ſimiles rationes, etiam ius protimiſeos, de qua re exſtat conſtitutio Imperatoris Friderici in re quam quis pro indiuiſo poſſidet, ſuaſiſſe videtur. Accedit quod quedā confraternitas inter hunc & ſociū videatur inſtituta, *l. verum. ff. pro ſocio*, quæ ius ſucceſſionis ipſi tanquam fratri, *l. fratres, ſupr. de inoff. teſtam.* tribueret. Contrarium tñ reſcribit Imperator Gordianus, quod hæc bonorum communio non poſſit intercedere, quo minus, quē velit, heredem
inſtituat, cum † illud vnicuique liberum ſit, 2
l. habeat ſupr. de ſacroſ eccleſ. & non impediat liberam diſpoſitionem ſuæ partis, *vt l. 1. & 2. ſup. commun. diuid l. duo fratres, 78. ff. de acq. vel omit. hered. l. ſerui electione 5. §. 1. & 2. ff. de legat. 1. l. illud, 46. ff. de ritu nupt.* vnde qui legat fundum Seianum, qui ſuus ſit, ſi partem duntaxat in eodem fundo habeat, is illam

Digitized by Google

legare cenſetur, non totum fundum, quod
ex eo demonſtratio non videatur falſa, cum
totus fundus pro parte, pro indiuiſo ipſius
fuerit, *l.5.§.fin.ff.commodat.*

Nõ mutat conſideratio Baldi & Andreæ
Gail, item ea, quæ de iure protimiſeos dicta
3 ſunt. Etenim † durum eſſet hoc prætextu
hominem ſanæ mentis diſpoſitione rerum
ſuarum fraudari *l.ex facto 43.ff. de vulg.& pupil.ſubſtit.* Accedit quod ius protimiſeos poſt
longa temporis ſecula, primum a Friderico
Imperatore introductũ ſit, quodq; per cõ-
muni diuidundo iudiciũ, & alia ratione ſibi
4 conſulere poſſit. Quod ſi tñ appareret † vi-
cinũ principem, ad æmulationẽ ſocii, inſti-
tutũ eſſe, in re q̃ quis pro indiuiſo poſſidet,
hoc caſu audiri poſſe ſocium, ſi talẽ admit-
tere nolit, *ſecundum ea, quæ ſcripta hic reliquit Iaſon, n.29. item Bart. in l.2. ne fiſcus vel reſpub. rem quam alien.*

5 Nec obſtat alia ratio † confraternitatis,
cum talis neceſſitudo ex hac ſocietate mi-
nime contrahatur, ſed natales vel adoptio-
nis ſolemnitas ad hoc requiratur, *l. non epiſtolis, & l. non nudis ſup. de probat.*

Manet igitur definitio noſtræ legis, quẽ
de re communi æque diſponere poſſe, atq;
illa quæ in totum propria ſit. Quod reſpon-
ſum Bald. *hic num.1.* Corn. *num.5.* poſt Ang.
6 & Alberic. Iaſon *num.3* transferunt ad quæ-
ſtionem, quem vulnerantis in domo, ſi ſta-
tuto caueatur, vt, qui hoc faceret manus
amputatione mulctaretur. Concludunt n.
idem eſſe, ſi domus communis ſit, *argum. noſtræ legis & l. illud 46. ff. de rit. nupt.* Sed meo
iudicio hæc quæſtio non vſque adeo bene
formata eſt, cum enim pronuntiatione do-
mus omnis habitatio intelligatur ſiue pro-
pria ſiue conducta ſit, *l. lex Cornelia. §. domũ. ff. de iniur.* ſecundum doctrinam Baldi *in l.1. §. ait prætor. ff. naut. caupon ſtabul. Caſtrenſ. in l.5. §. Labeo. ff. de legat.1. Cornei, hic num. 7.* exi-
ſtimantium, quod quotiens tractatur de of-
fenſione perſonę, tunc ſi domus mẽtio fiat,
relatum §. locum habere, arbitrarer quæ-
ſtionem procedere poſſe, ſi lex municipalis
domus proprie mentionem faceret. Notã-
dum autem hoc loco eſt, præſentem con-
ſtitutionem momentum facere circa con-
ſuetudinem Ducatus Frãconiæ, nullam te-
ſtamenti factionem illi concedentis, qui
contractis nuptiis cum vidua, & cooptatio-
ne filiorũ inſtituta, nulla diuiſione cum iiſ-
dem filiis facta, diem ſuum obiit, de qua cõ-
ſuetudine, an & quatenus tolerari poſſit, diſ-
ſerui in *tract. de præſcrip. part.3. cap.3. item l. pactum 15. ſupr. de pactis.*

Lex, Si is qui, 2.

Svmmaria.

1 *An definitio præſentis legis teſtamenti factionem illi denegantis, qui ſibi mortem conſciuit, antiquata ſit per authent. bona damnatorum.*

2 *Auctores qui illud defendant.*

3 *Auctores diſſentientes.*

4 *Auth. Bona damnatorum, non confirmare teſtamenta eorum, qui damnati aut proſcripti ſunt, aut in ſimili cauſſa verſentur, vt bona confiſcari potuerint.*

5 *An cum hodie nemo bene natus ex ſupplicio ſeruus fiat, valeat teſtamentum a damnatis & ſimilibus perſonis conditum.*

6 *Sententia Salyceti & Weſenbecii id defendentium.*

7 *Contraria ſententia gloſſæ & aliorum interpretum, quod §. cum autem, nouell. de nupt. non debeat de illis intelligi, qui ſtatim vltimo ſupplicio afficiantur, ſed qui deportentur aut ſimili pœna afficiantur.*

8 *Quid obtineat de conſuetudine.*

9 *Non valere huiuſmodi argumentationem, Retinet libertatem, ergo teſtamentum condere poteſt.*

10 *Ad inhibendam teſtamẽti factionem ſufficere quod quis ciuitatem amittat.*

11 *Quid obtineat in eo, qui damnatus eſt in metallum, aut qui perpetuis carceribus coercetur.*

12 *Intellectus authen. Bona damnatorum.*

13 *Qui tædio vitæ vel impatientia doloris ſibi mortem conſciſcit, ad ſeueritatem præſentis legis non pertinet.*

14 *Cui incumbat huius rei probatio.*

15 *Conciliatio præſentis l. cum §. fin. ff. de his, qui ſibi mort. conſciuer.*

16 *Probationem contrariam admittendam eſſe, quamuis tempore elapſo, quis ex l. municipali pro confeſſo habeatrr.*

17 *Conditiones quæ ſecundum Donell. requiruntur, vt præſentis l. diſpoſitio locum habere poſſit.*

18 *Diſtinctio Cyni, Alber. & aliorum, intereſſe an certum ſit, quod quis conſcientia ſceleris ſibi manus intulerit, aut contra, quod ex alia cauſſa illud acciderit, vt primo caſu nulla accuſatio ſit neceſſaria, & teſtamentum ipſius irritum fiat, ſecũdo vero caſu teſtamentum non infirmetur.*

19 *Quid ſi fata ſua maturare conatus ſit, non tamẽ hoc perfecerit.*

20 *Quid cauſſa ſit, quod cum regulariter crimina cum ipſa morte extinguantur, hic tamen diuerſum obtineat.*

21 *An cadauer ipſius aliqua ignominia affici poſſit.*

22 *An indiſtincte ſepultura illis denegari debeat, qui mortem ſibi conſciuerint.*

NOtabilis conſtitutio eſt, ſed antequam explicationi ipſius manũ admoueam, nec nõ aliis cõſtitutionib. & legib. damnatis aut proſcriptis teſtamenti factionem deneganti-

Digitized by Google

gantib. antiquatæ ſint per Nouel.134. *vt nulli iudicum, §. fin.* vnde deſumta eſt auth. *bona damnatorum, infra. de bonis proſcrip.* an ſaltem ſublata ſit per Nouell. 22. *de nuptiis*, §. *quod autem*, quod tradiderunt † Cynus *numer.4.* poſt Petrum de Bellapertic. Ang. *num.3* Alberic. *num.3. circa fin.* in quam ſententiam quoque videtur inclinare Salyc. *num. 4.* Ce-
3 terum † diſſentiunt Caſt. *hic nu.8. Fulg. nu.3. Alex. num.9. Iaſon num. 11. Philip. Corn. num. 2. & 20. Bald. in l.3. infr. ſi pendent appell mors, inter. Gloſſ. in l. ſi quæramus ff. de teſtam. & ibi. Bart. numer.8. Iul. Clar. lib.3. ſenten.* §. *teſtamen. q.21. Did. Couar. in rub. de teſtam. part.3. nu. 44.* Ratio eſt, quod quamuis authētica, *bona damnatorum*, fiſco non deferat fortunas condemnati, ſed illas ſeruet deſcendentibus, vel aſcendentibus, vel illis denique, qui a latere
4 ipſi vſque ad tertium gradum † coniuncti ſunt, tamen propterea conſectarium nō ſit, quod teſtamenta valeant, cum obſtent, *l. qui vltimo, ff. de pæn. item l. ſi quis filio exheredato, 6. ff. de iniuſt rupt. & irrit. fact. teſtam.* § *irritum*, ex quibus edocemur, vltimo ſupplicio addictos teſtari non poſſe, imo teſtamētum quod antea conditum ſit, hoc modo rumpi. Ratio redditur quod & ciuitatem & libertatem amittant. Qui de cauſſa cum *d. Nouell. de nupt.* §. *cum autem*, caueatur neminem
5 bene natum ex ſupplicio † ſeruum effici, idemq; repetatur *in auth. hodie, ſupr. de donat. inter vir. & vxor.* excutiēdum eſſe videtur, an ſublata ratione legis, ipſe quoque concidiſſe videantur, ſecundum authen. *ſicut hereditas, ſupr. de legit. tut.* Et quidem has leges
6 conſequenter exploſas eſſe † conſtituit Salyc. *in d. auth. ſed hodie nu.2. Ioan. Igneus l. 1. §. qui ſibi, num. 108 ff. de SC. Syllan.* Weſenb. *titul. qui teſtam. facere poſſ. num. 13.* Diſſentiunt ta-
7 men † gloſſa *in dict. auth. hodie, & ibid. Bar. n. 1. Alex. in addit. Odofred. in prin. Alberic in l. res quæ, eod. tit. circ. fin Bar in l. qui vltimo, ff. de pæn. Andr. Tiraq. de priuil. piæ cauſſæ, cap. 79. poſt gloſſam, Cyn. Fulg. Caſt. & alios*, qui idem probant in cauſſis piis, vt ſcilicet, ne quidem illarum fauore teſtamētum facere poſſint; *Caſt. in l. eius §.1. ff. de teſtam. & ibid. Franc. Aret. num.3.* vbi hanc ſententiam communem renuntiat. Marant. *in l is poteſt, ff. de acquiren. poſſeſſ. num.107. Marcus Aquilin. in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, in ver. quid enim ſi aqua & ignis, num.59 Did Couar in rubr. de teſtam. par. 3. num.44.* vbi hanc eandem ſententiam receptiorem profitetur Michael Graſ *in theſ. commun. opin. in verb. teſtamentum, quæſtio.26.* vbi etiam de communi opinione teſtatur *Ferd. Vaſq illuſtr. quæſt. cap 96. numer 2 item de ſucceſ. reſol. §.3. num.34. Iul. Clarus d. §. teſtam. quæſt.21.* qui minus poſt Ioan. ab Imol. *in c. ingredientibus, num.30. in fin. de teſtamen.* item Nattam *conſ. 177. num. 4.* de conſuetudine rem aliter comparatam eſſe putet, prorumpens tādem in hæc verba. *Sed certe ego credo, quod talia teſtamēta de iure paruum aut nihil va-*
leant. Quicquid tamen ſit, non puto † eſſe 8
ab ipſa conſuetudine recedendum: quod & nos putamus, ſi modo conſtet de conſuetudine. Etenim eam in Franconia confirmatam non eſſe, exempla quæ iuris diffinitioni reſpondent, declarare poſſent: neque dubito idem in multis aliis regionibus vſu venire. Mouentur quod §. *quod autem Nouel. 22.* non loquatur, niſi de his, qui ſuperuiuere poſt damnationem ſolēt, vt ſunt illi, qui metallis addicuntur, quaſi inferre velint, quod in metallum damnati hodie teſtamentum facere poſſint, vt aperte concludit Did. Couar. *d. part. 3. ſua rubrica, num.44.* quod ſane apud me ſuſpectum eſt. Recte enim ſequitur, *retinet libertatem*, ergo *matrimonium non*
diſſoluitur, ſed non æque conueniens † eſt il- 9
latio: *retinet libertatem*, ergo *teſtamentum condere poteſt.* Etenim qui in metallum damnatur, tria amittit libertatem, ciuitatem & familiam, *l. fin. ff. de cap. minut. §.1. Inſtit. de cap. diminut.*

Porro, quamuis ex benigna conſtitutione Iuſtiniani, libertas illorum ſalua ſit, ciuitas tamen & familia ademta, in eadem con-
ditione manent. Sufficit autē ad † inhiben- 10
dam teſtamenti factionem quod quis ciuitatem amittat, *d. l. ſi quis filio 6. ff. de iniuſt. rup. & irrit. facto teſtam.* §. 5. in verba ſequentia: *Irritum fit teſtamentum quotiens ipſi teſtatori aliquid contingit, puta ſi ciuitatem amittat, &c.* Cuius rei exemplis propoſitis, tādem idem ſtatuit etiam in deportato. Certum autem eſt deportatum non amittere libertatem; *Inſtit. de capit. diminut.* §. *minor.* Atquin deportatus teſtamenti factionem non habet; *l. eius 8. §. in inſulā, ff. de teſtā.* Imo ſi ante deportationem teſtam. cōſcripſerit aſſignata ipſi a Principe inſula, infirmatur, *d. l. ſi quis, 6. ff. de iniuſt. rupt. & irr. teſt. §.7.* Et hāc ſenten-
tiam † quod damnatus in metallum teſtan- 11
di ius non habeat tuetur Bart. *in l. 2. ff. de his qui pro non ſcript. hab.* Et illam communem eſſe teſtatur Ferd. Vaſquius. *illuſt. quæſt. c. 96. num.1.* Michael Graſ. *commun. opin. libr. 1. §. teſtamentum q. 28.* idemque in eo qui perpetuis

Digitized by Google

tuis carceribus ex ſententia coercetur, ſta-
tuit idem Bart. *d.l.2.num.3.Bald.in l.1.infra.*
qui non poſſ. ad libert.peruen.num.1.Abbas in
rub. de teſtam.num.4. vbi hanc ſententiam
communem dicit Guil. Benedict. Barbat.
Hpipolyt. relati ad Didaco Couarru. *in rub.*
de teſtam.num,44. Michael Graſ dict. §. teſta-
mentum,queſt. 28.Bart.in l.imperium, ff.de iu-
riſdict.omn iudic.& ibid.Alciat.num.13.Decia-
nus num.42.Zaſius num.19.Socyn.num. 20.Ia-
ſon num. 24.Franc.in rub.de teſtam.nu. 6. Me-
noch.conſ.185.num.9.Peregrin.de iure fiſci lib.3.
cap.6.num.5. quam ſententiam communem
eſſe fatetur Iul. Clar. *libr.ſentent. 3. §. teſta-*
mentum queſtion. 23.num. 1. quamuis ipſe in
aliam opinationem deſcendat, quod talis
pœna iure noſtro prohibita ſit, *l. incredi-*
bile, infr. de pœn. & l. aut qui damnum, §. ſo-
lent.ff. eodem titul. nam cum illa certis in ca-
ſibus adhuc procedat, *dict.l incredibile,l.1.C.*
qui ad libert.peruen.non poſſ. & tot. tit. ff. ſi ſer-
uus export. veniat, & huiuſmodi pœna iure
canonico non prohibeatur, *cap. quamuis ex-*
tra de pœn. ceſſante cauſſa ceſſabit quoqne
contraria reſponſio Idem quoque pronun-
tiat Ripa *in §.ſi quis erogatus,l.ex facto,num.2.*
ff.ad SC.Trebell.

Porro redeũdo ad principalem quæſtio-
nem, an qui ad ſupplicium aliquod conde-
mnantur, quo ſtatim affici debeant, teſtari
poſſint. Putamus vnam authenticam *bona*
12 *damnatorum, infra de bon dam.* † omnẽ con-
tentionem dirimere poſſe, quod ibidem ita
fiſco ius ſuum auferatur, ſi proſcriptus vel
condemnatus ad mortem liberos aut pa-
rentes habeat, vel alios ſanguine iunctos, vſ-
que ad tertium gradum. Quod ſi autem hi
deſiderẽtur, ius fiſci adhuc illæſum eſt, quod
ſane euidenter coarguit damnato nullum
ius eſſe de ſuis bonis quidquam per teſta-
13 mentum diſponendi. Idem † igitur ſtatui-
mus in his, qui ſibi mortem conſciuerunt,
vt hac noſtra lege, admiſſa moderatione,
quod ſi quis tædio vitæ, vel impatientia do-
loris, vel iactantia quadam, vti de quibuſ-
dam Philoſophis commemoratur, *l. ſi quis*
filio exheredato, §. eius, verſic. proinde, ff. de
iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtamen. vel ſimi-
li ex cauſſa manus ſibi intulerit ad cauſſam
huius conſtitutionis non pertineat, ex defi-
nitione præſentis legis, item *l. tertia, §. ſi quis*
tædio. ff. de bon. eorum. qui ſib. mort. conſciue.l.
in fraudem §. eius bona, ff. de iure fiſci, l. omne
delictum, §. qui ſe vulnerauit. ff. de re militar.
14 Sed eſt † controuerſiæ ſatis impeditæ, cui
huius rei incumbat probatio, & textus qui-
dem noſter innuere videtur, quod hæc pro-
batio ab inſtitutis heredibus exigatur, dum
hæc verba inſerit, *eiuſque innocentia liquidis*
probationibus commendari poteſt a te. Sed quod
repugnet † *l final. §. fin. ff. de his, qui ſibi mort.* 15
conſcieu.item l.in fraudem, 45. §. ſecundo, ff. de
iure fiſc. gloſſ. *hic in verb. probationibus,* con-
tendit hanc probationem ex eo impleri,
quod contrarium non doceatur. Et hanc
gloſſæ ſententiam confirmant Cynus *hic*
numero primo, Salycetus numero ſecundo, Fulgoſ.
numer. 2. Caſtrenſ. numer 4. Baldus numer. 1.
Philip.Dec. num. decimotertio & decimo quar-
to, Alexand. numer. quarto, Philip. Corn. nu-
mero ſecundo, Alberic. num. 1.Ferdinand. Vaſ-
quius libro primo, de ſucceſ.reſolut.numer.31. Eſt
deinde & alia ſolutio quam tradiderũt An-
gel. *hic in princip.Franciſ. Aret.numer.primo,*
Ludouic.Roman.in princip.Iaſon.numer.primo,
& in quam etiam inclinat Salycet *numer. 2.*
Fulgoſ.numer. 2. Corneus numer. 2. quod lex
noſtra de illo intelligi debeat, quem certæ
præſumtiones onerabant, quod ſcilicet ac-
cuſatus iam eſſet & argumen. *dict. leg.final.*
de bon. eorum, qui ſib. mort.conſciue. in princip.
& §. primo, item §. fin. nec puto litis conte-
ſtationem neceſſariam, vt recte hoc loco
meo iudicio conſtituit Franciſcus Aretin.
Angelum illam deſiderantem reprehen-
dens, videri enim illum, qui accuſatus illud
faciat, conſcientia perpetrati ſceleris, eo cõ-
ſilii procedere, vt fata ſua ad euitandam pœ-
nam improbitati debitam maturet, *d. l fin.*
§. 1. & §. vlt.

Inde infert idẽ Angel. quod ſi lege mu-
nicipali cautũ ſit, quod is qui definito tem-
pore non † comparuit, pro confeſſo habea- 16
tur, tamen probatio contraria ſit admitten-
da, *Cyn.hic num.2.Baldus numer.1. apertius ve-*
ro Angel in princip.verſ. & ex hoc decido duo,
Franciſc, Aret.numer. primo, verſ. ſecundo, no-
ta ſingulariter Roman.num 2. Alberic. numer.
2.Corn. numer. 14. Iaſon.numer. 5. & 6. Caſtr.
numer.5. Fulgoſ.numer.3. Salycet. numer.3. A-
lexand.num. 4. & ſequen.Dec. num. 16. gloſſ. in
verb.probationib. Panormit.in cap.aduerte, ext.
de præſumt. Andr Gail. de pace publica, libr. 2.
cap.8.num. 3. vbi adhuc alios allegat, idque
defendi poteſt arg. noſtri textus. item *l. 1. §.*
fin.ff.de his qui ſib.mort.conſc. item l.diuus.ff.de
cuſt.reor.l. raptores ſupr. de epiſc. & cler.

Pro cuius rei euidentiori † interpretatio- 17
ne ſciendum eſt, Donell. hic tres conditio-
nes requirere, vt definitio noſtræ legis lo-

Digitized by Google

tũ habeat. Prima eſt, vt accuſati fuerint, vel in ſcelere deprehẽſi, *l. 3. ff. de bon. cor. qui ant. ſent. ſibi mort. conſ.* Secunda, vt genus criminis tale ſit, ex quo mors vel deportatio irrogari poſſit, *d. l. 3. §. vt autem, §. 1. 2. 3.* quibus comprehenditur, ſi inſimulatus furti modici, vitam ſuſpendio finierit, bona fiſco non vindicari. Tertia, quod fata ſua propterea accelerauerit, vt periculum pœna anteuerteret, *d. l. 3. §. ſi quis autem, l. ſi quis filio, §. eius qui, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Et has conditiones etiã videtur deſiderare gloſſa, *in diction. probationib. Ang. nu. 3. Bald. nu. 5.*

18 Ceterum Cyn *hic n. 2. Alberic. n. 2. Corn. n. 11. Caſt. n. 4. Fulg. n. 3. Alex. n. 6.* cõſtituunt, intereſſe † an certum ſit, quod quis timore imminentis ſupplicii, ſibi mortem cõſciuerit, an contra appareat, quod præ furore aut tædio vitæ, vel impatientia doloris, eo incogitantiæ progreſſus ſit. Primo caſu nullam accuſationem requirũt, idque crebrius placuiſſe, auctor eſt Alexander, hic tamen referre quale facinus concepiſſe dicatur, an de quo etiam poſt mortẽ accuſari & cognoſci poſſit, & hoc caſu dubium non eſſe, quin accuſatione impleta locum habeat cõdemnatio, *l. ex iudiciorum, ff. de accuſat.* An vero tale crimen ſit, de quo poſt mortem regulariter cognoſci non poſſit, tunc enim rurſum intereſſe, an accuſetur de tali delicto, ex quo corporis ſupplicium & bonorũ ademtio infligi ſolet, aut contra non ſolet, vt hic reſponſum noſtræ legis locum non habeat, illic vero reſpuendum non ſit E diuerſo ſi in confeſſo ſit, nullũ eſſe flagitium ab eodem perpetratum, cuius pœnam reformidaret, ſed doloris acerbitatem, vel tædium diuturni carceris, aut quid ſimile hoc ab illo exp̃ſſiſſe, tunc teſtamentum ipſius non infirmaretur. Porro, ſi dubium illud eſſe proponamus, hic non immerito illas tres cõditiones quis requirere poſſet.

Hac diſtinctione Cyn. *hic nu. 5.* Iaſon *n. 2.* Caſt. *nu. 2.* Grammat. *deciſ. 44. n. 4.* Bart. *in l. ſi*
19 *quis aliquid, §. ſi quis miles,* vtuntur etiam † in perſona ipſius, qui ſibi manus intulit, nõ tamen facinus perfecit, *argumen. dict. l. 3. §. ſic autem, ff. de his qui ſib. mort. conſc. l. omne delictum, §. qui ſe vulnerau't, ff. de re milit. l. ſi quis aliquid, §. miles, ff. de pœn. l. ſin autem, §. excipitur, ff. de ædilit. edict.* Ceterum Menoch. *arbit. quæſt. libr. 2. cent. 3. caſ. 284. num. 24.* Petrus de Placha *in ſuo tract. crim. cap. 23. nu. 19.* videntur hanc rem committere arbitrio iudicis, exiſtimantes leges ſupra relatas in mi-lite duntaxat probandas eſſe. Sed ſane non animaduerto quod *dict. lex 3. §. ſic autem,* talem interpretationem patiatur, niſi quis exiſtimet eos intelligendos eſſe, ſi de pœna corporali quæratur, non autem de publicatione bonorum, eo caſu quo ex ſtatuto, vel ex priuilegio illæ leges de iure fiſci loquẽtes adhuc locum haberent, contra authen. *bona damnatorum, infr. de bonis damnator.*

Non eſt, quod hic † nos ſollicitet, quod 20
regulariter cum ipſa morte crimen exſtingui ſoleat, *l. prima, & l. ſecunda, infra, ſi reus vel accuſ. pend. iud. mort. fuer. l. 1. ff. de priuat. del.* Etenim illa regula locum habet, ſi mors naturalis interuenerit, non autem ea, quam quis ſibi ipſi maturauit, cum alioqui ſceleratiſſimus quiſque ſe hac ratione publicæ animaduerſioni atque dedecori ſubtrahere, & aliis idem imitandi, & per conſequens in vltimam perniciem ſalutis æternæ ruendi, exemplum præbere poſſit. Qua de cauſſa non intempeſtiuam illã diſceptationem eſſe ſtatuo, an cadauer ipſius aliqua igno-
minia † affici poſſit. Neque enim illud fa- 21
ciendum Cynus *hic numero tertio. Angel. nu. 5. Rom. nu. 5. Iaſon numero ſecundo,* qui tamen dubitanter loquitur, quod lege *vniuerſi, ſupra, vbi cauſ. fiſcal.* item, *l. defuncto, ff. de public. iudic. l. ſecunda, infra, ſi reus vel accuſ. mort. fuer.* caueatur, defuncto ſcilicet reo ſimul & pœnam exſtingui. Sed melius meo iudicio rem degeſſiſſe videntur Baldus *hic numero tertio, Decius numero octauo, Marſil. in leg. quæſtionis numer 31 ff. de quæſtion. Iulius Clarus libro quinto, ſenten. § fin. quæſt. 31. Iacobus Menochius libro ſecundo, de arbit. quæſtio. caſu 285. nu. 7.* id arbitrio iudicis relinquendum, vt ex iuſtis cauſſis id nonnunquã moderetur: cuius generis duo exempla ibidem recenſet, idque confirmare poteſt arg. *cap. mulier. 15. quæſt. 1.* vbi etiam animal irrationale ex cauſſa in rogum publicum inijcitur. Nec aliena eſt conſideratio, *cap. ad monaſterium, §. 1. ff. de ſtatu homin.* vbi ſi monachus non reddit in vita rationes adminiſtrationis bonorum eccleſiæ, iure cœmiterii priuatur, & in ſterquilinium abiicitur, ſane ex *cap. placuit, 23. quæſt. 5.* item, *cap. ex parte, extr. de ſepultur.* edocemur, cadaueribus eorum, qui ſe præcipites dederant, vel alia ratione, atque ſponte mortem accerſiuerant, ſepulturam eccleſiaſticam denegari, neque vllam pro illis in oblatione, commemorationem fieri. Et Iaſon quidem *hic numer. quarto,* auctor eſt, ſine † vlla diſtinctione, 22

an quis impatientia doloris, an alio modo id fecerit, has pœnas locum habere, quod ſane mihi ſatis durum eſſe videtur: maxime ſi illud transferre velimus ad perſonam furioſi, nam in illo qui ſanæ mentis eſt, non facile excuſatio admittitur, cum quiduis potius perpeti debuerat, quam vt auctor ſuæ cædis eſſet. *Panormit. in c. ex parte, extra. de ſepult. numer. 2.* Vnde receptum in noſtra regione videmus, vt cadauer culleo inſertum, vel vaſi incluſum in Mœnum præcipitetur.

Plura ſi quis circa hanc materiam deſideret, is adire poterit noſtra commentaria, *de præſcrip. part. 3. c. 6.* vbi copioſe perſequimur, quid iuris ſit in deportato, exſule proſcripto, & id genus aliis perſonis.

Lex, Senium, 3.

SVMMARIA.

1 *An ſenectus vel valetudo teſtamenti factionem adimant.*
2 *Cauſſa dubitandi.*
3 *Cauſſa decidendi.*
4 *Qui contendit aliquem non ſanæ mentis fuiſſe, cum teſtamentum faceret, id probare debet.*
5 *Etenim in vltimo vitæ diſcrimine conſtitutus teſtamentum facere poteſt.*
6 *Aſſertio tabellionis quem ſanæ mentis fuiſſe, quem effectum habeat.*
7 *Filiusfamilias qui in poteſtate parentis eſt, teſtamentum facere non poteſt.*
8 *Rationes huius definitionis excuſſæ.*
9 *Animaduerſio Viglii in Accurſii interpretationem, quod filius propterea teſtamẽtum facere nequeat, cum non debeat ab alieno arbitrio pendere.*
10 *Conſideratio auctoris.*
11 *Iuſtinianus Inſtitut. de patr. poteſt. in princip. declaratus.*
12 *Quare filio teſtamenti factio denegata fuerit.*
13 *Non eſt in poteſtate patris, vt quæ citra emancipationem explicari non poſſint, filio tribuat.*
14 *Auctores plurimi qui contendunt, quod Francigenæ filios in poteſtate non habeant.*
15 *Qui appellatione Francigenarum ſecundum eos contineantur.*
16 *Quam periculoſum ſit de generali cõſuetudine quid aſſerere, in præſenti, & tam illuſtri controuerſia demonſtratum.*
17 *Quid obtineat in Galliis ex Paponio, Chaſſanæo, Brecheo, Boerio, Guidone Papæ. & multis ſtatutis atque deciſionibus oſtenſum.*
18 *Quid receptum ſit in Hiſpaniis & Italia.*
19 *Quid confirmatũ ſit in Germania, ex Mynſingero, Gailio, Sichardo. Weſenbecio, Henningo Goden, Wurmſero, Schneidenuino, Hieronymo Schurff. Schradero & aliis.*
20 *Filiusfamilias ne quidem conſentiente patre teſtamentum facere poteſt.*
21 *Præterea nec filiafam. de dote ſua teſtari poteſt.*
22 *Non diſtinguimus, an pater in his bonis vſumfructum habeat, an minus.*
23 *Non prodeſſe quod filiusfamilias adiiciat clauſulam, quod velit teſtamentum ſuum valere omni meliori modo.*
24 *Filiumfamilias ne quidem ad pias cauſſas teſtari poſſe.*
25 *An idem obtineat, ſi pater voluntatem accommodet.*
26 *Auctores & argumenta ſententiæ affirmatiuæ.*
27 *Auctores & argumenta ſententiæ negatiuæ.*
28 *Error Bartoli circa præſentem inſpectionem.*
29 *Confirmata vltima ſententia quod filiusfamilias cõſentiente patre ad pias cauſſas teſtari poſſit.*
30 *Filiusfamilias conſentiente patre, etiam mortis cauſſa donare poteſt.*
31 *Confutata contraria ſententia Raphaelis Cumani.*
32 *Differentia inter donationem cauſſa mortis, et legata et fideicommiſſa.*
33 *Cur pupillus mortis cauſſa donare nequeat.*
34 *Quid cauſſæ ſit quod minor viginti quinque annis, qui tamen pubes ſit, nullum contractum ſine tutore inſtituere poſſit, cum tamen teſtari queat.*
35 *An parens huiuſmodi conſenſum et per conſequens donationem reuocare poſſit.*

CVm in omnibus, qui teſtari velint, mentis integritas eius temporis requiratur,
quo teſtamentum faciunt, *l. ſecunda, ff. qui
teſtamentum facere poſſ. & quemadmodum teſt.
fiant*, venit in diſceptationem, an ſenectus
vel valetudo † corporis teſtamenti factio- 1
nem adimant, & oſtendit textus noſter non
adimere. Contrarium videbatur quod homines
præ † ſenectute, aut morbi grauitate 2
ſæpe delirare videamus. Ratio † autem de- 3
cidendi eſt, quod corporis imbecillitas non
ſoleat aciem mentis præſtringere, aut eius
officia impedire, *l. 2. §. corporis. ff. de vacat.
muner.* Vnde is, qui contendit aliquem ex
cauſſa longæuæ ætatis vel valetudinis non 4
fuiſſe † ſanæ mentis, id probare debet, *vt docet
hoc loco gloſſ. in verb. non auferre, Cyn. num.
1. Odofred. in prin. Corn. num. 1. Ludouic. Roma.
in princip. Aret. num. 1. Bart. in princip. Bald. nu.
1. Caſt. numer. 1. 2. & Salyc. numer. 1. & alii.* Imo
quod magis eſt Bald. *hic num. 1.* non putat
diſtinguendum eſſe, cuius ætatis aliquis ſit,
decrepitæ, an minus. *argument. noſtræ legis,
item l. in aduerſis. ff. de teſtamen. l. ſemper, § quibuſdam.
ff. de iure immunit. & capit. 1. extra de
renunt.* Bald. ſententiam amplectitur Salyc.
*num. 1. Caſt. num. 2. Franciſ. Mantic. de coniectur.
vltim. volum. lib. 2. tit. 6. num. 3.* vbi idem
probant in illo, qui etiam centum annorum
ſit, addit Baldus plus valere vmbram ſenis,
quam iuuenis gladiũ. Huc referenda ſunt,
quæ in laudem ſenectutis cõgeſſit Andreas
Tiraquellus *in ſuo tractat. de iure primogen. in
præfat. numer. 79. & ſequen.* idem † quoque in 5
mori-

moribundo conſtituunt Doctores noſtri, aut in vltimo vitæ diſcrimine conſtituto, *argumen. l. quoniam indignum, infra. de teſtamen. in verb. ſeminecis & balbutiens lingua profudit, & ibid. gloſſ. Caſtr. num. 3. Alexand. numer. 4. l. Pamphilo 39. §. propoſitum, ff. de leg. 3. in verb. in diſcrimine vitæ l. cum pater, §. fin. ff. de fideicom. libert.* Quod tamen admittendum eſt, ſi articulate, id eſt, cum intellectu ſermonis loquatur, *l. iubemus, infra de teſtament. Franc. Mantic. de coniectur. vltim. volum. libro ſecundo, tit. 6. num. 2.* de qua re nos alibi copioſius. Vnde ſuperflua videtur reddi animaduerſio Alexandri *hic num. 2. Cyni num. 1. Iaſon. num, 2. & ſequen. Dec. numer. 7.* tabellioni in
6 concinnatione ipſius teſtamenti † teſtimonium ferenti, quod teſtator eſſet ſanæ mentis, quamuis corpore langueret, credendum non eſſe, cum ipſius non ſit de his, quæ iudicio percipiuntur, quidquam affirmare, *l. teſtium, ſupr. de teſtibus*, vbi de illa quæſtione copioſius. Nam cum hæc ipſius aſſeueratio cum præſumtione iuris concurrat, vtique ipſi fides accommodanda eſt, maxime cum ex ipſo ſermone, diſpoſitione rei, item totius corporis motu, facile obſeruare potuerit, an ipſi ſynceritas mentis conſtaret.

7 Secundum legis noſtræ † caput eſt, quod filiusfamilias, qui in poteſtate ſit, teſtari nequeat. Idem etiam ſtatuitur, *leg. qui in poteſtate, ſexta, ff. qui teſtamentum facere poſſ. in princip.* Vnde etiam diſcimus, ne patris quidem conſenſum hoc conciliare poſſe. Antequam vires huius reſponſi excutiamus, operæ pretium facturi videmur, ſi huius de-
8 finitionis cauſſas † excuſſerimus, & Accurſius quidem *in verb non poſſe.* duas rationes in medium adfert. Primam, quod teſtamentum ſit iuris publici *leg. tertia, ff. de teſtamen. leg. ſecunda, ff. teſtam. quemadmodum aper.* Alteram, quod teſtamenta non poſſunt ex alieno arbitrio pendere, *l. illa inſtitutio, trigeſima ſecunda, ff. de hered. inſtitut.* Primam rationem confirmat Cynus *hic numer. tertio*, Alteram vero Odofredus *numero ſecundo*, Roman. *numero primo*, vtramque Franciſcus Aret. *numero tertio*, item Bartolus *numero primo*, Albericus, Salycet. *numer. quarto*, Fulgoſius *in princip. & numer. primo*, Caſtrenſis *numer. tertio*, Baldus *numer. tertio & quarto*, Alexand. *numero octauo*, Decius *numer. trigeſimo quinto, & ſequent.* Michael Graſſ. *recept. ſentent. libro primo, §. teſtamentum, quæſtio. vigeſima tertia, in principio*, Iulius Clarus *recept. ſenten. libro tertio, §. teſtamentum, quæſt. decimaoctaua*, vbi teſtatur vltimam rationem communi calculo approbatam eſſe, quamuis multas difficultates recipiat. Ceterum † Viglius Zuichen. *Inſtitut. quibus non eſt permiſſ. facer. teſtamen. in princip. numer. 7.* & ante illum Decius *hic numer. 38. & ſequen.* Franciſcus Aret. *in l. qui in poteſtate, ff. qui teſtamen. facere poſſ.* hanc vltimam rationem impugnant. Etenim Viglius ſtatuit interpretes noſtros aſſignantes hanc rationem, petere principium. Cum enim dicunt *teſtamentum ex alieno arbitrio fluctuare non debere*, nihil aliud eos aſſerere, quam quod teſtamentum non poſſit valere, etiam conſentiente patre. Et ideo cum ipſe, tum etiam Franciſcus, Aret. & Decius primam rationē præferunt, quod ſcilicet teſtamentum ſit publici iuris. Ceterum obſtat conſideratio, *l. ille a quo 13. §. fin. cum l. ſequen. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian.* in hæc verba, *nam quod ad ius publicum attinet, non ſequitur ius poteſtatis.* Hanc difficultatem idem Viglius non propoſuit, forte quod exiſtimaret alios interpretes, *vt Bartol. Bald. Caſtr. Salycet. Fulgoſ. in locis ſupr. a nobis deſignatis*, hunc obicem ſuſtuliſſe, illi enim ſtatuunt ius publicum duobus modis attendi poſſe: Vno, quo filiusfamilias duas perſonas ſuſtineat, vt euenit in magiſtratu, vnde fit vt tali caſu de patria poteſtate non laboremus, *dicta leg. nam quod 14. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. item l. 6. ff. quod cuiuſque vniuerſ. nomin. l. filiusfamilias, ff. de iudiciis, l. & quo originem, 3. ff. de muneribus & honoribus, §. quod pater.* Aliud autem eſſe, cum de teſtamenti factione quæritur, hic filium vnam duntaxat perſonam ſuſtinere, & propterea vinculum patriæ poteſtatis eſſe in conſideratione. Sed ſane hæc explicatio mihi in totum non ſatisfacit. Expediendum enim illis fuerat, quare publici iuris obſeruatio, hic alium effectum inducat, quam in legibus ſupra a nobis commemoratis, illic enim confirmat ea, quæ a filio geruntur, hic vero teſtamentum ipſius irritum conſtituit. Qua de cauſſa Viglius aliam rationem inſinuare videtur, propterea teſtamenti factionem eſſe iuris publici, quod publice expediat, vt ſuprema hominum iudicia exitum habeant, *leg. vel negare, ff. teſtament. quemadmodum aper.* quod ſane non fieret, ſi teſtamenta in alterius arbitrio ſtarent. Collectio igitur ipſius Viglii eo redire videtur, vt filius non poſſit teſtamentum condere, quod ea

HHh

Digitized by Google

res alieno arbitrio committi non debeat, hoc autem propterea permiſſum non eſſe, quod teſtamenta ſint iuris publici, & eius naturæ, vt ſupra audiuimus.

Quamuis itaque expoſitio Viglii Zuichemi in ea cauſſa verſetur, vt temere repudiari non debeat, tamen mihi ex eo probari non poteſt, quod lex *vel negare*, intelligenda ſit de teſtamentis, quæ morte alicuius confirmata ſunt, nã quoad teſtator viuit mutatio ipſius teſtamenti, vel reuocatio eidem non denegatur, *l. ſi quis, in principio, ff. de legat. 3.* Imo ſi rem ad viuum reſecare velimus, ratio a Viglio allegata contrarium ſuadere videbitur. Si enim expedit Reipublicæ, vt vltimæ voluntates exitum habeant, expediet quoque, vt teſtamenta effectum ſuum ſor-
10 tiantur. Qua de cauſſa † mihi paulo aliter res digerenda videtur: teſtamẽti factionem eſſe iuris publici, id eſt ius ciuile & publicum naturali ratione ſubnixum, vt poſtea ſuo loco oſtendemus, hanc facultatem teſtandi conceſſiſſe, *l. 1. ff. ad leg. Falcid. l. verbis 120. ff. de verb. ſignific.* ita vt illæ perſonæ ad hoc beneficium non pertinerent, quæ nominatim exceptæ eſſent inter alias filiifamiliarũ cum verba duodecim tabularum auctore Cuiacio, *ad titulum de teſtamentis*, ita concepta fuerint. *Paterfamilias vti ſuper familia, pecuniaque ſua legaſſit, ita ius eſto.* Qua de cauſſa cum filius iure publico excludatur, priuati parentis auctoritate, hoc ipſi concedi non poteſt, quemadmodum etiam patronus liberto hanc teſtamenti factionem tribuere nequit, *l. Paulus, §. patroni, ff. de bonor. libert.* Cauſſa autẽ excipiendi fuit, quod iure naturali ita comparatum videatur & communi conſenſu gentium, vt filii non ſint proprii arbitrii, ſed in poteſtate atque obſequio patris, vt oſtendit Ariſtoteles, *lib. 8. de morib. cap. 14. item lib. 1. polit. cap. 12.*

11 Nec obſtat, quod † Iuſtinianus, *Inſtitut. de patr. poteſt.* commemoret hoc ius proprium eſſe ciuium Romanorum. Etenim verba ſubiecta ſatis declarant, quomodo illud accipiendum ſit, dum ait, *nulli enim alii ſunt homines, qui talem in liberos habeant poteſtatem qualẽ nos habemus.* Non negat enim Iuſtinianus reliquas nationes filios in poteſtate habere, ſed tale imperium & auctoritatem non poſſe vindicare, quale Romani habebant, ſcilicet vitæ & necis poteſtatem, *l. in ſuis, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* ius diſtrahendi filios, *l. ſecunda, ſupra de patribus, qui filiis diſtrax.* vt quidquid acquirat filius illud plane patri cedat. Quæ & ipſa tãquam duriora, poſtea mitigata videmus, *l. ſecunda, ff. de his, qui ſui vel alien. iur. ſunt. l. cum oportet, infra, de bon. quæ liber.* Ius patriæ poteſtatis igitur ab omnibus gentibus inſtitutum vel receptum eſt, quamuis non eandem vim vbique habeat, *vt oſtendit Pinellus in rub. l. prima, numero nono, Cod. de bon. matern. Aſcan. Clemens in tractat. de patria poteſtat. capit. ſecundo, Mattheus de Afflict. in conſtit. Neapolitan. in prælud. quæſt. prima, num. 4. Did. de Spino in ſuo ſpecul. teſtam. in 4. part. rub. nu. 4.* q; ipſum leges noſtræ, nedum multo illuſtrius & cumulatius reddiderunt, verum etiam nominatim conſtituerunt, vt quidquid filii acquirerent, patri cederet, quæ res efficit, vt filius teſtamentum condere non poſ-
ſet, cum teſtamenti factio illis † denegata 12
eſſet, ex eo, quod propria bona non haberent: Deinde, quod indignum videretur, quod ipſi patrem, cui digna retribuere non poſſent his bonis ſpoliarent. Neque ad rem pertinet, quod volenti & conſentienti nulla iniuria inferatur, *l. penult, ſupra de pact. leg. nemo, ff. de regul. iur.* Nam in poteſtate patris non eſt, vt ea, quæ citra emancipationem explicari non poſſunt † filio tribuat, & 13
obſtat illa iuris conſideratio, quod quæ voluerit non potuerit, & quæ potuerit, noluerit, *l. multum, ſupra ſi quis ſibi vel alteri, l. genero, ſupra de iure dot.* Mouerunt fortaſſe leges & illæ rationes, quæ commemorantur, *l. ſecunda, ff. de donation. inter virum & vxorem,* quod indignum videretur meliorem ſpoliari, & patrem ex nimia indulgentia, tam graue damnum accipere victũ fortaſſe importunitate filii.

Qua in re non puto † audiendos eſſe 14
Accurſium *in §. final. Inſtitut. de patr. poteſt. Baldum in tit. an marit. in feud. vxor. Ludouicum Roman. in l. penultim. hoc tit. numero quarto, Alexand. ibid. num. 5. Iaſon. in l. 2 ff. de vulgar. & pupil. ſubſtit. numer. 19. Ripam ibid. nu. 21. Seguram. in leg. Imperator, numer. 97. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian.* dum ſecuti gloſſam contendunt, Francigenas non habere filios in poteſtate. Appellatione Francigenarum † Arrius Pinel. *in tit. Cod. de bon. ma-* 15
tern. in rub. prim. part. num. 10. nedum Gallos ſed alias nationes præter Italos deſignare videtur. Et quod ad Gallos attinet auctor eſt Duaren. *in explic. tit. ff. de nupt. cap. 2 Franciſcus Connan. comment libr. 2. cap. 13. in fin. Caſtalius in leg. tertia, ff. de his, qui ſui vel alien. iur ſunt, Tiraquell. in tract. de retract. conſang.*

§. 1.

Digitized by Google

§. 1. *numer.61.gloſſa nona, Papo in ſuis arreſt.Pariſienſ.titul.1.libro ſeptimo,capit.4.* Franciſcus Balduinus *Inſtit.de patria poteſt.§.primo, numer.3.* vbi tamē aliter intelligi poterit, dum ſolum nos admonet apud Gallos hodie lōge aliam eius rationem & vim eſſe) *Forſt. lib.7.de ſucceſ.capit.fin.num.21.* auctores ſunt filios illorum, non eſſe in poteſtate parentum, & propterea eoſdem ſibi, non parenti acquirere.

16 Ceterum, vt perpendi poſſit, † quæ vis in adſertione nedum vnius, ſed etiam multorum, quid de conſuetudine enūtiantium, conſtituenda ſit, & quam temere Doctores faciant, qui, quod ab vno allatū eſt, de facto, quod tamen prudentiſſimos fallere ſolet, *c. 1.de conſtit.in 6.* pro certo & cōſtanti confir-
17 ment, conſulantur † conſuetudines Pictauienſes ſcripto comprehenſæ, *tit.15.* in quas idem Tiraq. commentaria ſcripſit, quæ aperte teſtātur, tunc demum deſinere filiam eſſe in poteſtate patris, quādo per matrimonium in mariti poteſtatē conceſſit. Adeantur deinde cōſuetudines Bituricenſes *in tit. de ſtatu perſon.* Aurelianenſes *in tit.§.1.quibus mod.ius pat.poteſt.ſol.c.1.& 2.* Turonenſes *in c.33 tit.de emancipat.* Burgundiæ *in tit. de liber.diuerſ matrim.§.3.* ecquid euidenter cōmonſtrabunt, non obtinere illa, quæ a gloſſ. & ceteris commemorantur, cum dicunt, *tunc demum aliquem intelligi emancipatum, quando vel matrimonium contraxit, vel ſeparatim proprios lares fouere cæpit*: Si non erant in poteſtate, quid opus erat emancipatione, cum priuatio ſine præcedenti habitu conſtitui non poſſit, *l. decem, 116.ff.de verb. oblig. & ibid.gloſſ. Alber.in princ. Bart. num.1.& 6. Alexan.num.24. Iaſon num.1.& 17.* & alii, vt recte etiam in cōſuetudines Aurelianenſes ſcribens animaduertit Brecheus *in tit. de feud.41.gloſ.1.item Chaſſ in.in d.t.de lib.diuerſ. matr.§.3.num.21.* vbi addit eodem anno iudicatum fuiſſe arreſto Pariſienſi filios Gallorum eſſe in poteſtate patris. Idem quoq; ſecum pugnans commemorat Papo *in dict. arreſt.Pariſ lib 7.cap.4.tit.1.de ſtat.perſon.* ſubnectens ex manuali Imberti intra nonnullos Roſſellenſes iudicatum fuiſſe, in bonis aduentitiis vſumfructum eſſe patris, ratione patriæ poteſtatis.

Huc pertinent illa, quæ ab eodem commemorata ſunt, *cap.1.& 2.eius tituli, quibus in cauſ.fil.ſin.parent.conſiſt.poſſ.* aut non, item *in tit.de tutorib. lib.15. cap. 8.* quod quibus quis teſtamento relinquere non poteſt, nec etiā illorum liberis poſſit relinquere: Accedit quod idem Paponius, *in tit.de ſubſtit. lib.20. cap.6.* item *cap.31.& 32.* tradat notabiles ſententias latas, in curia Pariſienſi de ſubſtitiōne pupillari, quod ſane fieri non potuiſſet, ſi in Gallia parentes illo iure, de quo quærimus, ſubnixi non eſſent. Similia exempla de ſubſtitutione pupillari recēſet Franciſ. Martius *in deciſ.Gratianop.99.298 item 175.* præterea Boerius *deciſ.356.n.1.& 2.* Quibus finitima ſunt, quæ ab eodem Boerio *dec.194.* item Papone, *d.lib.7.tit.1 de ſtatu & iure perſon.c.5.* referuntur, arreſto cautum eſſe, non poſſe matrem fraudare, maritum ſuum vſufructu portionis legitimæ, filio debitæ, etiamſi hoc nominatim cauerit.

Accedit quod Guido Papæ, *quæſt.145.* ſecutus hanc ipſam cauſſam patriæ poteſtatis, tradat in curia Gratianopolitana iudicatū, donationem inter patrem & filium factam, ita demum valere, ſi matrimonii cauſſa ſit facta, vel, *vt commemorat in quæſt. 146.* iureiurando ſit ſubnixa. Deinde *quæſt.54.* teſtatur filiūfamilias, ſi maior ſit vigintiquinque annis poſſe experiri in iudicio Gratianopolitano, non autem in aliis curiis eiuſdem prouinciæ, ſed neceſſe eſſe, vt in iiſdem obtemperent formæ iuris communis. Deciſiones Capellæ Tholoſan. *quæſt. 176.* item 242. aperte præſeferunt ibidem adhuc vigere patriam poteſtatem, cum & patrem vſumfructum in bonis filii commemorant habere, & iniuriam filio illatā patrem poſſe remittere conſtituunt. Quam ſententiam commendant illa, quæ a Decio *l. qui ſe patris, numero quarto, Fabio numer.34. Cod. vnde liberi.* item *Coraſ.in l.ſi teſtamentum, C. de impuber.& aliis ſubſtit. Ripa l. ſecunda; numer.21.ff.de vulg.& pupill.ſubſtitut. Lancellot. Polit.in tractat pupill.ſubſtit. Galliaul. in rubr. de verborum obligation.numer.187. Arrio Pinell.in rub.titul.Cod.de bon.matern.numer.10.* referuntur, poſſe in Galliis patem filio pupillariter ſubſtituere, vt & antea demōſtratum eſt. Parum igitur conſiderate collegiſſe videntur Duaren Conan. Tiraquell. Coſtal. viri ingenii & ſubtilitatis laude minime fraudandi, dum conſtituunt, ius patriæ poteſtatis, apud Gallos non eſſe, quod quidquid a filiis acquiritur, id non patri, ſed filio cedat. Antiquitus vitæ & necis poteſtatem in filios parentibus fuiſſe, conſtat, nedum iure noſtro, *l.in ſuis,ff.de liber.& poſthum. hered.inſtit & l ſin.Cod.de patr.poteſt.* ſed etiam ſecūdum mores Gallorum, *vt memoria pro-*

Digitized by Google

didit Cæſar comment. libro ſexto. Hinc a Balduino ad leges Romuli *capit. 17.* eius facultatis talia verba proferuntur: parentum in liberos omne ius eſto, relegandi, vendendi, occidendi, quis dixerit hac facultate ſublata, *vt leg 5. C. ad leg. Pomp. de parricid.* patriam poteſtatem abrogatam eſſe. Pari ratione ſi ferendus non ſit, qui cum parenti vendendi licẽtia adempta *l. 1. C. de patrib. qui fil. d ſtrax.* aut ſaltem ita circumſcripta ſit, vt vix in ſumma neceſſitate illud facere poſſit, *leg. 2. C. eod. tit* idem q; in pignoratione obtineat, *leg. fin. d. quæ res pignor. obligar. poſſ.* inde argumentari velit, patriam poteſtatem exploſam eſſe, quo iure audiemus illum, qui inde patriam poteſtatem euanuiſſe contendat, quod inſtituta regionis illam in acquiſitione vſusfructus certo caſu ceſſare definiant, quod & ipſum ſatis controuerſum eſſe, ex illis conſtare poteſt quæ ſupra congeſſimus, & quæ ipſe Tiraquel. *dict.* § *1. gloſſ. 9. num. 61.* ſcripto comprehendit, hæc quæ de acquiſitionis iure promulgata ſunt, in ditione Pictauienſi tunc demum ceſſare, cum filius ad vigeſimum vel vigeſimumquintum annum peruenerit.

18 Minor dubitatio † de Hiſpaniis aut Italia eſt, quamobrem quid ibidem obtineat hic loci inueſtigare & ſcripto perſequi deſiſto, exiſtimans me in præſentia defun-
19 gi poſſe, ſi, quid in Germania † receptum ſit, breuiter perſtrinxero.

Animaduerto autem & ibidem id euenire, quod de Gallia iam antea profeſſus ſum, vt ſcilicet certo caſu aut tempore patria poteſtas officium ſuum perdat, ſi vel matrimonium contrahatur, vel filius ſeparatim a patre ſuo habitare, & proprium larem fouere cœperit.

Eſſe enim in Germania ius patriæ poteſtatis inde metiri poſſumus, quod pater res filii mobiles, item & immobiles, ſi æs alienum vrgeat iure patriæ poteſtatis, ſine decreto vendere poteſt, cuius rei locuples teſtimonium perhibere poteſt Mynſ. *centur. 6. obſer. 61.* vbi ita in auditorio Spirenſi iudicatum profitetur, quod & ipſum probat Andr. Gail *lib obſeruat 2. obſeruat. 72. num. 14.*

Quod denique idem And. Gail. *obſeruat. 38. num. 7.* ſcriptum reliquit, pro eodem tribunali iudicatum, donationem inter patrem & filium ita demum valere, ſi iureiurando ſit confirmata, illa ſcilicet ratione reddita eodem loci *num. 5.* quod quidquid filius acquirit, id alias patri acquirere ſolet: item dum *obſeruat. 125. num. 14.* mentionem facit iuris filiumfamilias teſtari prohibẽtis, dum *obſer. 108. nu. 10* in quæſtione an filiusfamilias poſſit in iudicio interuenire, nos rei it ad illa, quæ iure in hac diſceptatione definita ſunt.

Accedit, quod in deciſionibus Saxonicis *part. 1. in tit. de contract. quæſt. 43.* diſerte caueatur, ius patriæ poteſtatis in Saxonia ſaluum eſſe, & exerceri, idq; pronuntiant moti auctoritate *leg. 17. ff. de ſtatu hom.* qua cauetur illos, qui in orbe Romano ſunt, talem poteſtatem habere, ſecundum quam definitionem Mynſ. *in* § *fin Inſtitut de patr. poteſt.* declarat, talem poteſtatem ad omnes nationes propagatam eſſe, quod & ipſum quoq; multis in eam rem adductis profitetur, Arrius Pinell *in d. rubr. 1. part. n. 12.*

Huic definitioni accepto debet referri reſponſum Sichard *inter conſilia matr. conſilio 8. num. 6* patri in bonis filiæ competere vſumfructum, & illum habere poteſtatem illa ex cauſſa alienandi, ſecundum quam ſententiam Weſenb. *conſi. libr. 1. reſpon. 17. num. 13.* item Henning Goden *conſilio 70. numero 3* pronuntiarunt teſtamentum a filiofamilias factum non tenere, niſi a milite conſcriptum eſſet. His reſpondent ea, quæ de filiofamilias circa cauſſam teſtandi ſcribuntur a Bernhardo Wurmſero *pract. forenſ. libro primo titul. 39. obſeruat. 16.* præterea ab Hartmanno Hartmanni *pract. obſer. lib. 2. titul. 5. obſeruat. 7. & miſcel lib. 2. capit primo obſeruat. 11.* item quo *1 Inſt. de patria poteſt.* memoriæ prodidit Schneid. *num. 47.* Hieron. Schurff *conſilio 29 cent. 2. numer. 19* Valent. Forſter. *de ſucceſſ lib. 7. cap. 26. num. 2.* finiri patriam poteſtatem ſecundum conſuetudinem Saxoniæ matrimonio contracto, vel filio proprium domicilium, ſeparatim a patre, inhabitante. Huc referendum eſt id, quod a Mynſingero reſponſum fuit, *conſi. 73 numero 18. & ſequentibus*, vſumfructum adeo parenti deberi iure patriæ poteſtatis, vt ne pactum quidem de maternis bonis filiæ poſt mortem patris conſignandis, quidquam illi prærogatiuæ derogarit. Huc accedunt illa, quæ a Schradero *in tractat. de feud. part. 10. ſect. 17. num. 17.* in hanc rem exarata ſunt, vbi cum excepiſſet cauſſam feudi, addit *in ceteris omnibus generali regula* inhærendum, quod ſcilicet in bonis filii debeatur patri vſusfructus iure patriæ poteſtatis, imo Roſenth. *in ſua ſynopſi de feud. c. 7. concluſ. 14. n. 17.* teſtatur, ſe vidiſſe parentes etiã illuſtres nedum

Digitized by Google

nedum in aliis bonis, ſed etiã in feudis, quæ a matre profecta eſſent, omnia filiorum feudi præſertim illis adhuc in cœlibe ætate agẽtibus, adminiſtrare, controuerſiam vero ea de re non audiuiſſe.

Cum itaque ex his appareat, patriam poteſtatem moribus Chriſtiani nominis ſublatam non eſſe, ſed etiã in hac ipſa quæſtione, quã tractandã ſuſcepimus cõfirmatam, conſequẽs eſſe videtur, vt ad eius maiorem illuſtrationem, pronuntiatum noſtrum, ꝙ ſcilicet filiusfamilias teſtandi ius nõ habeat primo virtutibus ſuis ornemus, deinde etiam ex cauſſis moderemur.

20 Qui in re † primo occurrit ad propagationem noſtræ poſitionis pertinẽs reſponſum, *l. qui in poteſtate 6. ff. qui teſt. fac. poſ. item Inſtit. quibus non eſt permiſ. fac. teſt. in princip.* quod voluntas & auctoritas parentis id præſtare nequeat, vt ex his, quæ antea diſſeruimus, ſatis conſtare puto.

21 Secundo ſtatuimus † hanc regulã etiam in his bonis vim ſuã exſerere, quæ in dotem collatã ſunt, quamuis ex *l. Pmponius Philadelphus 35. ff. famil. erciſc.* intelligamus filiamfamilias dotis capacem eſſe, & hinc conſtantẽ matrimonio, non patri ſed filiæ ſi extraneus rem occupaſſet, vel marito ipſius nomine, vindicationem competere, *l. doce ancillam, ſupr. de rei vindic.* Quæ conſideratio tamen non impedit, quo minus ipſa ſecundum veritatem domina ipſius rei dotalis ſit, *l. in reb. ſupr. de iur. dot.* habetque hæc res rationem ſatis euidentem, quod patris interſit, cum dos ab illo profecta communis ſit, tam patris, quam filiæ, *l. 2 ff. ſolut. matrim. §. quod ſi in patris.* Vtrum autem id etiam admittendum ſit in dote aduentitia, de qua *in l. 4. ſupr. de collat.* poſtea expediam. Porro ne auctoribus deſtituamur, allego idem ſentientes Bald. *hic num. 6. Caſtrenſ. num. 4. Alex. nu. 3. Decium nu. 13. Iaſ. nu. 4. Salyc. circa fin.*

22 Porro nõ putamus † diſtinguendum, an pater in his bonis vſumfructum habeat, an minus, quod ratio *l. nemo, h. t.* æque hoc caſu procedat, ſcilic. quod ius noſtrũ filiisfamiliarum teſtamenti factionem nõ conceſſerit, ex cauſſis quas ſupra non diſſimulauimus, ſed antiquam legem per omnia ſeruãdam, quæ filiisfamiliarum hoc duntaxat in certis caſibus conceſſit. Porro certũ eſt, ante Conſtantinum Imperatorem filiumfamilias nihil ꝓprii habuiſſe, neq; de vlla re diſponere potuiſſe, præterquam de caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi peculio, *l. 1. infra de bon. matern. & l. cum oportet, infr. de bon. quæ liber.* Deinde cõmendat hnc noſtram opinionem ratio patriæ poteſtatis, *vt ſupra rẽ digeſſimus.* Tertio, ꝙ hic actus, ſine emancipatione nõ videatur poſſe explicari, emancipatio autem ad vnum actum fieri nequeat, ne quis vno & eodem tempore duplicem ſtatum & patris & filii ſuſtineat, *l. 1. infra de latin. libert. toll.* vt repudiata interpretatione Bartoli oſtẽdit Bald. *hic num. 7. Decius num. 12. Lud. Roman. nu. 5. Alexan. in l. 1. ff. ad SC. Trebell. §. hoc autem, num 8. poſt Raphael. Cuman. & Paul. de Caſtro, & alios ab eodem allegatos.* Vltimo, quod abſurdum videatur, quod quis pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat, contra *l. ius noſtrum. ff. de regul. iur.* Et quamuis contrarium hoc caſu defendant Philip Decius *in l. pen. hoc titul. Andr. Barbat. in rubr. de teſtam. Wurmſer. libr. 1. practicæ forenſ. tit. 39. obſeru. 16. num. 5.* tamen illorum argumentis *in d. l. pen. h. t.* facile occurretur, cũ non ſint in ea conditione, vt propterea recedere debeamus a ſententia gloſſæ. *in d. l. pen. §. certis.* & Cyn. ibid. exiſtimantis hoc noſtrum pronuntiatum indiſtincte procedere, *Ang. ibi. in ſummario, Fulg. nu. 2. Caſtr. num. 2. Alexan nu. 2. & 3. Aretin. in prin. Lud. Rom. nu. 1. Alberic. 1. in prin. Philip. Corn. n. Iaſon n. 1. & 2.* vbi tradit hanc communem eſſe opinionem; eamque vſque ad illud tempus tenuiſſe nemine diſcrepante, idemque tradit gloſſ. & Bart. *in l. qui in poteſtate, in princ. ff. qui teſtam. fac. poſſ. Portius Inſtit. quibus non eſt permiſſ. fac. teſtam. nu 12. & ibid. Vigl. Zuichem. nu. 16. Iul. Clar. ſenten. lib. 3. §. teſtamentum, q. 18. num. 2. poſt Socyn. Boer. Ruin. Rubeum; & alios ab eodem allegatos Ferd. Vaſq. de ſucceſ. prælat. §. 22. num. 9. Vigl. commun. opin. libr. 1. in verb. filiofamilias, nu. 1. Did. de Spino in ſuo ſpecul. teſtam. part. 4. ſuæ rub. num. 13.* Secundum quam definitionem facile intelligimus, idem quoq; in dote aduentitia probandum eſſe, *vt tradit Ang. in d. l. pen. Alex. num. 3. Iul. Clar. d. q. 18. num 3. Iohan. Dilect. de arte teſtandi, tit. 1. cautel. 1. Michael. Graſ. § teſtam q. 23. nu. 3.*

Quarto, hæc inſpectio locũ habet quamuis filius in teſtamento adiecerit illam clauſulam, † *quod velit ſuam diſpoſitionem valere, omni meliori modo, quo illud fieri poſſit, etiã admiſſo caſu quod pater cõſenſiſſet.* Quãuis enim 23 filiusfamilias poſſit mortis cauſſa donare ex recepta interpretum ſententia, *l. filiusfam. §. pari autem ratione. ff. de don. l. tam is, 15. §. fin. ff. de mort. cauſ. don.* tamen vt illud procedat ſpeciali conceſſione opus eſt, & vt mortis

cauſſa donare poſſit, *d. l. filiusfamilias*, §. *ſed enim, Bald. hic nu. 5. Ang. nu. 1. Rom. nu. 4. Cyn. nu. 7. Corneus nu. 14. Alex. nu. 9. Dec. num. 45. Iaſon in l. prima §. ſi quis ita. ff. de verb. obligat. nu. 22. Alciat. nu. 18. Did. Couar. in rub. de teſt. part. 3. nu. 12. Iul. Clar. lib. 4. recep. ſenten.* §. *donatio, num. 6. Michael. Graſ. in verb. donatio, q. 3. num. 5.* diſtinguunt tñ hoc caſu Alexan. *hic num. 13. Decius nu. 45. Iul Clar. d. q. 6. num. 9. Socin. conſ. 125. num. 1. vol. 1.* intereſſe, quib. verbis quis vſus ſit, veluti ſe deſiderare, vt hæc diſpoſitio valeat in vim teſtamenti vel codicillorum, an denique ſcriptum ſit, vt valeat in vim teſtamenti, codicillorũ & cuiuſuis vltimæ voluntatis: vt priori caſu obtineant illa, quæ diximus, hic autẽ aliud probandum ſit, cum hæc verba intelligi nõ poſſint, niſi de donatione cauſſa mortis. Sed hanc opinionem oppugnat hic Philip. Corneus *nu. 15. item Did. Couar. in rub. de teſtamen. part. 3. num. 12. Vigl. Zuichem. Inſti. quibus non eſt permiſ. fac. teſtam. in prin. nu. 10 Fran. Aret. l. qui in poteſtate. ff. qui teſtam. fac. poſ. num. 4.* & multi alii relati a Michaele Graſſo, *d. q. 3 nu. 5.* admittunt tamen hoc eo caſu procedere, quo is, in quem donatio dirigeretur, præſens eſſet, *argum. l. inter mortis, 38. ff. de mort. cauſ. donat.*

24 Quinto hæc definitio † procedit quamuis filius ad pias cauſſas teſtari velit, ſi paternum conſenſum nõ interceſſiſſe ponamus,
25 *cap. licet, de ſepultur. in 6.* Sed quæſtionis † eſt an idem etiam admittendum ſit, ſi pater vo-
26 luntatem accommodet. Eſſe † ſtatuunt Io. Andr. *in d. c. licet*, itẽ Petr. Anch. Raph. Fulg. *hic n. 5.* Ioh. ab Imol. *in l. qui in poteſtate, ff. qui teſtam. fac. poſſ. in prin.* Franc. Aret. *ibid. nu. 2.* Ferd. Vaſq. *de ſucceſ. creat.* §. *22 nu. 8.* Et hanc opinionem Iaſon. *hic num. 5. verſ. quid tenendum*, ſi iuris deciſionem intueri velimus, veriorem eſſe profitetur. Neque hæc aſſertio ſuis fundamẽtis caret. Primo, *l. generalis, qui in poteſtate, ff. qui teſtam fac poſſ.* Secundo, q argumentum a contrario ſenſu, de quo *in d. cap. licet*, idoneum non ſit ad tenenda ea, quæ diſerte iure comprehenſa ſunt, *l. 9. de quibus, ff. de legibus*, facta collatione principii cum fine item, *l. non ſolum*, §. *filius autem, inſ. de bon. quæ lib. l. diſcretis, h. noſt. tit. in fin.* Tertio, quod *l. pen. hoc tit.* caueatur filiofamilias nullo modo conceſſum eſſe, vt teſtamẽtum faciat. Quarto, quod Pontifici *in d. c. licet, de ſepultur. in 6.* duntaxat propoſitum fuerit, vt decideret quæſtionem principaliter motam, an filius ſepulturam non conſentiente patre eligere poſſit. In qua diſceptatione cum adhuc alia quæſtio incideret, an ſcilicet filius pro animæ ſuæ ſalute per modum vltimi iudicii, aut voluntatis, quid ſtatuere poſſet, hanc controuerſiam ita diremit vt filius pro anima ſua præter patris aſſenſum (niſi peculium caſtrenſe, aut quaſi caſtrenſe habeat) aliquid iudicare non poſſit. quod intelligo in vim vltimi iudicii relinquere. Porro cum donatio cauſſa mortis, etiam vltimum iudicium ſit, *l. final. infra de mort. cauſſa donationib.* & inter ius canonicum, & ciuile non temere aliqua differentia introduci debeat, *capit. primo. de oper. noui nuntiat.* pontificem his verbis donationem cauſſa mortis deſignare voluiſſe, quam filius conſentiente patre explicare poſſit, *l. tam is*, §. *primo, ff. de mort. cauſ. donat. l. filiusfamilias*, §. *pari ratione, ff. de donat.*

Et quamuis hæc ſententia † non videatur improbabilis eſſe, tamen apud noſtros interpretes contraria præualuit, vt ſcilicet filiusfamilias ad pias cauſſas conſentiente patre teſtari poſſit. *ita Baldus hic nu. 8. Angel. numer. 2. Caſtrenſ. num. 8. & 9. Salycet. num. 5. Alexan. num. 4. Philip. Dec numer. 21. & ſeq. Alberic. num. 7. Philip. Corn. num. 2. & ſequen. Lud. Roman. num.* 1. & hãc ſententiam communem, & ab eo in iudicando nõ recedendum teſtatur Iaſon *hic num. 5 verſ. quid tenendum*, idem defendunt Iul. Clar. *lib. 3. ſenten.* §. *teſtam. q. 5. num 7.* vbi ait hanc ſententiam magis cõmunem eſſe, & etiam plures alios allegat Iohan. Dilecti. *de art. teſtand. titul. 1. caut. 1. nu. 1. Did. Couar. in rub. de teſt. part. 3. nu. 47.* vbi hãc ſententiam etiam communem dicit Abbas *in rub. de teſtam. num. 10. Did. de Spin. in rub. de teſta. part. 4. nu. 11. Vig. Zuichem. Inſtit. quib. non eſt permiſ. fac. teſt. nu. 13. Andr. Tiraq. de priuil. piæ cauſſæ, cap. 78.* vbi multos alios more ſuo adducit. Et hæc ſentẽtia quoque non contemnendis innititur argumẽtis. Primo, quod in cauſſis ſpiritualibus non ſolemus laborare de iuris ciuilis definitione, *cap. final. de iudic. in 6.* Secũdo, quod idem nominatim ſtatutũ ſit in teſtamentis, quod ſcilicet piæ cauſſæ non debeant exigi ad definitionem legum ſeculariũ ſed ſecundum decretorum ſtatuta tractari, *cap. relatum, extra de teſtament.* Tertio, quod generaliter ſtatutum ſit, quod ea, quæ nutu Dei agantur non ſint ſub lege, *capit. duæ ſunt, inquit leges, 19. quæſtio ſecunda, & capit. licet, extra de regularibus.* 27

Quarto, q iure canonico nihil ꝓhibeat, ſupre-

ſupremam voluntatẽ in alterius arbitrium cõmittere, *c. cum tibi 13. de teſtam.* Vltimo, ꝙ id ſatis euidenter colligatur ex *d. c. licet, de ſepultur. in 6.* vbi cum Pontifex verbo iudicandi vtatur, videtur omnem ſpeciem vltimæ voluntatis vel iudicii cõplecti. Nec ad rem pertinet, ꝙ per argumentũ a contrario ſenſu iura abrogari non ſoleant, id enim admittendum non eſſe, ſi verba alias nullum effectum ſortirentur, conſtat ex *l. nulla, ſupr. de epiſ. & cler. auth. ex teſtamento, ſupr. de collat.* Accedit, quod hic non tractetur de correctione legũ, ſed de certa exceptione, inter quæ longum interuallum eſſe ſolet, *vt docet Nicol. Euerh. in ſuis locis legal. lib. in loco a ratione legis larga, n. 41.* deinde obſeruandũ hoc loco eſt, quod, ex quo conſtet ex fundamẽtis, quæ antea conſtituimus, pias cauſſas non eſſe ſub lege; argumentum a contrario ſenſu hic merito procedere debeat, quippe, per quod nulla lex tollatur, ſed quæ ſublata erat, declaretur. Quamuis enim ea, quæ ad piam cauſſam pertineant, iuris ciuilis vinculis nõ alligẽtur: tamen cum præiudicio alieno admitti non debent, quod ſane fieret, ſi non conſentiente patre teſtari poſſent. Etenim cum ſecundũ iuris antiqui diſpoſitionem omnia filio quæſita, fuerint patris, *l. cum oportet, inf. de bon. quæ lib.* hoc quidem iis remiſſum fuit, vt quædam aduentitia pleno iure haberent, de quibus *in auth. excipitur, & ſeq. inf. de bon. quæ lib.* non tamen eo vſque leges progrediendum exiſtimauerũt, vt filio cum præiudicio patriæ poteſtatis, tribuerent facultatem de his per vltimam voluntatẽ diſponendi, *l. nemo h. noſt. t.* maxime inuito patre, quod nimis inuidioſum eſſet, patrẽ poſt tot beneficia, poſt mortem filii ſui his fraudari. Porro, quamuis ius canonicum in piis & ſpiritualibus cauſſis, *d. c. relatũ, & d. c. ſi annum*, patriam poteſtatem non conſideret, & ideo videatur filio ius teſtandi cõpetere: tamen quod pater ex tali facto detrimentum ſentire poſſet, ei⁹ cõſenſum adhibendũ eſſe ſtatuit, & ita intelligo *dict. cap. licet, de ſepul. in 6.*

28 Quæ conſideratio ſubuertit † interpretationem Bartoli *in l. 1. ſup de ſacroſ. eccl.* vbi in effectu concludit, intereſſe, an tractemus de his, in quibus patri vſusfructus quæritur: In illis enim filium teſtari poſſe cum conſenſu patris, an vero de illis bonis, in quibus patri nullus vſusfructus acquiratur, tunc enim filium indiſtincte ad pias cauſſas teſtari poſſe. Quod & ipſum defendunt Imol. *in c. 2. de teſtam.* & Roman. *in auth. ſimiliter, infr. ad leg. Falcid.* & Caſt. *conſil 101. lib. 2.* ſibi parum conſtantes, prout eoſdem refert And. Tiraq. *d. priuil. 78.* Nam cum parentis vtroque caſu interſit, & *d. c. licet*, indiſtincte conceptũ ſit, cauſſa nõ eſt, quod huiuſmodi traditionem amplectamur, quemadmodum etiam ipſe Bart. *in l. qui in poteſtate, ff. qui teſtam. fac poſſ.* hanc ſuam ſententiam, contraria interpretatione, quod ſcilicet in his, in quibus pater vſumfructum habeat, filius teſtari nequeat: In illis vero, quæ pleno iure ſint filii, conſentiente patre ad pias cauſſas teſtari poſſit, plane labefactat.

Sit igitur prima † exceptio, quod filiusfamilias conſentiente patre de bonis aduentitiis ad pias cauſſas teſtari poſſit. 29

Altera exceptio eſt, ꝙ non † prohibeatur mortis cauſſa donare, *l. filiusfamilias 7. §. patri, ff. de donat. l. tam is 25. §. 1. ff. de mort. cauſſa donat.* Et quamuis hæc ſententia textus expreſſos habeat, & communi etiam calculo munita ſit, *vt docet Didac. Couar. in rubr. de teſtam. part. 3. n. 8. Michael Graſ. in theſaur. com. opin. in verb. donatio, q. 3. n. 1.* vbi ait hãc communem & indubitatam eſſe cõcluſionem, *Iul. Clar. ſentent. lib. 4 §. donatio, q. 6. num 3.* vbi multos auctores allegat: † tamen Raph. Cuman *in d. l. tam is, §. 1. n 7.* Crot, *in l. frater, circa fin. ff. de cond. indeb.* in contrariam opinationem abierunt, contendentes, quod cum mortis cauſſa donatio quadrupliciter accipi poſſit *l. qui in alienam 43. ff. de mort. cauſſ. dona.* & regula ſit filiumfamilias, nihil per vltimã voluntatem relinquere poſſe, *l. qui in poteſtate, ff. qui teſtam. fac. poſſ. cum ſimilib.* mortis autem cauſſa donatio eiuſdem naturæ declaretur, cuius vltima voluntas, *l. Marcellus 15 ff. de mort. cauſſ. donat. l. fin. infr. eod. tit. Inſt. de donat. §. 1.* quod textus ſupra relatos non debeamus accipere de donatione, quæ habeat naturam vltimæ voluntatis, verum quæ ſuſpendi non ſolet, quamuis cogitatione mortis proceſſerit, videri enim hoc caſu nõ tã filiũ, quam patrem donare: quippe, cum filius iure Digeſtorũ nihil proprii habuerit. Nos tamen his & ſimilibus rationibus, quas Raph. ſatis ꝓlixe hic proſequitur Iaſ. *nu. 8. & ſeq.* tantum minime deferendum eſſe exiſtimauimus, vt a recepta ſententia recederemus. Verum enimuero † alia cauſſa eſt teſtamẽti, alia vero donationis cauſſa mortis, teſtamẽti factio filio plane denegata eſt, *l pen. h. t.* non idẽ de donatione ſtatutũ inuenietur, pro parte teſtatus quis decedere non 30 31 32

Digitized by Google

a tem aũt † veteres non ex annis, ſed ex habitu corporis definiebant, *vt conſtat ex l. fin. C. quand. tut. vel curat. eſſe deb. & §. 1. Inſtit. quibus mod. tut. fin.* Porro cum indecorum eſſe videretur, & cum quadam obſcœnitate coniunctum, ſi Magiſtratuum oculis iuuentus, in dignoſcenda pubertate ſubiicienda eſſet: hanc neceſſitatem in puellis duntaxat anteriores Principes vel legiſlatores remiſerunt, ſed quod eadem ratio etiam in pueris interueniret, Iuſtinianus *d. l. fin. & d. §. 1. Inſtit. quib. mod. tutel. fin.* ſe generaliter id et-
3 iam in pueris † emendaſſe profitetur, ita vt fœminæ poſt duodecimum, maſculi autem poſt decimum quartum annum, ſine inhoneſta corporis inſpectione, puberes iudicarentur. Et quamuis obſtare videatur defini-
4 tio præſentis † legis, item *l. a qua ætate 5. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ex quibus intelligimus longe ante Iuſtinianum hanc iuris diſtinctionem introductam eſſe: tamen dici poterit, id vſq; ad tempora Iuſtiniani controuerſum fuiſſe: & eum quod inde diſceptationis erat, generali lege ſopire voluiſſe, & propterea fortaſſe reſponſum Vlpiani a reliquis diſſidentis, in Pandectas contuliſſe, vel per Tribonianum id emendari, vel ſuppleri curaſſe, quod tamen de præſenti reſcripto non æque commode dici poterit, niſi ſtatuamus, id antea in teſtamentis receptũ fuiſſe, cum poſt mortem adoleſcentis hæc quæſtio oculis & aſpectu terminari amplius non poſſet. Faceſſit tamen negotium, quod propinqui & teſtes de habitu corporis interrogari potuerint, quod innuunt verba ipſius legis, dum ait, *licet vigoris nondum emerſiſſent veſtigia.* Quidquid autem ſit, nos in re certa vlterius digladiari nolumus *l. Gallus, §. eius, ff. de liber. & poſthu. hered. inſt. l. mulier, §. fin. ff. de cond. inſtit.* Sed quæſtionis eſt, quare id ex annis metiamur, & deinde ex qua cauſſa in
5 fœminis leges † receſius tempus conſtituerint, quã in maſculis, cum de tam graui præiudicio agatur, & fœminæ minori prudẽtia atque iudicio eſſe cenſeantur, quam mares, *arg. l. fœminæ 2. ff. de reg. iur. item l. cum de inde-*
6 *bito, ff. de probat.* Sciendum igitur † eſt, Tertullianum *lib. de anima, c. 10.* huius rei rationẽ reddere, in hæc verba: *Pubertatem animalem cum carnali dicimus cõuenire: pariterq́; & illam ſuggeſtu ſenſuum, & iſtam proceſſu membrorum exſurgere.* Quare aũt in fœminis id maturius accidat, oſtẽdit Plutarch. *in ſuis probl.* dũ ait, *Natura cauſſam ſuſtinet, & augetur, fœmina, & & creſcit, adulta perficitur, antequam maſculus.*

Macrob. vero de hac re loquens, *Primo in ſomnium c. 6. poſt annos bis ſeptẽ ipſa ætas neceſſitate pubeſcit, ideo tutela pueris, quaſi virile iam robur, abſoluitur, de qua tamen fœmina propter votorum feſtinationem maturius biennio, legib. liberantur.* Plura ſi quis deſideret, is adire poterit Vigl. *Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. §. præterea.* item Godofred. *in d. l. fin. quãd. tut. vel curat. eſſe deſi.* Pubertas igitur in maſculis ex anno 14. *vt hic,* in fœminis vero ex 12. anno, *vt d. l. fin. ſup. quand. tut. vel curat. eſſe deſin. §. 1. Inſt. quib mod. tut. fin. l. 2. ff. de vulg. & pup. ſubſt. Inſt. de nupt. in princ.* definitur.

His ita prælibatis duo axiomata ex præſenti reſcripto elicimus, ex teſtamẽto † ante 7
puberem ætatẽ cõdito nihil recte poſtulari, quod & ipſum confirmatur *l. 5. ff. de teſtam. & §. præterea, Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſta. l. 1. §. ſed etſi filiusfamilias, ff. de legat. 3.* neq; diſtinguimus, vtrũ miles ſit, an paganus, *l. fin. ſup. de milit. teſtam.* & an tutoris † auctoritas 8
acceſſerit, an minus, *l. 1. §. 1. ff. de tut. & rat. ocin. diſtrah. Corn. hic. n. 2. Iaſ. n. 1. gl. in verb. non potuit, Albe. ibid. n. 1. Lud. Rom. n. 4.* idq; duplici ex ratione, ꝙ vltima volũtas ex alieno arbitrio pendere nõ debeat, *l. illæ inſtitutiones, ff. de hered. inſt. & l. 1. ff. de legat. 2.* altera quod diſpoſitio conferatur in tẽpus, quo tutores futuri non ſunt, *Inſt. quib. mod. tut. fin. §. ſimili modo. item c. ſi vxor, extr. de ſepult.* immo quod magis eſt, idem quoq; procedit, quãuis malitia ætatẽ ſupplere † videatur, *vt Caſt. hic n. 2.* 9
Alex. n. 1. & 3. Decius n. 3. Bart. in l. 1. ſupr. de ſacroſ. eccl. in 2. q. Bald. ibid. verſ. ſecundo quæro, in ſua repet And. Tiraq. de priuil. piæ cauſſæ priuil. 9. verſ. contrarium tamen, vbi multos allegat, idque arg. noſtræ legis, item *d. §. præterea, Inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* Si enim is, qui 14. annum exceſſit, ſine diſtinctione, an vigoris veſtigia emerſerit, teſtamentum facere poteſt, quod ſufficiat, hoc ita legibus definitum eſſe, conſequens quoque erit, vt ante illam ætatem non poſſit, cum eadem ratio intercedat. Sed vrget e contrario, quod *d. §. præterea,* caueatur, illum ex hac cauſſa teſtamentum facere non poſſe, ꝙ nullum eius animi iudicium ſit. Ceſſante † igitur ratione, 10
ceſſare quoque debebat diſpoſitio, *c. cum ceſſante, ext. de appell. l. ita diſpoſitioni, ff. de admin. tut. & curat. l. adigere, §. quamuis, ff. de iur. patro.* quod deniq; hanc interpretationem in aliis cauſſis admitti videamus, *vt cap. fin. extr. de deſponſat. impub. item l. pupillum, qui proximus, ff. de regul. iur. l. heredib. 13. ff. de dol. mal. cum ſimilibus.*

Digitized by Google

ſuis ſæpe præpoſuerint, *vt oſtendit Cuiacius cap. 24. obſer. 17.* non debet alienum iudicari, quod iiſdem etiam teſtãdi prærogatiuam indulſerint, ſed nos huiuſmodi conſideratione omiſſa ad vtiliora properamus.

Lex, Si quis Imperatorem, cum l. ſeq.

SVMMARIA.

1 *Error Franciſci Aretini, qui putauerit in hac lege nullam fuiſſe cauſſam dubitandi.*

2 *Factum Caligulæ & Domitiani, qui prohibuerint, quo minus teſtamenta mutarentur, in quibus ipſi inſtituti erant.*

3 *Intellectus l. quod Principi, ff. de legat. 2.*

4 *Cur legatum quod Auguſtæ relictum ſit, ea mortua exſpiret.*

1 EXiſtimat Fran. Aret has duas † leges tam faciles eſſe, vt quilibet puer eas percipere poſſit, idq; eo magis ꝙ nullã videãtur dubitandi cauſſam habere. Ceterum, ſi rem ad iuſtum calculũ reuocare velimus, non idem fortaſſe probabimus: quãuis enim quilibet poteſtatem habeat, ſui teſtamenti reuocandi, *l. ſi quis, in principio, ff. de legat. 3. l. omnium, inf. de teſtam.* tamen quod Princeps legibus ſolutus ſit, *l. Princeps, ff. de legib.* videbatur quoque inferendum eſſe, quod ſi quis Imperatorẽ ſemel heredẽ inſtituiſſet, eũ migrandi non habere facultatẽ. Sane Caligula, vt re-
2 fert Sueton. † in deſcriptione ipſius vitæ, *c. 38.* teſtamenta eorum, qui duntaxat heredẽ Cæſarem deſtinaſſent, ſi repudiata hac deliberatione, aliũ heredem inſtituiſſent, vt irrita & vana deflebat, idẽ de Domitiano commemorat Viglius §. *eadem oratione, Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* vt non alienum videri debeat, quod ipſi Imperatores, nedum in duabus hiſce legibus, verum etiam *in l. nolumus, inf. de teſtam.* item Diuus Pertinax, *ſecundum ea, quæ commemorat Iuſtinian. in d. §. eadem oratione, Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* huius periculi timorem ſuſtulerint, & idẽ iuris in ipſo Imperatore & Auguſta, quod in priuatis eſſe pronuntiarint. Et quamuis obſta-
3 re videantur, † *l. quod Principi 56. ff. de legat. 2.* ex qua edocemur, legatũ Principi relictum illo ante diem legati cedentẽ mortuo, ſucceſſori ipſius deberi, cum tamen contrariũ in priuatis pronuntietur *l. 1. ff. de cond. & demonſt.* tamen hic ſcrupulus ſine magna difficultate tolli poterit, ſi negemus aliquid priuilegii etiã hoc caſu in perſona Principis intercedere. Nã quotieſcunq; quid relinquitur nomine dignitatis, aut officii, etiã ſucceſſores admittuntur *l. annua, 20. §. 1. ff. de annuis legat.* Nec mutat † *l. ſi Auguſtæ, 57. de legat. 2.* vbi
legatũ Auguſtæ relictũ, ſi ea inter homines eſſe deſierit, antequam legatis dies cederet, 4
legatum cum perſona ipſius exſtinguitur, cum hic ratio ſit habita perſonæ, non dignitatis, aut Auguſtalis faſtigii, cum dignitas ex perſona fœminarum non cenſeatur, *l. fœminæ, ff. de Senator.*

Lex, Conſultiſſima, 8.

SVMMARIA.

1 *Cæco facile imponi poſſe, & propterea maiorem cautelam in eius teſtamento adhibendam.*

2 *Differentiæ inter teſtamentum cæci, & aliorum.*

3 *Cæcus teſtamentum in ſcriptis condere non poteſt.*

4 *An in teſtamento cæci formalia verba requirãtur, quod teſtes propterea cõuocarit, vt ſine ſcriptis teſtamentum faceret.*

5 *In teſtamento cæci tabellio cum ſeptem teſtibus exigitur, vel octauus loco ipſius.*

6 *Voluntas nuncupata in teſtamento cæci, nihilominus ſcripto comprehendi debet.*

7 *Heres in teſtamento cæci, nedũ per nomen, ſed etiam per dignitates & indicia deſignandus videtur.*

8 *An hoc ſit neceſſitatis, an vero conſilii?*

9 *An teſtamentum cæci ex eo vitietur, quod inſtitutio facta ſit poſt legata & fideicommiſſa? diuerſa Doctorum ſententiæ.*

10 *Confirmata negantium opinio, improbata tamen illorum ratione.*

11 *Iuſtinianum hanc ſcrupuloſam teſtandi rationem, quod poſt legata quis inſtitui non poſſit, generaliter ſuſtuliſſe.*

12 *An hæc ſolemnitas in teſtamento cæci parentis requiratur? diuerſa doctorum ſententia.*

13 *Commendata conſideratio Decii & Sichardi.*

14 *Non inſubtilis interpretatio Iaſonis propoſita.*

15 *In teſtamentis ad pias cauſſas, hanc obſeruationem non eſſe neceſſariam.*

16 *An in codicillis hæc ſolemnitas neceſſaria ſit? diuerſa doctorum ſententia.*

17 *Probata ſententia Baldi & Fulgoſii.*

18 *De qua turbatione mẽtis lex noſtra intelligenda ſit.*

19 *Non valere alicuius interrogationem, an teſtator ſe heredem inſtituere velit.*

20 *Multo minus valere talem deſignationem, ſi quis teſtatori dicat, ſi me heredem eſſe velis, ſtringe manum meam, & ille hoc fecerit.*

21 *Non omnem interrogationem teſtamentum vitiare, ſed illam, quæ ſuſpecta eſt.*

CVm luminibus capto facile imponi † 1
poſſit, & in conſcribendo vltimo elogio omnis cautela adhibenda ſit, ne aliquid falſitatis cõmittatur *l. iubemus, inf. de teſtam.* & vbi maius periculum propoſitum eſt, ibi quoque intentius ſit vigilandum, *cap. vbi, de elect. in 6.* multa cum prouidentia Imperator feciſſe iudicandus eſt, qui peculiarem ſolemnitatem in teſtamento cæci introducendam ſtatuerit. Vt igitur † conſtare poſſit, 2
quid differentiæ inter hoc teſtamentum,

Digitized by Google

& reliquorum vltimas voluntates interluceat, non grauabimur, eaſdem ſigillatim complecti.

3 Principio, quamuis cuique liberũ† ſit, vt vltimum ſuum elogium in ſcriptis, vel per nuncupationem promulger, *§. fin. Inſt. de teſtam. l. hac conſultiſſima, infr. de teſtam.* hic ſola nũcupatio admittitur, quod innuunt verba textus noſtri, ſancimus, vt carẽtes oculis, ſeu morbo, vel ita nati, per nuncupationem ſuæ condant moderamina voluntatis. Huius rei ratio in prõtu eſt, quod cum teſtator teſtamẽto in ſcriptis, ſe, vt gloſſa ait, ſubſcribere, ſignare, & nomen heredis propria manu cõplecti debeat: *l. iubemus, inf. de teſtam.* hoc cœcus facere nequeat. Accedit, quod in teſtamẽto in ſcriptis omnia poſſunt eſſe ſecreta, *l. hac cõſultiſſima, inf. de teſtam.* quod profecto in præſenti caſu admittendum non eſt. Et hãc vnam eſſe differentiam, quã omnes vno ore conſtituunt, *& gloſſ. hic in verbo, per nuncupationem Odofred. n. 1. Cyn. n. 6. Bart. n. 1. Bald. in prin. & n. 10. Ang. in prin. Caſt. n. 1. Salyc. n. 2. Corn. in princ. & n. 10. Franc. Aret. n. 3. Lud. Rom. n. 1. Fulg. n. 1 Iaſon in prin. Dec. n. 4. Sichar. n. 2. Donell. n. 1.*

Secunda ſolemnitas eſt, quod quãuis is, qui teſtamentũ nuncupatiuũ condere velit,
4 nõ cogatur† hæc formalia verba ante teſtamenti cõfectionem proferre, quod ideo teſtes conuocarit, quod ſine ſcriptis ſuam voluntatem & teſtamentum cõponere velit, *l. in teſtamentis 26. inf. de teſtam.* Sed ſufficiat, illos generaliter rogari, ſecundum formam *§. fin l. heredes, ff. qui teſtam. facer. poſſ. & quemad. teſtam. fiant*, tamen hic neceſſarium ſit, quod teſtes a teſtatore edoceantur, illos coactos eſſe, vt teſtamentum ſine ſcriptis faciat. Glo. *hic in verb. edoceant*, Bart. *n. 1.* Bald. *n. 11.* Caſtr. *n. 2.* Corneus *n. 1.* Cynus *n. 6.* Salyc. *n. 2.* Fran. Aret. *num. 3. verſ. tertio requiritur*, Rom. *nu. 6.* Alex. tamen *n. 10.* Iaſ. *n. 1.* Decius *n. 6* Sichar. *n. 2. & 3.* ſtatuunt, quod ſi hæc ſolemnitas omiſſa fuerit, nõ propterea vitiari teſtamentum. Salycet. autem exiſtimat, huius capitis obſeruationem ſublatam eſſe, per *l. in teſtamentis, inf. de teſtam.* tanquam poſteriorem, idem quoque ſtatuit Viglius *Inſt. quib. nõ eſt eſt permiſſ. fac. teſtam. n. 3.* quod & verius putamus, cum hæc lex ſit Iuſtiniani.

Tertia conditio eſt, quod cum in ceterorum teſtamentis ſeptem teſtes duntaxat requirantur, *§ ſed cum paulatim, Inſt. de teſtam. & l. hac conſultiſſima, infr. de teſtam. l. Domitius*
5 *Labeo, ff. de teſtam.* Hic tamen† tabellio cum ſeptẽ teſtibus, aut octauus teſtis loco ipſius requiratur, *Caſt. n. 2. Cyn. n. 8. Bald. n. 17. Angel. n. 6 Salyc. n. 7. Corn. n. 16. Alex. n. 12. Franc. Aret. n. 3. Fulg. n. 2. & 8. Alberic. n. 3. Sichard. n. 2. Donell. n. 1. Iaſ. n. 1. verſ. tertio ſpecialiter. Phil. Dec. n. 23. Iul. Clar. lib. 3. ſentent. §. teſtamentum, q. 17. n. 1. Mynſ. Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. §. cæcus, item Ang. ibid. n... Schneid. n. 4.* Sed animaduertendum eſt, Cynum, Bart. Bald. Ang. Fulg. Aret. Corn. Alex. Iaſ. quæſtionẽ proponere, an tabellio regulariter inter teſtes recenſeatur, & hanc quæſtionẽ diſtinctione expedire, vt, ſiquidẽ tractetur de ſcriptura priuata, quæ ꝓbari per teſtes debeat, tũc tabellionis perſonã in numerũ teſtium cõputari *d. l. Domitius, ff. qui teſt. fa. poſ.* Quod ſi vero agatur de ſcriptura publica, cui tabellio auctoritatẽ & nomen cõciliare debeat, *l. ſi quis decurio, inf. ad leg. Cornel. de falſis, & c. 2. extr. de fid. inſtrum.* hoc caſu perſonam tabellionis à teſtiũ numero ſeparandã eſſe. Vnde ſi teſtamentũ nuncupatiuũ, quis poſtea publicando, per teſtes probare velit, hic vna cũ tabellione ſeptem teſtes ſufficere *l. publicati, & l. conſulta, inf. de teſtam.* idemq; in teſtamẽto in ſcriptis euenire *l. Domitius, ff. eod. titul.* Quod ſi vero qs tabellionis perſonã in hoc adhibeat, vt eius ſcriptura tanquam publica perpetuam firmitatẽ obtineat, citra interrogationem teſtiũ, ſolemnem numerũ ſeptem teſtium adhibendũ eſſe, & præterea tabellionẽ. Sed ſecundum hanc definitionẽ hic exſiſtit ſcrupulus, an in præſenti teſtamento idem probandũ ſit, ſcilicet interueniente tabellione, & teſtamentum conſcribente, non opus ſit tali publicatione, de quã *in d. l. publicati, & l. conſulta*, ſed ſcriptura per ſe fidem impetret, & Bald. quidem *hic n. 19.* id confirmat, quod & ipſum videtur probare Fulg. *hic n. 8.* Corn. *n. 14.* Salyc. *n. 4.* idemq; ſentire videtur Alex. *n. 12.* Ceterũ Angel. *hic n. 5.* cui ſubſcribit Decius *n. 23.* negant hoc in pręſenti caſu procedere, cũ tabellio hic non videatur rogari vt tabellio, ſed vt teſtis octauus: quare etiam alter loco ipſius ſubſtitui poteſt. Vt igitur Doctorum traditio procedat, neceſſarium eſſe, vt præter octo teſtes, tabellio, qui hoc teſtamentum in publicam formam redigat, adhibeatur: quæ ſententia & verior videtur, admiſſa interpretatione Doctorum, qui exiſtimant, etiam in teſtamento in ſcriptis opus eſſe, vt omnes teſtes poſt mortem teſtatoris manum agnoſcant, adeo, vt vno ſublato putent corruere teſtamentum, de qua re ſuo loco differemus.

Quarta

6 Quarta cōditio eſt, quod voluntas † hoc modo nuncupata, ſcripto comprehendi debeat, vt arguunt verba text. noſtri. Quibus omnibus ex ordine peroratis, vno eodemq; tēpore, ſed & manu tabellarii cōſcriptis ſub obtentu ſeptē teſtiū (vt dictū eſt) & eorundē teſtium manu ſubſcriptis, deinde conſignatis, tam ab ipſis teſtibus, quam a tabellario: plenum obtinebit robur teſtātis arbitrium. Qua in re animaduertendum eſt, hoc teſtamentum nōnulla a nuncupatiuo teſtamento mutuari: nonnulla vero a teſtamento in ſcriptis, quod ipſum in hoc teſtamento ſingulare teſtantur gloſſ. *Caſtr. n. 4. Dec. n. 23. Iaſ. n. 1. Franc. Aret. n. 3. Donell. n. 1. Alex. n. 3.*

7 Quinta differentia † ſecundum Decium *n. 18.* Corn. *nu. 4.* eſt, quod heres hic ne dum per nomen, ſed etiam per dignitates & indicia deſignandus videatur. Porro gloſſ. in dictione *indicia, Bart. n. 2. Bald. n. 3. Ang n. 1. Caſt. n. 6. Alex. n. 4. Salyc. n. 4. Rom. n. 6.* exiſtimant,
8 id non eſſe † neceſſitatis, ſed conſilii: ſatis enim eſſe, quod quis ex vna vel altera demōſtratione certus reddatur. Quā ſententiam quoque commendare videntur verba textus: vel ratio ibidem expreſſa, ne ſola nominum commemoratio aliquid ambiguitatis pariat, *arg. l. cum ſeruo, 63. §. fin. ff. de contrahen. emt. & c. auditis, extr. de præſcript.*

9 Sextam differentiam † conſtituunt Cyn. *hic n. 5.* Bart. *n. 1.* Alber. *in prin.* Fulg. *n. 5.* Phil. Dec. *n. 8. & ſeq.* Alciat. *in rubr. de verb. oblig. n. 22.* & in ſuis Paradoxis *c. 16. lib. 5. n. 4.* Angel. Aret. *Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. in §. cæcus, Barth. Cæpol. cautel. 128.* nullius eſſe momenti tale teſtamentum, ſi inſtitutio heredis poſt legata & fideicommiſſa facta ſit, idque arg. verborum noſtrę legis, dum ait, *quibus omnibus ex ordine peroratis*, & rurſum *circa fin.* dum textus ait: *ita demum ordinari teſtamentum poſſe, vt antelata formæ declarant.* Ceterum hanc interpretationem reprehendit Bald. *n. 10. & ſeq. Caſt. n. 5. Phil. Corn. n. 3. Alex. n. 10. Lud. Rom. n. 9. Franc. Aret. n. 3. verſ. quinto requiritur. Iaſ. num. 1. verſ. contrarium late tenet Baldus, Sichard. n. 9. Specul. tit. de inſtrument. edit. §. compendioſe, verſic: ſed quid de exoculatis; Ferd. Vaſq. illuſtr. quæſt. lib. 3 c. 103. nu. 10. Vigl. in §. cæcus, Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. nu. 3.* qui confirmant hanc ſuam expoſitionem ex ſequentibus cauſſis. Primo, quod omiſſio leuis ſolemnitatis non ſoleat diſpoſitionem vitiare, *l. 1. §. fin. ff. de ventr. inſpic.* Secundo, quod huius formæ ſubtilitas propterea excogitata ſit, ne aliquid falſi committatur. Porro, ſiue legata ante heredis inſtitutionem, ſiue poſtea ſcribantur, nihil quod ad hanc rationem attinet, intereſſe videtur. Tertio, quod tranſpoſitio verborum regulariter teſtamentum labefactare non ſoleat, *l. Gallus, §. 1. ff. de lib. & poſth. hered. inſtit. l. cum in teſtamento, §. 1. ff. de hered. inſtit. l. mortibus, §. prius, ff. de vulg. & puppill. ſubſt.* Quarto, quod quoties de interpretatione verborū eſt aliqua repugnantia, is ſermo excipiendus ſit, qui actum in tuto collocet, *l. quotiens, ff. de rebus dub. & l. quotiens, ff. de verb. oblig.*

In hac diſſidentium † conflictatione, exi- 10
ſtimo quidem vltimam ſententiam veriorem eſſe: ſed rationes Interpretum ſequi non poſſum, hunc enim ordinem formę loco præſcriptum fuiſſe conſtat ex *l. ambiguitates, infr. de teſtam. & § ante, Inſt. de legat.* Porro a forma præfinita non eſſe recedendum, & ſi illud faciamus nō valere, quę agimus, conſtat ex *l. prolatam, infr. de ſent. & interloc. omn. iud. c. cum dilecta, extr. de reſcrip. c. venerabili, de offic. delegat.*

Ceterum, cum Iuſtinianus ex † ſcrupulo- 11
ſa huius rei obſeruatione, multa incommoda oriri animaduerteret, maxime, q. vltimæ volūtates hoc modo ſæpe ſubuerterentur, per ſuam conſtitutionē *d. l. ambiguitatis, inf. de teſtam.* de qua etiam mentionem facit *in §. ante, Inſt. de legat.* hanc ſolemnitatem ſuſtulit. Et quamuis non deſint, qui vltimis rationibus propterea innitendū putant, quod cōſtitutio, de qua mentionem fecimus, generaliter concepta ſit, & hinc ad alios potius pertinere debeat, quam eum, qui luminibus captus ſit: tamen his minime adſtipulandum puto, quod abſurdum videatur, his rationibus plus tribuere, quam expreſſæ conſtitutioni ipſius Imperatoris. Illud concedo, has ipſas rationes etiam Imperatori hortamento eſſe potuiſſe, vt tanto propenſior eſſet ad hanc conſtitutionem promulgandam. Nam ſi hæ rationes ſolæ id impetrare potuiſſent, ſuperuacua fuiſſet hæc ipſa conſtitutio Iuſtiniani, qua ſignificat, ſeſe emendare, quæ ex tali vitio in vltimis voluntatibus occurrere ſolent, *d. §. ante, Inſt. de legat. & d. l. ambiguitates.* Non obſtat, quod, vt nonnulli inſtant, id adhuc ſpeciale ſit in teſtamento cæci, *vt hac noſtra lege*, quia illud plane negamus, cum ante conſtitutionem Iuſtiniani hoc in omnium teſtamentis obſeruandum fuerit. Et quamuis præſens conſtitutio eius mentionem faciat, non tamen inde inferri poteſt, quod hoc peculiare ſit in

Digitized by Google

teſtamento cœci, cum multa hac eadem lege commemorentur, quæ ſunt iuris cõmunis, vt dum requirit heredis nomen, nec nõ & reliqua palam enuntianda, item vncias deſignandas, vel partem hereditatis, item, quod teſtamentum fiat vno contextu.

12 His ita enucleatis ſupereſt quæſtio, †an, ſi parens in ipſa oculorũ orbitate, teſtamentum inter liberos faciat, hæc ſolemnitas adhibenda ſit, an non. Et Bald. *hic n.2. Ang. nu. 4. Caſt. in §. at cum humana, h.l nu.8. Salyc. nu.9. Corn. n.5. Alciat. n.4. Sichard. n.12 Decius n.38. Iaſ. nu.4. Alex. n.13. Ferd. Vaſq. lib.3. illuſtr. controuerſ. c.103. n.11. Vigl. Inſt. quib. non eſt permiſ. fac. teſt. § cæcus, n.3. Iul. Clar. lib.3. ſentent. §. teſtamentum, q.17. n.2.* vbi ait, hanc ſententiam magis cõmuniter receptam, Boer. *deciſ. 240. n.20.* Michael Graſ. *in theſ. com. op. n.* contendunt, hanc ſolemnitatem non eſſe neceſſariam, quod *l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, inſ. tit. prox.* item *l. fin. ſup. fam. erciſ.* ſtatuatur, teſtamenta parentum non eſſe reuocanda ad hanc diligentiam: quod deniq; inter huiuſmodi perſonas fraudis ſuſpicio ceſſet.

Diſſentiunt aũt Fulg. *n.2.* Lud. Rom. *n.11.* exiſtimantes §. *ex imperfecto*, intelligendũ eſſe ſecundũ regulam in principio legis propoſitam, quæ loquatur de teſtamẽto in ſcriptis, deinde, ꝙ hæc lex magis ſpecialis eſſe proponatur, habita ratione teſtantium parentum. Tertio, ꝙ illud ſatis innuat §. *cæcus, Inſt. quibus non eſt permiſſ. fac. teſtam.*

13 In hac diſceptatione non diſplicet †mihi conſideratio Decii *n.37.* Sichard. *n.12.* exiſtimantium intereſſe, an magna inter liberos in cauſſa inſtitutionis ſit inæqualitas, an minus: vt hic Baldi ſententia obtineat, illic vero Fulgoſii, quod propter minimam rẽ non videantur liberi aliquid falſi cõmiſſuri. Ob-

14 ſeruandum †præterea eſt, pro conciliatione non videri abſurdam interpretationẽ Iaſonis, qui exiſtimet, ꝙ cum circa teſtiũ numerum, nihil noui ſit conſtitutũ in perſona cœci, quam vt tabellio vltra ſolemnem numerum adhibeatur, vel ſi is reperiri in illis locis non poſſit, octauus teſtis: ita etiam cum in teſtamento inter liberos duo teſtes regulariter ſufficiant; ſatis eſſe, ſi tabellio hic adiungatur, interuenientibus aliis ſolemnitatibus hac lege propoſitis.

15 Altera moderatio, quam Doctores †in explicatione huius legis tradiderunt, eſt, ꝙ in teſtamento ad pias cauſſas nõ habeat locum noſtra definitio, *ita Ang. hic n.4. Alex n. 14. Dec. nu.38. Iaſ. n.4. Vaſq. illuſtr. quæſt. lib.3. c. 103. n.15. And. Tiraq. de priuil. piæ cauſſæ, cap.10.* Ratio excipiendi illa traditur, quod teſtamenta ad pias cauſſas non alligentur ſolemnitatibus iuris ciuilis, *c. relatum, de teſtam. de qua re diſſeruimus l.1. ſup. de ſacroſ. eccleſ.* Notandum tamen eſt, Angelum hic certã determinationẽ proponere in perſonis pauperum, vt priuati non tam facile ad tale beneficium pertineant, quemadmodum ſi eccleſiæ, vel aliis piis locis, aut pauperibus in genere quid relictum ſit. Ratio differentiæ eſt, quod huiuſmodi pauperes, ſi vnum aut alterum eſſe proponamus, facilius impelli poſſint ad aliquod ſcelus concipiendum, *l. qui accuſare, circa fin. & l. ſeq. ff. de accuſat. quæ alias incipit, nonnulli.*

His ita expoſitis offert†ſe rurſum alia quæ- 16
ſtio, quid iuris ſit in codicillis, an & ibi eadem obſeruatio intercedere debeat? quod confirmant Bald. *hic num.13. poſt Iac. de Butr. Ang. n.4. Corn. n.21. Alex n.12. Fulgoſ. n.6. Lud. Rom. n.8. Ferd. Vaſq. d. q.103 num.13.* cum id ſatis aperte hac noſtra lege caueri videatur in verba ſequentia: *Quæ & in eundem modum erunt obſeruanda, quamuis non heredes inſtituere, ſed & legata ſolum, vel fideicommiſſa, & in ſumma, quæ in codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda.*

Repugnant autem Caſtr. *hic n.7. Salyc. n. 5. Iaſ. nu.10.* in quam ſententiam videtur inclinare gloſſ. *in verb. codicillis.* Mouentur, quod abſurdum videatur in codicillis eandem ſolemnitatẽ requiri, quæ in teſtamentis: cum tantum periculi ibidem propoſitum non ſit, *Inſt. de codicill. in princ.* deinde auctoritate *l. final. infr. de codicill. §. in omni,* cum is, qui omne dicat, nihil excludere videatur, *cap. ſi Romanorum, diſtinct.19.* Vltimo, quod hoc inſinuare videantur verba noſtri textus codicillis congrua.

Prior opinio †meo iudicio ſequenda eſt. 17
Nec obſtat dictio *congrua*, cum intelligi debeat de aliis, quæ codicillis comprehenduntur, vt mortis cauſſa capionibus, ſubſtitutionibus fideicommiſſariis.

Properantibus nobis defungi huius legis enarratione, moram intulit §. *at cum humana, hac noſt. lege,* an ſcilicet, cum hic caueatur, teſtatorem poſſe loco nuncupationis voluntatem ſuam, ſiue teſtamenti, ſiue codicilli tenore compoſitam, cui velit, ſcribendam credere, vt in eodem loco poſtea conuocatis teſtibus, & tabellario; teſtibus, cuius cauſſa acceſſiti ſunt, admonitis, charta promatur, quam ſuſceptã tabellarius teſtatori

ſimul

Digitized by Google

ſimul & teſtibus recitet, vt vbi tenor cunctis innotuerit, elogium ipſe ſuum profiteatur agnoſcere, & ex animi ſui, quæ lecta ſunt, diſpoſuiſſe ſententia, illud generaliter intelligendum ſit, etiam in aliis teſtamentis: non adhibita diſtinctione, quæ mentis perturbatio interceſſerit, & an teſtator heredẽ proprio ore deſignauerit, an minus. Circa primam quæſtionem, excutiendum nobis eſt,
18 de † qua turbatione lex noſtra loquatur, nimirum illa, qua is conflictetur, qui vicina morte laborat, an quæ ex nuda mortis cogitatione naſci ſolet. Etenim Bald. *hic nu. 13. & ſeq. Ang. n. 5. Dec. n. 32. & ſeq.* textũ noſtrum accipiunt de eo, qui graui valetudine correptus ſit, & vt addit Angel. qui in ipſis mortis anguſtiis verſetur. At Caſtren. *in princ. d. §.* & Caſtrenſem ſecutus Alex. *n. 6. Iaſ. n. 10. verſic. qualiter principaliter, Salyc. nu. 5. Corn. n. 10. & ſeq. item gloſſ. in verb. at cum*, conſtituunt textum noſtrum generaliter intelligendũ eſſe, valeat teſtator, an ægrotet, quod ipſa teſtamenti confectio, & humanæ fragilitatis cogitatio, quod omnibus certiſſima lex mortis dicta ſit, memoriæ officia præſtringere, vel hebetare ſoleat. Quod & ipſum quoq; veri eſſe conſtituo, ita vt lex noſtra generaliter intelligi poſſit, nõ ſolum de his, qui ex ægritudine decumbunt, verum etiam qui ſani ſunt, modo tamen cõſtet tabellario vel ſcriptori hoc oneris iniunctum eſſe, vt vltimum elogium conſcriberet, vt recitando teſtatorem ad modum, quem intelleximus, per-
19 cunctari poſſet: vnde inferimus, non † valere interrogationem eius, qui cum hereditatem affectaret, vel ab alio ſubornatus eſſet, teſtatorem in diſcrimine vitæ conſtitutum, ſciſcitatur, an ſe, vel Titium, aut quemuis alium ab eo deſignatum heredem inſtituere, vel denique illud confirmare, quod ipſe priuata ſchedula cõplexus erat, velit: quamuis ipſe reſpondeat maxime, vel expreſſius ita, ſic, vel ſe velle, idque putamus defendi poſſe, *per l. Pamphilus, 39. § propoſitum, ff. de legat. 3.* quæ requirit, vt teſtandi initium incipiat ab ipſo teſtatore, quod ſcilicet accerſitis amicis contubernali ſuo Gaio dixerit, quod vellet ipſi relinquere prædia, quæ nominaſſet, eaq; dicta in teſtationem Gaium, Seium redegiſſe, etiam ipſo teſtatore interrogato, an ea dixiſſet: & reſponſo eius tali μάλιστα, id eſt, maxime, inſerto. Confirmat ipſius ſententiam §. in cuius explicatione verſamur; accedit textus *in l. iubemus, infr. de teſtam.* qui requirere videtur, vt heres, manu teſtatoris ſcribatur, vel ad minus proprio ore ipſius nuncupetur, *ita Caſtr. hic num. 1.* qui contendit hoc ſe de facto habuiſſe, *Alex. nu. 6. verſ. & hoc intellige. Philip. Corn. nu 12. idem Corn. conſ. 319. num. 13. vol. 1. Bertrand. conſ. 194. num. 3. vol. 3. Socin. Iunior conſ. 183. num. 32. volum. 2.* vbi profitetur, hãc opinionem magis communem eſſe. *Zaſ. conſ. 3 nu. 37. lib. 1. verſ. deinde ad hoc, poſt Bald. Lud. Rom. Imol. Anton. de Butr. & alios, Franciſc. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 6. num. 5. & 10. Cyn. in l. iubemus, infr. de teſtam. num. 5. Bald. num. 4. Ang. num. 4. Salyc. num. 4. Iaſ num. 12. in fin. Corneus conſ. 103. in fi. lib. 1. Romanus conſil. 316. Petr. Peckius in tractat. de teſtam. coniug. lib. 1. cap. 5. Iacobus Menoch. lib. 4. præſumt. 8. lib. 31.* vbi quatuor caſus perſequitur, quorum primus eſt ille, cuius mentionem fecimus, nimirum, ſi ipſe non habuerit animum teſtãdi, nec iuſſerit vocari notarium & teſtes. Secundus, ſi is, qui hereditatem affectat, teſtatorem interrogauerit: hos enim caſus, quos nos coniunximus, multis auctoribus in hãc ſententiam laudatis, ſeparat. Et ſane cogor fateri, pene omnes auctores, quos ſupra commemoraui, vim in eo conſtituere, quod is, qui ad ſucceſſionẽ adſpirabat, importuna percunctatione aſſenſum teſtatoris expreſſerit. Alios caſus apud eundem videre licebit; idque maxime procedit, ſi is mox, aut non multo poſt talem reſponſionem moriatur, *Mantica eodem loc. nu. 9.* Quæ cum ita ſe habeant, facile aſſequimur, multo minus illam declarationem probandam, qua interſcepta
† iam loquela, quis dicenti, ſi me heredem 20
eſſe velis, ſtringe manum meam, & manum ſtringat, aut ſi idem petenti capite annuat. Quamuis enim legata nutu capitis relinqui poſſint, *l. nutu, ff. de legat. 3.* tamen in ipſa inſtitutione id admittendum non eſt, ita Caſtrenſ. *hic num. 7. & 8. Ang. in l. diſcretis, hoc t. num. 1.* inferendo propterea non valuiſſe teſtamentum cuiuſdam Cardinalis Peruſini, in cuius perſona illud factum eſſet, idemq; defendunt eodem loc. Franc. Aret. *verſ. ſed Angelus hic, Alex. n. 6. Zaſ. conſ 3. vol. 1. num. 37. Boer. deciſ. 35. n... Didac. Couarr. c. cum tibi, de teſtam. n. 5.* Non puto tamen omnem interro-
gationem † rem in hac cauſſa cõſtituere, ſed 21
eam, quæ ſuſpecta eſt, vt in exemplis propoſitis. Nam ſi teſtator poſt interrogationem articulate loquens, voluntatem ſuam expreſſiſſet, illam tenere exiſtimant Corneus *conſil. 261. num. 24. vol. 4. Mantic. in loco allegato, num. 8.*

Lex, Furioſum,9.

Svmmaria.

1 *Cur furioſus nullum negotium contrahere, & per conſequens teſtari nequeat?*
2 *Quid obtineat in mente capto.*
3 *Quis furioſus eſſe intelligatur.*
4 *Illum dementem non intelligi, qui obtuſioris ingenii ſit.*
5 *Antiquitus controuerſum fuiſſe, an furioſus, qui dilucida interualla haberet, teſtamentũ facere poſſit in furoris intermiſſione, idque per Iuſtinianum hac conſtitutione ſublatum.*
9 *Etiam teſtamentum furioſi vno contextu cõfici debet, unde non valet, ſi partem condiderit, quamuis poſtea aliam partem adiiciat.*
7 *Prodigus quoque teſtamentum facere non poteſt.*
8 *Quando quis intelligatur teſtamentum feciſſe in furoris intermiſſione.*
6 *Coniectura ex quibus quid in furore actũ videatur.*
10 *An ſemel furioſus, ſemper furioſus eſſe cenſeatur?*
11 *Auctores qui id defendant, & argumenta.*
12 *Auctores contrariæ ſententiæ.*
13 *Diſtinctio, an ex ipſo actu apparere poſſit, illum ſanæ mentis fuiſſe, aut contra.*
14 *An teſtamentum recte conditum valeat? quamuis conſtet, aliquem furioſum fuiſſe, cum auctoribus, qui id defendant.*
15 *Contrariæ ſententiæ, auctores, & argumenta.*
16 *Mentis perturbatio per aliquot horas, aut dies contingens, non inducit hanc præſumtionem, vt in dubio intelligatur, quid in alienatione mentis feciſſe.*
17 *An is, qui homicidium commiſit, ſi poſtea furore corripiatur, vltimo ſupplicio nihilominus puniri poſſit?*
18 *Argumenta & auctores pro parte negatiua.*
19 *Defenſores contrariæ ſententiæ.*
20 *Prior ſententia confirmata, cum argumentorum contrariorum confutatione.*

1 CVm exſtincto iudicii lumine furioſus † nullum negotium recte cõtrahere poſſit, *l.1.ff.de reg.iur.* & teſtamentũ ab eo condi non poſſit, quia mentis integritate laboret, *l.2.ff.qui teſtam.fac.poſ.* facile intelligimus, furioſum quoque teſtari non poſſe, *l.qui in poteſtate, §.1.ff.de teſtam. §. item furioſi, Inſt.quib.*
2 *non eſt permiſſ.facere teſtam.* Quæ † dicta ſunt de furioſo, eadem quoque producenda putamus ad mente captum, *l.humanitatis, infr. de impub. & aliis ſubſt. l.ſi furioſi, ſupr. de nupt.* Quod & indicat §. *item furioſi, Inſt.quib. non eſt permiſſ.fac.teſtam.* Etenim Imperator rationem reddẽdo, quare furioſus teſtari nequeat, oſtendit, id propterea fieri, quod
3 mente careat: Furioſus autem † ille eſſe videtur, qui quodam impetu furoris concitatur, mente captus generaliter accipi poteſt, pro omni, qui mente deſtitutus ſit, ita, vt furioſi perſonam etiam complectatur: ſpecialiter vero pro eo, qui hoc beneficio caret: extrinſecus autem nullam rabiem, aut ſimilis concitationis ſpeciem oſtendit. Neque ad rem pertinere putamus, quod hoc loco obiicit Decius, etiam furioſum in conſpectu adumbratæ quietis aliquando verſari, *l.quod meo, §.ſi a furioſo, ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* cum ad denominationem alicuius rei non inſpiciamus, quid raro fiat, ſed quod plerumque, aut pro maiori parte, *l. quæritur, ff.de ſtatu hom. l.iura, ff.de legib.*

Quæ diximus de demente, † non tam 4
effuſe accipi conuenit, vt etiam eum illo pertinere exiſtimemus, qui obtuſioris ingenii ſit, quem parens alioquin eloquentiæ Romanæ Cicero *libro 3.Tuſculan.quæſtio.* inſanum vocat, in hæc verba: *Furore affectum dominum rerum ſuarum eſſe vetant duodecim tabulæ.* Itaque non eſt ſcriptum, ſi inſanus, ſed ſi furioſus eſſe incipit. Stultitiam enim cenſuerunt inſaniam, & ſanitate vacantem: poſſe tamen tueri mediocritatem officiorum, & vitæ communem cultum & vſitatum. Nam hunc poſſe teſtamentum condere, iam antea oſtendimus *in l.ſi frater, hoc tit. argum. eius legis, Iaſon hic numero 2. Decius numer. 8. poſt Angelum Aretin. Fabrum, & alios.*

Hinc illa diſceptatio, an, cum † multi fu- 5
rioſi ſint, qui dilucida interualla habeant, idem quoque in illis probandum ſit, ſi furore intermiſſo teſtamentum fecerint: hunc ſcrupulum apud veteres motum, & per anteriores Principes certa ratione ſopitum, Iuſtinianus hac lege in totum ſubmouen-
dum exiſtimauit, conſtituens, ita † demum 6
tale teſtamentum valere, ſi vno & eodem contextu ſit factum, & aliæ ſolemnitates, quæ debent, adhibitæ. Aliud igitur probandum, ſi, antequam totum teſtamentum abſolueret furore, re imperfecta correptus ſit, vt hac noſtra lege, item *l.ſi quis, 15. ff. qui teſtamentum facer.poſſ. l.fideicommiſſa, §. quotiens, ff. de legat.3.* Idem puto, ſi parte perfecta, res, furore interueniente, diſturbata ſit, & deinde intermiſſo furore, altera teſtamenti pars abſoluta, *argument. l.præcedentis hac conſultiſſima, & l.cum antiquitas, infr.de teſtam.* Porro, ſi totum, antequam ad hunc modũ impediatur, abſoluerit, ſuperueniens mentis alienatio efficere non poterit, vt, quæ iam vires ſuas habebãt, vitientur, vt hic: idem igitur obtinebit, ſi, antequã tali morbo vlla ratione corriperetur, teſtamentum

fecerit,

Digitized by Google

fecerit,& deinde inciderit in mentis aliena-
tionem, *l.is cui lege bonis interdictũ 8.ff.qui te-*
7 *ſtam.fac.poſſ.* Vnde colligimus, idem † pro-
bandum in teſtamento prodigi, qui & ipſe
illud poſt interdictionem facere nequeat:
tamen ſi interdictione vetuſtius ſit, valebit,
a prodigo autem ad furioſum, & cõtra recte
inferimus *l.furioſi 40.ff.de reg.iur. l.is cui bonis*
6.ff.de verb.oblig.l.1.& 2 ff.de curat.furioſ.

8 Sed ſatis impeditę eſt quæſtionis, † quan-
do intelligatur teſtamentum condidiſſe, in
furoris intermiſſione; & quidem ſi id per te-
ſtes probetur, reddentes ſcientiæ ſuæ con-
cludentem rationem, quod requirimus, *l.*
teſtium,ſup.de teſtib.& l.ſolam,eod.tit. ex cauſ-
ſis ibidem relatis, Bart. *in tract.de teſtib.n.94.*
Iaſon hic n.6.Caſt.n.3.Decius.n 28.Maſcard.de
probat.vol.2.concl.827. illud ſatis erit, Boer. *de-*
ciſ.23.n.88.Abbas in c.fin.extr.de ſucceſſ ab inte-
ſtat. Idem contra, ſi certũ eſt, & probari po-
teſt, illum eodem tempore furioſum fuiſſe,
9 idq; etiã per rationes iure cognitas. † Quid
enim ſi ponamus, illum nominis ſui nõ me-
miniſſe, *l.fin.infr. de hered.inſt.* quid ſi more
inſanorum aliena vel deridenda eo tẽpore
loquatur *l.ob quæ vitia 4.§ 1.ff.de ædilit.edict.*
aut ſi more furioſorum lapides ſine dele-
ctu proiiciat, *argum.l.2.C.de Iudæis, item l.Di-*
uus,ff de offic.præſid. vel ſi iubeat reliquias ſuas
in mare coniici, *l.cum quidam, ff de condit.in-*
ſtit. vel ſi liberos ſuos non agnoſcat, aut ma-
ter aliena ſit a complexu filii infantis, ſine vl-
la iuſta cauſſa contra naturales ſtimulos *l.a-*
miciſſimos 36.§.Lucius, ff.de excuſ.tut. de qui-
bus coniecturis copioſe tractat Franc.Man-
tic. *lib.2.de coniect.vlt.volunt.tit.5.num.10.&*
ſeq. Maſcard.concl.826. Alciat.reg.1.præſumt.
38.n.2.Mirant.in l.is poteſt, ff.de acq.vel amitt.
hered.nu.128. Obſeruandum tamen eſt, con-
trà has coniecturas probationem in contra-
rium admitti. Quid enim ſi nominis ſui ob-
litus ſit, tamen ſenſus vigeant, & aliorum re-
cordetur, quod de Meſſala memoriæ prodi-
derunt Plinius *lib.7.cap.24.* Solin. *cap.6.* quod
ego admitterẽ, ſi ex poſtfacto id rurſum non
accideret. Sciendum tamen eſt, non omnẽ
memoriæ infirmitatem, ad arguendam de-
mentiam alicuius ſufficere, cum etiam pru-
dentiſſimis hoc accidere poſſit, *vt ſupra legẽ*
proxima l.2. C.de veter.iur.enucl.§.at cum na-
tura,l.peregre,44.ff.de acquir.vel amit.poſſ.

Plane ſi dubium illud eſſe fingamus, hic
laborioſior erit ratio ex hac diſceptatione
10 emergendi. Sunt enim, † qui ſtatuant, ſemel
furioſum, etiam tempore conditi teſtamẽti
furioſum fuiſſe cenſeri, † *Ang.hic n.2. Caſt.n.* 11
3.Aret.circa fin. Alex.n.2. Salyc.num.2. Philip.
Corn.num.8.& 9.Iaſon num.3. Decius num.24.
Vigl.Inſt.quib.non eſt permiſſ.fac.teſtam.§.item
furioſi,num.7.Ang.Aret.ibidem in § præterea,n.
3.Alciat.præſumt.18.reg.2.num.1.Vrſillus in ad-
ditionib. Afflict.deciſ.365. num 3. Tiberius De-
cian.conſil.34.volum.3.num.31. Didac. Couarr.
in rubr.an conſenſ.ad matrim. neceſſ.ſit, num.6.
Franc.Mantic.lib.2.de coniect. vltim. volunt.
c.5.num.7. verſ.ſed tamen iſta concluſio, idque
defendunt arg. *c.fin. de ſucceſſ. ab inteſtat. vbi*
gloſſ. Panorm. Præpoſ. item quod huiuſmodi
animi paſſiones non facile exoleſcere ſo-
leant, *c.communiter, diſt.33.* de qua re copioſe
Nicol. Euerh. *in ſuis locis legalib. in loco a tem-*
pore ad tempus. Commendat deinde hanc
definitionem *l.Diuus 14.ff.de offic.præſid.* vbi
Imperator iubet Pręſidem explorare, quo
tempore facinus ab illo, qui dilucida furoris
interualla habebat, admiſſum eſſet, *item cap.*
indicas,3.q.9.

Non deſunt tamen alii auctores, † qui vi- 12
deantur ſtatuere, quod teſtamentũ potius
factum videatur eo tẽpore, quo inſania in-
termiſſionẽ habebat, quod in dubio ita fa-
ctum interpretari debeamus, vt potius va-
leat, quam pereat, *l.quotiens, ff. de rebus dub.*
itẽ quod in dubiis benigniora præferre de-
beamus *l.in ambiguis, ff. de reg.iur. Alex. in l.*
pretia rerum, in prin.ff.ad leg.Falcid. item mul-
ti alii auctores, quos commemorat Ioſeph.
Maſcard. *concl.825.nu.6.item Franc.Mant.de*
coniect.vlt.vol.lib.2.tit.5.n.8.

In hac opinionum repugnantia omnes
Doctores ſupra pro prima parte a nobis re-
lati, & plures alii, quos referunt Maſcard. &
Mant. item Michael Graſ. *in theſ.com.opin.q.*
21.n.1.Ferd.Vaſq.de ſucceſ.progreſ.§.1.nu 87. Ia-
cob. Menoch. *lib.6.præſumt.45. num 59. &*
66. diſtinctione hanc † controuerſiam com- 13
ponere conãtur, intereſſe, an ex ipſo actu il-
lud apparere poſſit. Si enim teſtamentũ ita
ſcriptum ſit, vt homini prudẽti & ſanæ men-
tis conueniat, iudicandum eſſe in ipſa inter-
miſſione dementię illud factum eſſe; quem-
admodum e diuerſo fatua diſpoſitio teſta-
toris ipſius inſaniam coarguit, *l. quidam 27.*
ff.de cond.inſtit l.his qui in ea 12.ff.de tutor.dat.
ab his, l.cum ſeruus 39.§.ſi vero Salluſtianos, ff.de
legat.1.l.ob quæ vitia, §.1.ff.de ædilit.edict.c.le-
gimus, diſtinct.39. Quo pertinet iudicium
centumuirale, de quo mentionem facit Va-
lerius Max. *lib.7.cap.8.* quod cum Tudita-
nus certæ & notæ inſaniæ, quippe qui popu-

lo nummos ſparſerit, & togam ſuam veluti Tragicam veſtem in foro traxerit, & cum maximo hominum riſu conſpectus fuerit, multa his conſentanea faciens, filiũ ſuũ heredem teſtamento inſtituiſſet, id Tiberius Longus ſanguine ꝓximus haſtę iudicio ſubuertere fruſtra conatus: magis enim eos ſpectaſſe quid ſcriptum eſſet in tabulis, quam quis ea ſcripſiſſet.

Quod vſq; adeo quidã producũt, *vt Roman.hic nu.6.10.And.c.fin.de ſucceſſ.ab inteſtat. Bald.in c.1.in prin.ext.per quos fiat inueſt.Caſtr. in l qui teſtamento,§.nec furioſo,ff.qui teſtam.facer.poſſ.Corn.conſ.216.n.15.vol.3.Zabarell.conſ. 56.colum.4.in medio, Ioſeph.Lud.deciſ.1.nu.13. part.1.* vbi hanc ſententiam eſſe veriorem, & magis communem pronuntiat, Th.Grammaticus *deciſ.73.n.36. Boer.deciſ.23.n.58. Michael Graſ. in theſaur. comm.opin. in verb.teſtamentum, q.21.n.4.* vbi id magis obtinuiſſe dicit Franc.Mantic.*de coniect.vlt.vol.lib.2.c.5. n.7.& 8.* qui etiam plures allegat, & cõfirmat exemplo ſẽtẽtiæ a quodam demente pro-
14 latæ, vt etiam † valeat teſtamentum, quamuis conſtet, eum plane furioſum fuiſſe. Sed ego hanc opinionem amplecti nõ poſſum, quod aperte refellatur *per c fin. de ſucc. ab inteſtat.* Nemo enim dixerit, vocem ab Archipreſbytero prolatam, cum laboraret in extremis, ſe propterea non poſſe teſtari: quia ſe & ſua monaſterio Bruſienſi obtuliſſet, vllum dementiæ ſignum præ ſe ferre, ſed eſſe conſentaneam viro & prudenti, & memori ſuæ promiſſionis, vel obligationis cõtractæ: ipſe tamen Põtifex iubet inquiri, an eo tempore præ freneſi mens alienata fuerit, quod ſane faciendum erat, ſi per furorem, ſublato iudicii lumine, æque hunc actum pietatem redolentem explicare potuiſſet. Accedit, ꝙ cum ſimpliciter furioſus teſtamentum facere prohibeatur, *§.item furioſi, Inſt.quib.non eſt permiſſ.fac.teſtam.* niſi dilucida interualla habeat, & eo tempore teſtamentum condiderit, *vt hac noſtra lege*, & exceptio confirmet regulam *l.quæſitum,§.denique,ff.de inſtr.& inſtrum.leg.Nouell.de non alien.rebus eccleſ.7.§.vt autem*, & nuſquam locus proferatur, quo illud in furore permiſſum ſit, quod ſine lege aliquid aſſerere non debeamus, *l.illam,ſupr. de collat.l.diſſentientis,ſup.de repudiis.* Confirmat hãc aſſertionẽ *l ſi frater,h.eod.tit.* & quæ tradita ibidem a nobis ſunt, non valere teſtamentum in pueris, quamuis prudentia, vel malitia in eis ætatem ſupplere poſſit. Quarto, quod non debeamus fraudibus viã aperire, contra *l.iubemus,inſ.de teſtam.* quod facile contingeret, ſi ſub huiuſmodi colore furioſus impelli poſſet ad hoc, vel illo modo teſtandum. † Et hanc ſententiam repudiata 15
opinione Ludouici Romani confirmant, Philip.Corn. *hic num.10.Dec.n.14.Iaſ.num.2. verſ.quarto limita, Alex.nu.3. verſ.puto in tanta varietate*, idemque videntur defendere Ang.*hic n.1.Caſt.num.3.Fulg.nu.2. Bald.nu.2.* quamuis hi duo etiã alia diſtinctione vtantur, *Bartol.in l.2.ff.de bon.poſſ.furioſ.infant.Iacob.Menoch.d.præſumt.45.lib.6.num.67.* vbi declarat ſententiam Caſtrenſis & Zabarellæ, Socin.Iun.*conſil.41.col fin.lib.1.Alciat.reg. 2.præſumt.c.18.n.1.Roder.Soar.alleg.1.num.18. & ſeq.Franc.Aret.in d.l.2.n.2. verſ.circa ſecundum articulum, Abbas in c.ſicut tenor, n.3. de regular.Did.Couar.de ſponſal. & matr.in 2.part.c. 2.num.8.* Qua in re animaduertendum eſt, multos pro cõtraria parte allegatos, vt Bald. Caſt. Cor. ſecum pugnare, vel potius, quod indiſtincte dixerant, declarare, vt etiam facit Nicol.Boer.*d.deciſ.23.num.86.& ſeq.* cuius auctoritati cum ceteri perperam innitantur, & confundant quæſtionem, vtrum habeat dilucida interualla, an non habeat, & inde inferant mentis ſanitatem, quod actus celebratus homini, cui mentis integritas conſtet, conueniat, animaduertere debuerant, hanc ipſam conſiderationem, quæ ab iiſdem cõſtituuntur (quod ſi is, qui furioſus aut demens reuera ſit, huiuſmodi teſtamentum fecerit, illud valere) plane cõuellere, cum duæ qualitates cõtrariæ, & plane pugnãtes in eodem ſubiecto eodem tempore eſſe nequeant, *Nic.Euerh. in ſuis locis legalib. in loco a contrariis & aduerſis, nu.10.& ſeq.l.hæc verba, ille aut ille, ff.de verb.ſign. l.ſi inter me & te, ff.de except.rei iud.l.3.§.ex contrario, ff.de acquir.vel amitt poſſ.*

Altera declaratio eſt, ſi quis † non diu- 16
turno tempore, ſed per aliquot horas, aut dies, vt in morbo contingere ſolet, freneſi laborarit, hunc enim non pertinere ad definitionem noſtram, vt in dubio adhuc freneſi laboraſſe intelligatur, recte oſtendunt Baldus *hic num.2. Decius numer.25. Menoch. libro 6.præſumt.35.num.69. Franciſcus Mantic. de coniectur.vltimar.volunt.lib.2.tit.5.numer. 7. Maſcardus d.concluſ.825.num.20.* quam opinionem recte confirmat textus *l.17.ff. qui teſtamen.facere poſſ.* per argumentum a contrario ſenſu. Lex enim ita concepta eſt. In aduerſa corporis valetudine mente captus, eo tempore teſtamentum facere non poteſt,

Digitized by Google

teſt, innuens quod ceſſante hac mentis perturbatione teſtandi facultatem habeat. Huc pertinet *l. pretia rerum, 63. ff. ad leg. Falcid.* pretium cuiuſque fundi, vel alterius rei non eſſe ex paucorum dierum æſtimatione definiendum, ſed longioris temporis. Huc non incommode deflecti poterit, quod & ira ſit furor breuis, *ſecundum notata in l. quidquid in calore, ff. de reg. iur.* quod quidem dici, etiam poſſit de alicuius iuſto & intolerabili dolore, *l. ſi adulterium cum inceſtu 38. §. Imperator, ff. ad l. Iul. de adult.* Porro nemo dixerit eos, qui in huiuſmodi perturbationes ſemel inciderint, poſtea ſemper in eadem cauſſa perſeuerare.

Pro coronide ſubiicimus quęſtionē hic
17 a Baldo *nu. 6.* agitatam, an, ſi quis homicidium † commiſerit, cum ſanæ mentis eſſet, & is poſtea furore corripiatur, ſupplicio afficiendus ſit. Et is id propterea procedere ne-
18 gat, quod furioſus ſemper abſentis † loco habeatur, *l. 2. §. furioſus, ff. de codicill.* & in abſentem tales pœnæ conſtitui nequeant. Poteſt & alia ratio conſiderari, quod per furorem ſatis puniri videatur, *l. diuus, ff. de offic. præſid.* & exacerbare pœnas ipſius non debeamus, qui ſatis affligatur: præterea quod illud non videatur eſſe iudicis priuati, ſed Princeps ſuper illa re conſuli debeat, *d. l. diuus, ff. de offic. præſid. facit, l. diui, 27. ff. de pœn.* Vltimo, quod cum pœna conſtituta ſit in emendationem hominum, *l. pœna 20 ff. de pœn. & l. operis, infr. eod. tit.* talem emendationem nobis promittere nō poſſimus, de eo, qui mente alienata, quid de ipſo ſtatuatur, non intelligit. Hanc Baldi ſententiam amplectuntur Alexan. *hic num. 4. Corn. num. 15. Philip. Dec. num. 31. Iaſon in l. patre furioſo, ff. de his, qui ſui vel al. iur. ſunt.* Et hanc opinionem magis communiter receptam eſſe, & ab eadem in iudicando non recedendum commemorat ipſe Iaſon *hic num. 10.* idemque etiam monet Lud. Rom. *nu. 8.* Sciendum ta-
19 men † eſt ipſum Romanum diſſentire, *vt etiam facit Iaſon hic nu. 8. Philip. Dec. in l. furioſi, 40. ff. de reg. iur.* cum opinione quam alibi ſecuti ſunt pugnantes. Mouentur auctoritate, *l. 1. ff. de pœn. in prin.* conditionem perſonæ poſt delictum perpetratū ſuperuenientem nihil mutare de qualitate pœnæ, quæ infligenda ſit. Secundo, quod illud videatur caueri, *d. l. diuus, ff. de offic. præſid.* Tertio, mouetur Iaſon auctoritate Bartoli, *in l. nunquam 31. §. ſi vi aut clam, ff. de vſucap. & præſcr.* per quam exiſtimet decidi quæſtionē theologorū, quod ſi quis cōmiſſo peccato mortali poſtea furioſus efficiatur, illum non euadere pœnas diuini numinis. Sed hæc argumenta meo iudicio † facile dilui poſſunt. 20
Quamuis enim *l. 1. ff. de pœn.* mutata ſit perſonæ conditio, tamen talis eſt, quæ puniri poſſit, & intelligere ob quam cauſſam pœna inferatur. Lex *diuus*, loquitur de eo, qui dilucida interualla habebat. Quod igitur is puniri videatur, ſi eo tempore quo ſanæ mētis erat matrem obtruncaſſet, non eo pertinet, vt in ipſa inſania capite plectatur, ſed in furoris intermiſſione. Furor enim, *vt Bal. & Corneus recte obſeruarunt*, nō tollit delicti pœnam ſed differt. Tertium argumentum parum vrgere deprehendetur, quod idem ſine ſpe ſalutis eueniat in moriente, in furioſo autem adhuc ſpes ſalutis eſt, cum menti reſtitui poſſit.

Porro, in mortuos atque cadauera iure ciuili non eſſe ſæuiendum etiam ipſe Iaſon argumentatur *in l. 2. hoc tit.* quamuis ibidem huiuſmodi ſententiam in totum non probauerim, prout & hic diſtinctionem adhibendam conſtituo, & id arbitrio iudicis relinquendum, ſecundum ea quæ memoriæ prodidit Hippolytus de Marſil. *in l. quæſtionis, num. 46. ff. de quæſtion.* vt is pro criminis atrocitate, & pro grauitate ſcandali ſtatuat, an in furioſum animaduertendum, quemadmodum in bruta fieri oſtendimus, *dicta leg. ſecunda, hoc titul.* an potius ſuperſedendum ſit, quod pro furoris qualitate facile decernere poterit, in dubio enim mitior ſententia ſemper amplectenda videtur, *l. præſes, & leg. ſi de interpretatione. ff. de pœn.*

Lex, Diſcretis, 10.

Svmmaria.

1 *Præſentis conſtitutionis ſummaria narratio.*

2 *Antiquitus mutum & ſurdum non potuiſſe teſtamentum condere, quamuis caſu in huiuſmodi calamitatem incidiſſet.*

3 *An mutus & ſurdus natura a Principe impetrare poſſit, vt teſtari queat, diuerſa Doctorum ſententia.*

4 *Diſtinctio auctoris.*

5 *Memorabilia quædam exempla mutorum & ſurdorum, qui omnia aut præcipua mentis cogitata perſcribere potuerint, aut per ſigna indubitata demonſtrare, & alios intelligere.*

6 *An miles mutus & ſurdus teſtamentum facere poſſit.*

7 *Intellectus §. quinimo Inſtit. de milit. teſtam.*

8 *An mutus & ſurdus natura ad pias cauſſas teſtari poſſit, pugnantes Doctorum ſententia.*

9 *Conciliatio auctoris in propoſita queſtione.*
10 *An ii qui a natiuitate vtrumque vitium contraxit, matrimonio iungi queat.*
11 *Interpretes qui illud negent & rationes.*
12 *Contrariæ ſententiæ aſſertores & fundamenta.*
13 *Requiſita quæ auctor neceſſaria eſſe putet.*
14 *Quæ dicta ſunt de matrimonio, eadem etiam intelligi poſſunt de profeſſione religionis.*
15 *An mutus & ſurdus donare poſſit.*
16 *An mutus & ſurdus nutu relinquere legata & fideicommiſſa queat.*
17 *Vtroque vitio natura laborantem non poſſe.*
18 *Quid ſi caſu vtramque facultatem amiſerit.*
19 *Sententia Baldi & ipſi ſubſcribentium quod poſſit.*
20 *Contraria ſententia Fulgoſii, Caſtr. Bart.*
21 *Argumenta pro hac vltima ſententia.*
22 *Intellectus l. nutu ff. de legat. 3.*

1 CVm homini ſanæ † mentis teſtamenti factio non facile adimenda ſit, *l. ex facto, 43 ff. de vulg. & pupil. ſubſtit.* & contra omnis cautela adhibenda videatur, ne inſidiis aut fraudibus quis ad alienas hereditates viã ſternere & munire poſſit, *l iubemus, infr. de teſtam.* vtraque ratione in conſilium adhibita, Iuſtinianus, mutis & ſurdis nõ indiſtincte, vt antea, *l. qui in poteſtate 6. §. 1. l. octaui, 9. §. fin. ff. vnde cognat.* ſed cum moderamine competente id permittendum vel denegandum duxit. Etenim diſcretis muto & ſurdo, quod non ſemper huiuſmodi vitia concurrerent, ſeparandam cauſſam eorum exiſtimauit, qui natura huiuſmodi vitiũ cõtraxiſſent, ab his, quibus grauior valetudo, vel alia perturbatio ex poſtfacto ſuperueniens, loquendi & audiẽdi vſum abſtuliſſet, poſſe enim hunc ſiquidem literarum peritus ſit, manu propria vltimam voluntatem conſcribere. Quod intelligo præſentibus ſeptem teſtibus ſubſcribentibus, & ſignãtibus, & interuenientibus omnibus ſolemnitatibus, de quibus in *l. hac conſultiſſima ſupra. de teſtam.* hactenus ſcilicet, quatenus per naturam intercedere poſſunt. Quod ſi vero infortunium ſeparatam cauſſam habeat, ita vt audire non queat, ſed loqui, vel contra, vt loqui non poſſet, voces tamen hominum recte perciperet, his caſibus teſtamenti factionem præcidendam non eſſe, ita tamen, vt in poſteriori mẽbro ſcriptura, quid ſentiat, declaret, nulla adhibita diſtinctione, an ipſa natiuitas, an vero calamitas, quæ eum ex poſtfacto oppreſſerit, loquendi, vel audiendi vſum abſtuliſſet.

Pro euidentiori explicatione huius noſtræ legis obſeruandũ eſt antiquitus nedum illum, cui natura vtramque facultatem inuidiſſet, ſed etiã cui inſperata caſus acerbitas, hoc vitium intuliſſet, imo qui ſolam † audiendi vel loquendi facultatem hoc modo amiſiſſet, non potuiſſe teſtamentum facere, 2
d. l. Octaui, §. fin. ff. vnde cognat. item l. ſi mutus, ff. qui teſt. facer. poſſ & d. l. qui in poteſtate, 7. §. fin. eodem tit. Porro a Principe impetrare ſolebãt † vt ſibi teſtamentum facere liceret, 3
d. l. ſi mutus, ff. qui teſtam fac. poſſ quod intelligimus ſi alterutro vitio dũtaxat diſtineretur, & vel ſermone, vel ſcriptura naturalis organi damnum ſarcire poſſet, ita accipiens dict. l. ſi mutus, quæ hæc vitia diſtinguit. Et quãuis Accurſ. *hic in verb. permittimus, item Alexan. num. 4. Cyn. num. 1. Salyc. num. 1. Dec. num. 5.* conſtituant mutum & ſurdum natum ex beneficio Principis teſtamentum facere poſſe, tamen diſſentiunt Corn. *hic n. 4. Iaſon nu. 1. verſ. tene etiam in hoc contrarium, Caſt in l. qui in poteſtate, ff. de teſtamen. num. 2. in fin. Cuman. ibi. in dictione ſurdus, Aret. numer. 2 gloſſ. in verb. ſurdus, item Viglius Inſtit. quibus non eſt permiſ. fac. teſtamen. §. item ſurdus, nu. 3.* quod ſcilicet mutus & ſurdus non poſſit Principi ſupplicare, & Princeps non ſoleat aliter teſtandi priuilegium concedere, quam ſi de voluntate teſtantis palam cõſtet, *§ plane. Inſtit. de teſtam. milit.* quodque geſticulationũ & ſignorũ ipſius muti & ſurdi non poſſit eſſe ſecura interpretatio, quod denique ipſe mutus & ſurdus non poſſit teſtes aduocare, legatarios ab heredibus, teſtamenta a codicillis diſtinguere.

In propoſita difficultate † conſtituo, 4
non adeo magni laboris aut ingenii eſſe diſſidentium ſententias compoſuiſſe, vt ſiquidem certa ſint ſigna, quibus mutus & ſurdus võlũtatem ſuam declaret, quamuis natura vtramque facultatem ademerit, obtineat ſentẽtia gloſſæ, Alexandri, & aliorum in hac noſtra lege. Quid enim ſi ſcripto, ꝙ ſuæ mentis ſit, aperiat, vt enim immenſa & incredibilis eſt vis humanæ naturæ, vt aliquando fieri videmus. Teſtatur † enim Ru- 5
dolphus Agric. *lib. 3. de inuent. cap fin.* ſe vidiſſe ſurdum a primis annis, & quod cõſequens eſt mutũ, qui didicerat, vt quæcunque ſcriberet aliquis, intelligere, & ipſe quoq; tanquam loqui ſciret, omnia mentis ſuæ cogitate perſcribere poſſet, de quo etiam mentionem facit Balduin. *Inſtit. quib. non eſt permiſ. fac. teſt. §. præterea, nu. 14.* In eandem ſententiam Ferd. Vaſq. *libr. 3. illuſtr. controuerſ. cap. 103.* commemorat ſe Pinciæ mutũ quendam vidiſſe, qui & ſcribere poſſet, & peccata ſua cõfiteri & chartis pictis ludere, & omnia

quæ

quæ a populo publice fiebant, non ſecus quam reliqui, intelligere. Licebit & aliud exemplum recenſere his oculis vſurpatum. Cum quidam iuuenis Hertzfeldia, non procul Wirceburgo oriūdus, ad ædes meas deflexiſſet, & vxori per vſitata ſigna indicare vellet, cuiuſdam conſiliarii, collegæ mei matrem, rebus humanis exemtam eſſe, & id ſe conſequi non poſſe animaduerteret, arripit ibidem expoſitum calamum & papyrum, & ſcripto, quid ſignificare voluiſſet complectitur. Huius rei rationem conſuetudini adſcribendam puto, quod cum aliis pueris in ſchola triuiali educatus, & literas bene pingere doctus, quorſum illæ pertinerent, certa ratione obſeruaſſet. Porro in eodem adoleſcente animaduerti, illum ex nutu & ſignis parentis facile quid ipſi iniungeretur, percepiſſe, & dicto etiam audientem fuiſſe: cōtra parentem, & omnes domeſticos illius voluntatem ex motu capitis, manus & corporis compoſitione facile deprehendiſſe. Si igitur ſtatuamus illum, qui hæc ſigna bene percipiat, ſupplicationem eius nomine conſcribere, & omnes naturæ defectus, ſecundum rei veritatem, complecti, ſimul etiam adiungere, ex quibus cauſſis & ſignis talem voluntatem muti & ſurdi eſſe collegerit, & Principem huiuſmodi narrationem ſecutum, tale beneficium indulſiſſe, non video quare illud in diſceptationem vocare velimus, ſi ponamus poſtea ſeptem teſtes adhibitos, qui ex vſitatis ſignis voluntatem teſtantis intelligere potuerint, & ita hanc repugnantiam conciliat Aret. *dicta lege qui in poteſtate, §. ſurdus & mutus, numero ſecundo, Ferdinandus Vaſquius controuerſ. libro tertio. cap. 103. num. 6.*

6 Secundum diſſolutionem † huius quæſtionis offert ſe alia eidem affinis & cognata iuris controuerſia, *an miles ſurdus & mutus ab ipſis cunabilis, teſtamentum facere poſſit?* Etenim §. *quinimo Inſtitut. de militar. teſtamen.* hoc præferre videtur in hæc verba, *quinimo & mutus & ſurdus miles teſtamentum facere poteſt:* & ita hunc §. exaudiunt Accurſius, *ibidem*, præterea Cyn. *hic numer. primo, Salyc. num. 1. Alexand. num. 3. qui in hoc allegat Bald. & Ang. in l. iure militari, ff. de teſtamen. milit. Corn. hic num. 5. Decius num. 7. Ferdinand. Vaſquius illuſt. quæſt. lib. 3. cap. 105.* Sed hanc interpretationem repudiant Iaſon *in d. §. quinimo, in addit. ad Portium & Mynſ. ibid num. 3. Ang. Aret. in §. item ſurdus, Inſt. quib. non eſt permiſ. fac. teſtam. num. 1. Raph. Cuman. in l. 1. qui in poteſtate, in verb. ſurdus, ff. qui teſtam. facere poſſunt*, qui auctores ſunt, eundem §. intelligendum eſſe de eo, qui mutus & ſurdus ſit ex cauſſa accidenti, quamuis ſcribere neſciat, modo ſignis voluntatem ſuam declaret *arg. l. Lucius 40. ff. de teſtam. milit.* Porro Viglius † *in d. §. quinimo num. 2. &* 7
3. confutat vtramque expoſitionem, & tandem *num. 4.* conſtituit §. *quinimo*, accipiendum eſſe de illo milite, qui correptus tali vitio ante cauſſariam miſſionē, adhuc in numeris manet, vt non ſolum iure communi, ſed etiam militari citra requiſitam ſolemnitatem teſtari poſſit, vt hoc differentiæ inter ipſius ſententiam & Iaſonis ſit, quod Iaſon putet mutum & ſurdum, poſtquam eundem huiuſmodi vitium inceſſerit, adhuc poſſe eſſe militem, Viglius autem ſtatuat, cum ex tali cauſſa dimittendum eſſe, cum neque ducis imperium, aut tubę vel claſſici ſignum audire poſſit. Sed ad tempus tamen tolerari ſolere, & interea conditum ab eo teſtamentum etiam iure militari valere. Conueniunt rurſum idem Viglius *ibidem numer. 5. Iaſon hic numero primo, Cuman. in dicta leg. qui in poteſtate, §. primo*, cum ſtatuant militem non poſſe teſtamentum facere, niſi in caſibus hac noſtra lege comprehenſis, exiſtimat enim Viglius, quod antea fuit priuilegii, id iam illis competere iure cōmuni. Iaſon aūt & Cuman. putant ius vetus, ꝙ militib. concedebat, vt ex declaratione ſignorum teſtamentum condere poſſent, per hanc conſtitutionem ſublatam eſſe. Expēdunt in hanc rem rationē huius legis, vt falſitas hoc modo euitari poſſit, deinde ꝙ lex indiſtincte concepta, ita quoque exaudiri debeat, & quod per conſequēs etiam milites complectatur, *l. in fraudem 45. §. fi. ff. de iure fiſci.*

In tanta opinionū diuerſitate conſtituo ſententiam Viglii probabiliorem eſſe, vt etiam militibus nihil aliud iuris ante delatum eſſe ſtatuamus, quam hac lege omnibus mutis & ſurdis conceſſum ſit. Etenim certum eſt §. *quinimo, Inſtitut. de teſtamen. milit.* non poſſe intelligi de eo, qui ex ipſa natiuitate huiuſmodi vitium contraxerit, cum abſurdum ſit illum militem adlegi, qui tali vitio ſuperueniente dimittendus eſſet, *dict. l. iure militari, 4. ff. de teſtam. mil.* Exaudimus itaque eundem §. de illo, qui ex ſuperueniēte caſus aduerſitate, vel altera, vel etiam vtraq; facultate priuatus ſit, vt is teſtamentū etiam iure militari conficere poſſit, quoad in numeris manebit, & tñ eandē volūtatem

Digitized by Google

ſcripto declaret, *vt hac noſtra lege, & l. milites, ſupra de teſtamen. milit.* nam vtrum ſigna admittenda ſint an non ſint, id nuſquam definitum deprehendimus, & ipſorum intereſt ne ex nimis facili interpretatione decipiantur, §. *plane, Inſti. de militar. teſtamen.* Neque obſtant illa, quæ ſupra de conceſſione Principis commemorauimus, cum multa ſpecialiter concedi poſſint, quæ generaliter nequeant, *l. 1 ff. de conſtit. prin.*

Hæc conſideratio etiam aliam quæſtionem dirimere poteſt, an is qui a primis an-
8 nis † mutus & ſurdus fuit, poſſit teſtari ad pias cauſſas. Non poſſe conſtituunt Iaſon, *hic nu. 1. verſ. tene contrarium Lud. Roman. nu. 3. Corneus num. 7. Bald. in l. 1. ſupra. de ſacroſan. eccleſ. verſ. quæro vtrum furioſus, Franciſ. Aret. in l. qui in poteſtate, §. fin. num. 2. verſ. & ideo dicit Baldus.* Diſſentiunt autem Baldus *hic num. 1.* ſibi contrarius, *Alex. numer. 4. Decius num. 12. Panorm. in rub. de teſtam. col. 4. And. Tiraquel. de priuil. piæ cauſſæ priuil. 9. Ferdinan. Vaſq. d. q. 103. nu. 7.*

9 Pro conciliatione † pugnātium ſententiarum repeti hic poterunt, quæ ſuperius complexi ſumus, vt ſi per ſcripturā vel certa & indubitata ſigna, de ipſius mente apparere poſſit, huiuſmodi teſtamentum valeat, quod, *vt admonui in l. 1. ſupra de ſacroſanct. eccleſ.* circa piam cauſſam non ſpectemus ſolemnitates iuris ciuilis, *c. relatum. de teſtamen.* & quod etiam matrimonium a muto & ſurdo per conuenientia ſigna contrahi poſſit, *c. cum apud ſedem 23. & c. tua 25. de ſponſ.*

10 Pro cuius rei euidentiori † enucleatione reuoco in diſceptationē, an is, qui a natiuitate vtrumque vitium contraxit, matri-
11 monio iungi poſſit. Etenim † Bald. *hic nu. 1. Corn. num. 2. Fulgoſ. num. 1. Iaſon. num. 2. & 8.* negant illud eum facere poſſe, Panormit. quoque *in d. c. cum apud ſedem, num. 6.* idem confirmat, quamuis ex ſententia Hoſtienſis Pōtificem conſulendū putet, idem quoque defendunt Bald. & Ang. *in l. ex facto, in prin. ſupr. de vulgar. & pupil. ſubſtit.* Nituntur autem hac ratione, quod cū matrimonium ſit res ſpiritualis, indiuiduam totius vitæ obligationem continens, mutus & ſurdus hæc
12 intelligere nequeant. Diſſentiunt † tamen Corn. *hic num. 8. Prapoſ. Alex. in c. cum apud ſedem, de ſponſalib. Paul. Pariſ. conſ. 63. num. 7. vol. 4.* vbi hanc ſententiam communem renuntiat, *Didac. Couar. in ſua epitom. de matrimon. part. 2. cap. 2. numer. 11.* & hæc ſententia quoque verior videtur, quod illam confirment *c. cum apud ſedē, 23. & cap. tua 25. de ſponſal.* quę loquūtur de his qui vtroque vitio laborent. Sed tamen poſſet dici hæc iuris capita accipienda eſſe de muto & ſurdo, qui ex poſtfacto in hanc calamitatem incidiſſet, in ipſius enim pſona ceſſare difficultates, quas ſupra propoſuimus. Sed vix eſt, vt talem reſtrictionem admittant, cum de ſignis, quib. conſenſum demonſtrent, mentionem faciant. Itaque hic repeti poterūt illa, quæ ſupra † propoſuimus in perſona ipſius, qui a 13
Principe teſtandi facultatem impetrauit, vt ſi ſcribere poſſit, ad ſigna voluntatis ſuæ indubitata notentur, vt tunc matrimonium valeat, *ita Pariſ. d. conſ. 63. num. 7. poſt Præpoſitum, Angelum, & Abbatem ab illo allegatos,* nam etiam iure noſtro muti non prohibentur ad coniugium aſpirare, vt apparet ex *l. mutus, 73. ff. de iure dot. item l. ex facto 43. ff. de vulgar. & pup. ſubſtit.* Neque ad rem pertinet, quod hi textus intelligi poſſint de eo, qui mutus duntaxat ſit. Reſpondeo enim ex auctoritate noſtræ legis, id rarius accidere, & hæc vitia plerunque inter ſe cohærere, deinde, quod id coarguat impetrata ſubſtituendi facultas. Etenim Imperatores indulgere non ſolent, vt ei, quis ſubſtituat, qui mentem ſuam declarare poſſit, ſed potius id concedere ipſi muto, *l. ſi mutus, ff. qui teſtam. facere poſſ.*

Quæ dicta ſunt † de matrimonio, eadem 14
accipi poſſunt de profeſſione religionis, *Angel. hic num. 2. Ludouicus num. 2.* qui tamen ait profeſſionem tenere, ſed non oblationem bonorum, *Bald. Ang. Fulgoſ. Iaſon in locis ſupra allegatis*, dum vtramque quæſtionem commiſcent, ſed & ibi eadē aut maior cautela adhibenda videtur, poſſint itaque anni profeſſionis cauſſa maioris experiētiæ prorogari.

Quibus ita digeſtis † quæſtionis eſt, an 15
infectus vtraque labe, donandi facultatem habeat, & lex quidem, *qui id 33. ff. de donat.* §. *1.* hoc concedere videtur, dum ait, *mutus & ſurdus donare non prohibentur.* Ceterum gloſ. ibid. *in verb. prohibentur*, quam ſequuntur Caſtr. Bart. Iohan. ab Imol. item Alexand. *hic num. 8. Ludouic. Roman. num. 3. Corn. nu. 2. Iaſon. ante num. 3.* conſtituunt, eundem textum intelligendum eſſe de illo, cui caſus ſuperueniens vtramque facultatem ademerit, idque argum. noſtri textus, qui etiam mortis cauſſa donationem denegare videatur: niſi hæc vitia diſcreta ſint, vt vel loquendo, vel ſcribendo animi ſui ſenſum aperire

poſſit,

Digitized by Google

poſſit. Et quamuis hæc interpretatio ſatis probabilis videatur, quam eodem loci etiam amplectitur Godofred. tamen verborum cóceptio indiſtinċte prolata huiuſmodi interpretationem ægre cócedit, cum facilius aliquando admittatur donatio inter viuos, quam ea, quæ mortis cauſſa explicetur, *l. filiusfamilias, 7. §. ſed enim, ff. eod. titul.* Tentari itaque poſſet, ita demum communem ſententiam locum habere, ſi illi curator datus eſſet, *vt §. 1. Inſtit. de curat. l. Fulcinius §. adeo. ff. ex quib. cauſ. in poſſeſſ. eatur, l. dabimus, ff. de bon. auct. iud. vend.* qua in re ſi quis plura deſideret, is adire poterit noſtra commentaria, *de præſcript. part. 3. capit. ſecundo, numer, 94.*

His ita expoſitis quæro, *an mutus & ſurdus, nutu codicillos facere, vel legata & fideicom-*
16 *miſſa* † *relinquere poſſit?* Et quidem ſi vtro-
17 que † vitio laboret, non poſſe eundem hoc modo legata relinquere inter omnes conuenit. Quod ſi vero antea ſanæ mentis fuiſſet, & inopinato caſu audiendi & loquendi
18 vſum amiſiſſet, tunc eum non † prohiberi codicillos facere & legata vel fideicommiſ-
19 ſa nutu explicare, † conſtituit Bald. *hic nu. 2. arg. l. nutu, 21. ff. de legat. 3. Iohan. ab Imol. in l. ſi mutus. ff. de teſtam. Franc. Aret. ibid. quam legit ſub lege, qui in poteſtate, numer. 2. verſ. ſuper quo Bartolus dixit, Iacob. Cuiacius ibid. Corneus*
20 *hic num. 9 & ſequen. Iaſon num 7.* † Ceterum diſſentiunt Fulgoſ. *hic num. 2 Paul. Caſtrenſ. in d. l. qui in poteſtate, §. 1. ff. qui teſtam. facere poſſ. Bart. in l. nutu, ff de legat. 3. in prin. Iaſon in l. ſi quis pro emtore, ff. de vſurpat. & vſucap. numer. 175. Iacob. Menoch. conſ. 45. libr. 1. nu. 43. Grammat. deciſ. 73. nu. 5. D. lect. de art. teſtand. tit. de hered. inſti. caut. 2. Guil. Benedict. in c. Raynutius in verb. in extremis poſitus, num. 27.* Et
21 hæc † poſterior ſententia meo iudicio verior eſt. Primo, quod nedum is, qui vtroque vitio affectus ſit, ſed etiam, qui alterutro dúntaxat laborabat, teſtamentú facere non potuerit, *l. Octaui, §. fin. ff. vnde cognati, item d. l. qui in poteſtate, 6. §. ſi. ff. qui teſtam. facer. poſſ. l. l. ſi mutus eod. tit.* vbi illud a Principe impetrandum fuit. Secundo, quod regula ſit generalis, eum legare & fideicommittere non poſſe, qui teſtari nequeat, *l. 2 ff. de legat. 1.* nutu autem neminem teſtari poſſe extra cótrouerſiam eſt, *l. iubemus, infr. de teſtam.* Nam etſi quis ad interrogationem alicuius, an ſe heredem inſtituere vellet, reſponderit velle, huiuſmodi inſtitutio ſatis periculoſa cenſebitur, ſecundum ea quæ perſecuti ſumus *in l. hac conſultiſſima, ſupr. hoc tit.* Tertio, quod ex præſenti noſtra lege edoceamur, non aliter ipſum, quem caſu eiuſmodi vitium inuaſerit, teſtari, codicillos cóponere, donationes cauſſa mortis facere, vel etiam quod plus eſt, libertates relinquere, quá ſi loquédo aut ſcribendo voluntaté ſuam declarauerit. Nec obſtare putamus † *l. nutu*, ſæpius 22
a nobis allegatam, quæ ita cócepta eſt. *Nutu etiam relinquitur fideicommiſſum, dum is nutu relinquat, qui loqui poteſt, niſi ſuperueniens morbus ipſi impedimento ſit.* Etenim poſſem vna cum Alphano *in addit. ad Bart. in dict. l. nutu* contédere eandem legem eſſe correctam, per præſenté, qui addit ex auctoritate Pontani quem allegat, id Doctores cómuniter ſentire, vel contra liceret cum Cuiacio *in l. 6. §. 1. ff. qui teſtam facere poſſ. item Dionyſ. Godefred. in ſuis Gloſſ. ad legem nutu*, nobis profiteri, hæc verba, *niſi ſuperueniens morbus impedimento ſit*, eſſe adiecta a Triboniano ex noſtra cóſtitutione. Sed quia vtrumque nobis religio eſt facere, quod verba noſtræ legis aperte Cuiacii aſſertionem refellant, ꝙ denique, quamuis correctio legum locum in his non habeat, quæ diſtinctionis fœdere conciliari poſſunt, ſtatuo Bartoli interpretationem præferédam eſſe, qui putat intereſſe, an quis morbo temporali, an vero perpetuo vitio laboret, vt hic locum habeat definitio noſtræ legis, illic autem procedat *d. l. nutu*, quod extra controuerſiam eſſe proponimus, ſi conſtet teſtatorem iuſſiſſe, vt quis, quæ ſuæ voluntatis erant, ſcripto complecteretur, & poſtea ad ſe referret, & interea temporis ex ſuperueniéte morbo loquela defecerit. Quod ſi vero vltro percunctanti capite annuat, quid tunc iuris ſit *in d. l. iubemus, infra. de teſtam.* commodius diſſeremus. Porro, ſi Princeps hoc concesſiſſet vel ſigna eſſent indubitata, hic idem quod in teſtamento repetendum cenſerem.

Lex, Nemo, 11.

SVMMARIA.

1 *An filiusfamilias de his bonis teſtari poſſit, in quibus pater nullum vſumfructum habet.*
2 *Interpretes qui id defendant cum argumentis.*
3 *Contraria ſententia propugnatores cum ſuis argumentis.*
4 *Argumentum a contrario ſenſu leges abrogare non ſolet.*
5 *Quo conſilio hac lex a Iuſtiniano promulgata videatur.*

Digitized by Google

6 *Ratio differentiæ, quod filius ſuperſtes bona alienare poſſit, & tamen teſtamentum de his condere nequeat.*

7 *Comparatio filiifamilias in huiuſmodi peculio, cum milite, quomodo procedat.*

8 *Notata negligentia noſtrorum doctorũ, qui negent Francigenas filios ſuos in poteſtate habere, &c.*

CVm ſupra *l. ſenium §. fin.* intellexerimus, filiumfamilias teſtandi ius non habere, melius & accuratius explicanda videtur illa
1 quæſtio, an filiusfamilias † in his bonis, in quibus pater nullum vſumfructum habet,
2 hoc ius exercere poſſit. Et ſunt † qui illud defendant, *vt Philip. Dec. hac noſtra lege, nu. 2. & ſeq. Andr. Sicul. in rub. de teſtam. Wurmſer. lib. 1. pract. forenſ. tit. 39. obſer. 16. num. 5.* qui pro confirmatione huius ſuę opinionis non vulgaria argumenta in medium adducunt. Primo, *§. filiis, l. fin. infra. de bon. quæ lib.* in hæc verba, *Filiis autem familias, in his duntaxat caſibus, in quibus vſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, donec parentes viuunt, nec de iiſdem rebus teſtari permittimus.* Secundo auth. *vt liceat matri & auiæ, in fine principii,* vbi traditur, quod de his rebus poſſint diſponere, vt velint. Tertio, vrgere videtur, *l. Imperator 50. ff. ad SC. Trebell.* vbi filius familias in his bonis militi comparatur. Quarto mouet, *l. cum multa, infr. de bon. quæ lib.* vbi Imperator conſtituit, filiumfamilias ea, quæ ex Imperiali largitate conſecutus ſit, habere illibata, ita vt ad ſimilitudinẽ caſtrẽſis peculii omnem facultatẽ in illis habeat. Quinto huc transferri poteſt, *§. quoniã infirmus, verſ. diſponat, & verſ. ſiue etiam inteſtati decedant, Nouell. de nupt.* Sed tamen hic contrariis argumentis nulla ratione tantum eſſe deferendum exiſtimauimus, quin ſententiam gloſſæ hic *in*
3 *verb. promulgauimus, & in verb. antiqua,* † item *Godefred. in ſuis gloſſ. Cyn. hic num. 1. Fulg. nu. 2. Ang. in ſuo ſummario Caſt. num. 2. Iaſon. nu. 1. & 2.* vbi illam communem eſſe teſtatur, vt & alibi oſtendimus, potiorem eſſe ducamus. Etenim cum ipſe Imperator animaduerteret, ex conſtitutione ſua, (*cum oportet, item l. fin. eod. titul. rurſum l. fin. ſupr. de collat.* quæ duæ poſteriores pertinent ad ſupplendam legem priorem) aliquid difficultatis emerſiſſe in cauſſa teſtandi, eandem, promulgata noua conſtitutione, tollendam eſſe exiſtimauit, & aperte definiendum, an de iure veteri quid immutaſſet, idque coarguunt verba noſtri textus, dum ait, *lex antiqua per omnia conſeruetur.* Conſtat autem ex *l. ſenium, h. t. § fin. item l. qui in poteſtate 6. ff. de teſtam.* filiumfamilias generaliter non potuiſſe teſtamentum facere. Deinde illud euincere videntur ſequentia legis verba, dum ait, *exceptis quibuſdam caſibus,* nulli autem alii excepti deprehenduntur quam caſtrenſis aut quaſi caſtrenſis peculii, *l. 1. §. filii ff. ad SC. Trebell. l. filiusfamilias, 114 ff. de legat. 1. l. 4. & l. 11. ff. de caſtr. pecul.* Exceptio autem regulam ſecuriorem reddere ſolet, *Nouell de reb. eccleſ. non alien. §. vt autem, Nicol. Euerh. in ſuis locis legalib. in loco ab except. ad regul.* Præterea hoc innuunt hæc conſtitutionis verba, quæ filiisfamiliarum teſtamentum facere, nullo modo concedit, quaſi Imperator ſignificare velit, illos duntaxat teſtandi ius habere, quibus id nominatim tributum ſit. Quæ res quam interpretationem recipiat, *l. 1. infr. de hered. inſtit.* perſequimur. Porro nulla lex profertur, quæ filiofamilias hoc indulgeat, in his bonis, in quibus pater nullum vſumfructum habeat. Ceterũ & vltima legis noſtræ verba ad confirmationẽ huius ſententiæ pertinent, dum ait, *in his perſonis, quæ huiuſmodi facultatem habere iam conceſſa ſunt.* Vnde Fulgoſius infert teſtamenti factionem eſſe iuris ciuilis, & illas perſonas duntaxat ad hoc beneficium pertinere, quibus leges noſtræ hanc poteſtatem diſerte fecerint, ſed de hac quæſtione alibi, vt ante admonui. Quinto, huic noſtræ enuntiationi non vulgare pondus adiiciet illa conſideratio, quod ad minuendam aut mutãdam teſtandi cauſſam parum momẽti faciat, quod vſusfructus rei, de quo quis diſponat, apud alium ſit, vel non ſit, cum appareat ex definitione, *l. quanquam h. t. item l. 1. & 2. ſupr. com. diuid. l. 5. §. 1. & 2 ff. de legat. 1. l. illud 46. ff. de ritu nupt.* ꝙ quis non prohibeatur de proprietate rei per contractum vel teſtamentum, vel alia ratione diſponere, quamuis alius vſumfructum habeat, aut res cum eo cõmunis ſit. Quod enim iuris eſt in toto, idẽ quoque amplectimur in parte, niſi diuerſitas rationis repugnet, *l. quæ de toto, ff. de rei vindic.* Nec ad rem pertinere videtur, quod pater in his bonis adminiſtrator videatur, *l. cum oportet, & l. non ſolum, infra. de bon. quæ lib.* nam & minor viginti quinque annis non prohibetur teſtamentum facere, quamuis curatorem habeat, *l. Aurelio, §. Gaius, ff. de liberat. legat.* vnde cum filiusfamilias de proprietate illarum rerũ, in quibus pater vſumfructum habet, teſtari nequeat, conſequens quoque videtur, vt idem iuris ſit, ſi proprietem vna cum vſufructu habeat, *ita glo. in authen. vt licet matri & auiæ, in prin. item Ludou.*

Rom.

Roman. Alexand. & Iaſon in hac noſtra lege. Sexto, quod hanc ſententiam illa abſurditas conſequeretur, quod quis pro parte teſtatus & inteſtatus decederet, cõtra *l. ius noſtrum, ff. de regul. iur.* Septimo nitetur hæc inſpectio auctoritate maiori, ſi obſeruemus, *l. final. hoc titul.* Iuſtinianum etiam in quaſi caſtrenſi peculio hanc facultatem reſtrinxiſſe, quod ſcilicet eorum deſideria adiuuanda non videbantur, ſi ex hac cauſſa parentes, quibus omnia debeant, ſuis facultatibus teſtando fraudare velint, de qua re latius diſſeruimus, *in l. ſenium, §. fin. hoc tit.* Vltimo confirmat hanc ſententiam, quod ſi Iuſtinianus voluiſſet filios familiarum etiam hac prærogatiua donare, quod illud diſerte cõprehenſurus videatur fuiſſe, vt ſaltẽ omnem ambiguitatem tolleret, vt factum videmus, *l. fin. ſupr. de collat.*

Quibus fundamentis iactis, non erit magnæ difficultatis, illa argumentorum præſidia, quæ a parte aduerſa accerſita videntur
4 repuliſſe. Nam quod primo loco ſe offert ex ea conſideratione † retundi poterit, quod argumentum a contrario ſenſu, ea quæ alibi diſerte diſpoſita ſunt, abrogare non ſoleat, *l. de quibus, ff. de legibus, l. is qui reus, ff. de publ. iud.* ſi vtrobique finẽ cum principio legum conferamus, *l. 2. infr. de cond. inſert. c. a nobis, de ſenten. excom. vbi Panom. & Felyn. Nicolaus Euerhard. in ſuis locis legalibus, in loco a contrario ſenſu, num. 8.* Deinde liceret nobis dicere vna cum Accurſio hic *in verb. promulgauimus*, quam paſſim Doctores ſequuntur, *vt etiam Donell. in l. 3. ſupr. hoc tit. num. 7.* Imperatorem, vt hanc cauillationem ex *d. l. fin.* na-
5 ſcentem tolleret, hanc † legem promulgaſſe, quod tanto certius affirmare poſſemus, ſi eidem legi diem & conſules adieciſſet, quemadmodum fecit *in l. cum oportet*, quæ ſane maturius lata eſt, quam præſens conſtitutio cum edita ſit *3. Calend. Nouemb. Anno 529.* Decio viro clariſſimo conſule: hæc autem conſtitutio edita eſt *Calend. Octob. Anno 530.* Lampadio & Oreſte Coſſ. & indubitatum eſt *l. cum multa, infr. de bon. quæ lib.* longe ante publicatam fuiſſe. An autem idem dicendum ſit *de l. fin.* quæ proxime ſequitur, cum hac deſignatione careat, ego aliis æſtimandum relinquo. Secundum argumen-
6 tum refellemus † ſi ſtatuamus intereſſe inter diſpoſitionem viuentis, & teſtamenti, *l. filiusfamilias 7. §. primo, ff. de donat.* Etenim veriſimile videtur filium ea, quæ ex proſpera fortuna, vel alia ratione nactus ſit, vt patri nullum vſumfructum debeat, non adeo facile in fraudem parentis inter viuos alienaturum, quod hoc modo ſe ipſum fraudare poſſet, quemadmodum faceret, ſi ipſi teſtamenti factio conceſſa eſſet, vt bona ſua in extraneum inuito parente conferre poſſet, vnde etiam infertur per hęc verba generalia ſpeciali diſpoſitioni, *l. qui in poteſtate, ff. de teſtam.* derogatum non eſſe. Tertio loco excitatum † obicem facile ſubmouebimus, ſi 7
teneamus filiumfamilias in caſu propoſito cõparari militi, vt cum poſſeſſoribus veluti paterfamilias experiri poſſit, non autem teſtari in paternum præiudicium, quod inde apparere poteſt, quod egẽti patri ex acceſſionibus hereditatis emolumẽtum præſtare debeat. Accedit, quod ex *l. fi. h. t.* edoceamur, illos duntaxat ad tale beneficium pertinere, qui ſunt enumerati *in l. fin. ſupr. de inoffic. teſtam.* Quod ad quartum & quintum argumentum attinet Alex. *hic num. 4. & 6. item Iaſon nu. 4. ſeq.* contendunt ibidem relatos caſus ſingulari iure receptos eſſe ex rationibus, quę vtrobique a Iuſtiniano commemorantur.

His ita expoſitis ſtatuo, plane reiiciendam illam legis noſtræ fallentiam, vt vocãt,
quod † filii Francigenarum filios ſuos in po- 8
teſtate non habeãt, & propterea teſtari poſſint, vt comminiſcitur hoc loco Lud. Rom. *nu. 4.* & Alex. temere ſecuti Gloſſam & Baldum, quemadmodum æque inconſiderate Alexand. ſubſcribũt Corn. *hic. n. 5. Iaſon nu. 4.* id enim a veritate alienum eſſe oſtendimus ſupra, *in l. ſenium, §. fi. h. tit.*

Lex, Final.

SVMMARIA.

1. *Differentia inter Caſtrenſe peculium, & quaſi caſtrenſe, ſi de teſtamenti ſolemnitate tractetur.*
2. *Milites citra expeditionum ſolemnitatem domi agentes, etiam teſtamentum ſolemne deberẽ facere.*
3. *An teſtamenta militum hodie querelæ ſubiaceant.*
4. *An filiusfamilias clericus teſtari poſſit.*
5. *An clericus ſine diſtinctione de omnibus bonis, nedum eccleſiaſticis, ſed etiam patrimonialibus per teſtamentum diſponere poſſit.*
6. *Auctores qui illud aſſerant.*
7. *Interpretatio Salyceti quam auctor amplectitur, id in bonis eccleſiaſticis probandum, non autem patrimonialibus.*

QVamuis filiusfamilias miles nedum teſtandi ius habeat, ſed etiã quoquo modo velit de caſtrenſi † peculio teſtamentum 1
componere queat, eo ſcil. tempore, quo in expeditione verſatur, *l. 1. ff. de teſta. mil. l. pen.*

KKk

ſupra eod. tit. adeo vt huiſmodi teſtamẽtum per inofficioſi querelam expugnari non potuerit, *l. fin. ſupr. de inoff. teſtamen.* tamen non eadẽ prærogatiua his conceſſa eſt, qui quaſi caſtrenſe peculium habent, vt ſunt proconſules, pfecti legionũ, præſides prouinciarũ, & omnib generaliter, qui in diuerſis dignitatib vel adminiſtrationibus poſiti, a manu Imperatoria, vel ex publicis ſalariis, quaſdã largitates conſequuntur: quib. adiiciuntur patroni cauſſarum, agentes in reb. magiſtri ſtudiorum liberaliũ, archiatri publici, & omnes omnino qui ſalaria percipiũt publica, qui recẽſentur *in l. fi. ſupr. de inoff. teſt.* Etenim hoc priuilegii habent, vt de quaſi caſtrenſi peculio teſtari poſſint, itẽ q inofficioſi querela, quæ ab illis diſpoſita ſunt non labefactet, *vt hic & l. fi. ſupr. de inoff. teſtam.* ſed coguntur omnes ſolemnitates adhibere, quæ aliis præſcriptæ ſunt, *l. hac conſultiſſima, infr. de teſtam. & paſſim tot. tit.* Nec alienũ videri il-
2 lud debet, cum etiam milites † citra expeditionum neceſſitatẽ domi agentes, id facere compellantur, *l. pen. ſupr. de teſtam. mil. Inſt. in prin. eod. tit.* Sed quæſtionis eſt, *an, quæ dicta*
3 *ſunt de querela † inofficioſi teſtamenti nunc temporis emendata ſint, per nouellam conſtitutionem Iuſtiniani, vt cũ de appellatione cognoſcitur 115. §. iuſtum autem,* cum etiã de filiis in poteſtate loquatur, dũ ait, *in reb propriis, in quib. habent teſtandi licentiam.* Et quidem Cyn. *d. l. fin. n. 2. verſ. hodie vero etiã exſiſtens, Bart. n. 1. Bald. n. 1. Alberic. n. 3. Fulg. n. 5. Caſt. n. 5. Ang. n. .... Salyc. n. 4. Iaſ. n. 5.* qui illam opinionẽ ait veram eſſe & comunem, *vt Corn. hic n. 1. Alex. in l. praced n. 7. auctores ſunt,* quod huiuſmodi teſtamenta hodie ſubiaceãt querelæ. Sed difficultas ſecundum pleroſque in eo verſatur, quod ex auth. *presbyteros, ſupr. de epiſc. & cler.* in ſimili caſu doceamur condictionem ex lege competere, vt ibi etiã obſeruauit gloſſ. Bald. atque Ang. allegati a Corneo *hic nu. 2.* qui tamẽ repudiata tali opinione inofficioſi querelam indulget, idque in caſibus, quibus teſtamentum ipſo iure nõ infirmaretur, de qua re diximus, *in l. omnimodo, ſupr. de inoffic. teſtam.* Præterea obſeruandũ eſt *d. auth.* duntaxat intelligendam videri de filiis presbyterorum. Admittit deinde hæc quæſtio & aliam diſtinctionẽ ſecundũ ea quæ perſequimur in auth. *ex cauſſa. inf. de lib. præt. vel exher.*

Quibus ita digeſtis offert ſeſe quæſtio quo-
4 tidiana *quid obtineat in filiofamilias † clerico?* Et non dubitamus illum teſtãdi ius habere, quamuis Viglus Zuichemius *Inſti. quib. non eſt permiſſ. fac. teſta.* id videatur denegare clericis primæ tonſuræ, fortaſſe nõ in conſiderate, ſed contra communẽ Doctorum ſententiam, quam probant Bart. *in l. ſacroſancta C. de epiſ. & cler.* Cyn. Odofred. Caſt. & Salyc. Did. Couar. *in c. quia nos. n. 3.* vbi omnes hoc fateri conſtituit. Accedunt illi quos cõmemoraui ſupra *in auth. ex teſtam. de collat. nu. 55.*
Sed quæſtionis eſt, an de omnib bonis † te- 5
ſtari poſſint, q dicendum videtur auctoritate *l. ſacroſancta. C. de epiſ. & cler. & auth preſbyteros,* adeo vt nõ ſolũ de his teſtari poſſint, quæ occaſione eccleſiæ quæſita ſunt, ſed etiam de omnibus bonis patrimonialibus, vt
expreſſe † conſtituit Caſt. *in d. l. ſacroſancta,* 6
nu. 4. Odofred. circa fi. Ioh. Lup. in rub. de donation. §. 42. n. 7. Rodoric. Suares in ſua diſputatione de materia maioricatus, nu. 30. Pinell. in explicat l. 1. infr. de bon. matern. part. 1. n. 43. Did. Pereſ. in addit. ad legem Imperator, ff. de legat. 2. nu. 94. Couar. in c. quia nos, de teſtam. nu. 2. Henricus Canſ. in ſua ſumma. tit. de teſtamen ſect. 11. Did. de Spino in rub de teſtam. glo. 4. n. 22. Anton. Gomez. ad l. Tauri 48. vbi in hãc ſententiam allegat Hoſtienſ. Iohan. Andr. Cardin. Ant. de Butrio, Anch. ran. Imol. Barbat. & cõmuniter Doctores, quamuis ipſe diſſentiat. Et licet periculoſum videatur aduerſus receptam Doctorum ſententiam tendere, tamen non animaduerto, quod *c. quia nos, extr. de teſtam.* quod Gomez. in magna ſecuritate allegat, vllam mentionẽ de filiofamilias faciat. Imo plane conſtituo illud de patrefamilias intelligendum, cum paternæ ſucceſſionis mentionem faciat. Lex ſacroſanctæ, nõ incõmode intelligi poſſet de his bonis q̃ occaſione clericalis militiæ acquiſita ſunt. Vrget tñ non mediocriter auth. *presbyteros, eo. t.* dum id iuris tribuit in reb. quæ quolibet modo ad dominium horum clericorum perueniant. Ceterum cum id durũ videatur, q cum patria poteſtas hoc modo nõ ſoluatur, *vt oſtẽdit Bald. in d. l. ſacroſancta nu. 3. Salyc. nu. 1. Fulg. num. 1. Panormit. in cap. indecorum de ætate & qualitat. ordinand. Didac. Couar. in dict. c. quia nos. n. 5.* & leges non facile ſubuenire ſoleant cum detrimento alieno, vt præcedenti *l. nemo, item cap. licet. de ſepult. in 6.* non abſurda
eſſet † reſtrictio Salyceti *in dict. leg. ſacroſan-* 7
cta numero ſecundo. item authent. presbyteros, in princ. vbi ait clericum triplicis generis peculium habere, quoddam vt filiusfamilias laicus, quæ aliunde quam occaſione eccleſiæ quæruntur: quoddam contemplatione eccleſiæ immediate: rurſum aliud, idque tertium

tertium, quod illis defertur eccleſiæ cõtemplatione, ſed tamen vt loquitur mediate, & magis reſpectu dignitatis, vt ſunt legata, quę illis relicta ſunt ratione operæ eccleſiaſticæ, quæ ex cauſſa orationis, ſacrorum, concionum, & concilii eccleſiaſtici relinqui ſolent: hoc enim compendii non multum diſtare a peculio quaſi caſtrenſi quod aduocati habent, inferendo, quod hæ conſtitutiones intelligi debeant de bonis, occaſione cæleſtis militiæ quæſitis, quod & ipſum defendunt Iacob. de Butrio, Alberic. *in dict. l. ſacroſancta, in prin.* Et ab hac opinione non videtur eſſe alienus Bar. *in ſuo ſummario, Antonius Gomes in d. l. 48. num. 7.* Quidquid ſit ſi parenti vſumfructum in bonis poſt clericatum quæſitis, adimere velimus, non tamen idem obtinebit in illo vſufructu, qui iam antea parenti delatus erat, *argumen. l. fi. ſupr. de vſufruct. Did. Couar. dict. cap. quia nos, nu. 2. Poſt Decium Salycet. Fabrum, Iohan. Lup. & alios ab eodem adductos, Roder. Soarez in ſua diſptat. de maioricad. num. 37. Arrius Pinell. in dict. leg. 1. part. 1. num. 43.* Admonendi tamen hoc loco ſumus, quod licet clericus de rebus eccleſiæ, *vt dictũ eſt*, teſtari poſſit, quod id tamen cum ſua moderatione intelligendum ſit, de quo in *in cap. quia nos, de teſtamen. cap. relatum eodem*, & quam Henricus Caniſius *in ſua ſumma. tit. de teſtament. ſect. 9. & 10.* eleganter perſequitur.

De teſtamẽtis & quemadmodum teſtamenta ordinentur.

TITVLVS XXIII.

Præludia.

SVMMARIA.

1 *Ad perfectam cuiuſque rei cognitionem comparandam, initium a definitione ſumendum eſſe.*

2 *Teſtamentum a teſtando deducitur, quod vera & vltima mentis & voluntatis noſtræ ſit declaratio.*

3 *Cum multa ſint animi noſtri teſtationes, cur vltima voluntas hanc appellationem vidicauerit.*

4 *Quare Iuſtinianus teſtamentum teſtationem mentis appellarit.*

5 *Notata calumnia Laurentii Vallæ.*

6 *Naturæ ipſius etymologiæ excuſſa.*

7 *Quæ dicta ſunt de etymologia, non inepte transferri poſſunt ad cauſſam alluſionis vel deriuationis.*

8 *Definitio teſtamenti.*

9 *Omnis definitio vitioſa, quæ cum ſuo definito non conuertitur.*

10 *Quid appellatione dictionis iuſta, contineatur.*

11 *In ambigua oratione non omnia dicimus, ſed id accipiendum eſt, quod rei de qua quæratur, magis cõueniat.*

12 *In qua ſignificatione dictio, Iuſta, accipi debeat, diuerſæ Doctorum ſententiæ, vt prima fronte apparet.*

13 *Quid Bartolus appellatione perfectionis complectatur.*

14 *Dictiones accipendas eſſe ſecundum naturam cuiuſque rei, de qua quæratur.*

15 *Iuſtam ſententiam intelligi abſolutum arbitrium de omnibus rebus ſuis.*

16 *Teſtamentum diuiditur in teſtamentum in ſcriptis & nuncupatiuum.*

17 *Ex quibus cauſſis hæ ſpecies diſtinguantur.*

18 *An ſi poſt nuncupationem a teſtatore factam, tabellio omnia ſcripto complectatur, illud deſinat eſſe teſtamentum nuncupatiuum.*

CVm auctore Cicerone *in libr. de offic.* ad perfectam cuiuſque rei † cognitionem 1
comparandam initiũ a definitione ſumendum ſit, operæ pretium nos eſſe facturos exiſtimauimus, ſi teſtamenti definitionem prælibata eiuſdem dictionis deriuatione & alluſione a Iuriſconſulto, *in l. 1. ff. de teſtamen.* propoſitam, ad iuſtum examen reuocaremus, & eandem a calumniis & impugnatione eorum, qui eius vires & merita nõ recte perpenderunt, vindicaremus.

Teſtamentum a teſtando † deducitur, q̃ 2
vera & vltima mentis & voluntatis noſtræ ſit declaratio. Et quamuis multæ aliæ huiuſmodi teſtationes † ſint, *vt l. 1. §. recte, ff. vſu-* 3
fruct. quemadmodum caueat, l. 8. §. 2. ff. de oper. noui nuntiat. l. final. ff. pro derelict. l. 5. ſupra de probat. l. 5. §. fin. ff. de adminiſt. tut cum infinitis aliis legibus: tamen hæc nouiſſima animi noſtri ſignificatio, iure ſingulari; hoc nomen vindicauit, vt teſtamẽtum diceretur, quemadmodum ius ciuile pro iure Romanorum accipimus, §. *ius autem ciuile, Inſtitut. de iure natural. gent. & ciuil.* & nomine Poetæ deſignamus apud Græcos Homerum, apud Latinos vero Virgilium. Hinc ad ipſum vocabulum & rei veritatem alludens Iuſtinianus, ex ſententia Seruii Sulpitii † teſtamen- 4
tum teſtationem mentis appellat, non vt vocabuli etymologiam traderet, ſed vt, alludendo ad hanc dictionem, rei naturam certa ratione exprimeret, quemadmodum cum ſacellum dicimus ſacram cellã: magiſtrum, qui magis quam ceteri inſtet monſtrando, *l. cui 87. ff. de verb. ſignific.* poſſeſſionem quod quis ſedes, illam occupando, ponat. Quæ conſideratio † calumniam Lau- 5
rentii Vallæ, *libr. 6. elegant capit. 36.* & incircumſpectam A. Gellii *libr. 6. capit. 12.* notationem refellit, contendentium eadem ratione dici poſſe, quod veſtimentum vel calceamentum ſit veſtis, aut calceus mentis,

Digitized by Google

quaſi vero Seruium Sulpitiũ ſubtiliſſimum Iuriſconſultum, etiam pueris cognita fugiſſent, & ipſi propoſitum fuiſſet, veram verbi etymologiam eruere, vt multis in locis iure noſtro fieri videmus, *l. 2. §. appellata, ff. de reb. cred. ſi cert. pet. l. tugurium 180. l. pupillus, §. territorium, ff. de verb. ſign. l. 35. §. 1. ff. de mort. cauſ. don. l. 2. ff. de except.* & non cum gratia & delectatione legentis, atq; audientis ipſam verbi alluſionem complecti, vt in exemplis ſupra a nobis relatis.

6 Porro, vt obiter nonnihil de argumento ipſius † etymologiæ diſſeramus, ſtatuimus illud contemnendum non eſſe, & ad cõfirmationẽ eius, de quo tractamus, ſæpe multum momenti facere, ſi vera ipſius natura ſeruetur, vt a nomine ad etymologiã affirmatiue, & ab ipſa etymologia ad nomẽ negatiue inferamus, vt *mutuum eſt*: ergo *fit de meo tuum, d. l. 2 §. appellata,* & contra, *non fit de meo tuum,* ergo *non eſt mutuum.* Negatiue autem ab ipſo nomine, vel affirmatiue ab ipſa etymologia ad ipſum nomen argumentari ſine vitio non poſſumus. Ratio illa eſt, quod quemadmodum poſita ſpecie genus ponatur, & quo pacto ſublato genere, omnes ſpecies tolluntur, non contra, *l. 2. §. creditum, ff. de reb. cred. ſi cert. pet. l. ſi quid earum 47. §. interemtum, ff. de legat. 3* ita etiam hic in reciproca argumẽtatione fieri ſoleat, cum etymologia plerumq; latius pateat, quam nomen. Dixi plerumque, ꝗ etiam etymologiæ inueniantur, quæ vltro & citro omnem argumentandi rationem admittant, *vt in verb. inſtrumentum. l. 99. §. 2. ff. de verb. obligat.* ſiue enim ab ipſo nomine incipiamus, ſiue vero ab interpretatione, quod cauſſam inſtruat, & affirmatiue & negatiue ratiocinari licebit, idem euenit in vocabulo iniuriæ, *l. 1. ff. de iniur.* in pronuntiatione doni, *l. 35. §. primo. ff. de mort. cauſſ. donat,* exceptionis *l. 2. ff. de exception.* Sed hæc & ſimilia ſunt rariora.

7 Quæ dicta ſunt de † etymologia, non inepte trransferri poſſunt ad cauſſam alluſionis vel deriuationis, quando ſcilicet hæc figura nominis & rei ipſius veritate coniuncta ſunt, vt in dictione *teſtamentum*, item in vocabulo, *monumentum*, *in verb. magiſtrum, & in ſimilibus*, in quib. a nomine ad alluſionem aiens argumentatio procedat, nõ negans: & contra ab alluſione ad nomen negans illatio vim ſuam duntaxat habeat, vt, *Eſt teſtamentum*, ergo *etiam teſtatio mentis. Non eſt teſtatio mentis,* ergo, *nec teſtamentum,* quæ ſane in dictionibus, *calceamentum, veſtimentum, indumentum, detrimentum,* & id genus infinitis aliis locum non habẽt, quod nedum a gratia & elegantia id alienum ſit, ſed inepti & inconſiderati hominis ad hũc modum arguiſſe.

Teſtamentum autem ab ipſo † Iuriſcon- 8
ſulto, *l. 1. ff. de teſtam.* definitur, quod ſit volũtatis noſtræ iuſta ſententia, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit. Porro cum omnis definitio, quæ cum definito ſuo paria non faciat, vt cõuerti vtrinque poſſit, vitioſa
cenſeri † debeat, *l. 1. §. dolum, ff. de dol. mal.* 9
l. Quintus Mutius 27. §. qui aurum, ff. de aur. & argen. leg. l. Fulcinus, ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur. §. quid autem ſit latitare, ita & hęc definitio ex eo periclitari cenſetur, quod videatur conuenire legatis fideicommiſſis, codicillis, &c.

Pro expeditiori propoſitæ difficultatis
diſſolutione, ſciendum eſt, dictionem † *iu-* 10
ſta, non vnam in hac legali diſciplina ſignificationem accipere, modo enim deſignat cauſſam rationabilem, vt dum dicimus, *iuſtum eſt deſiderium tuum, l. 6. ſupr. de edend.* iuſtam rẽ poſtulat, *l. 39. ff. de euict.* iuſta defenſio, *l. 12. §. quapropter, ff. ad l. Iul. de adult. cum infinitis aliis.* Secundo, cum illud iuſtum appellamus, quod auctoritate legis nobis defertur, *vt l. 3. §. 1. ff. pro ſocio.* Tertio modo illud iuſtum dicitur, quod perfectum eſt, vt dum perfectam ætatem appellamus iuſtam, *l. cum filiusfamilias 50. §. fin ff. de legatis tertio,* cum dicimus iuſtum partum, *Plinius libro ſeptimo, capit. vndecimo,* quem perueniſſe ad iuſtam ſtaturam, item iuſtam libertatem, *l. 26. ff. qui & a quibus, l. 8. §. fin. ff. de manumiſſ. Inſtitut. de ingen. in princip.* item cum Iuriſconſultus id proprie teſtamentum dici, ſtatuit, quod iure perfectum eſt, *l. 2. §. primo, ff. teſtamen. quemadmodum aper.* Quarto iuſtum eſſe dicimus, quod ſolemne eſt, & iuxta legum præcepta, vt cum dicimus illum eſſe ciuem Romanum, qui ex iuſtis nuptiis natus ſit. *Inſtit. de nupt. in princip. l. 3. §. 12. ff. de ſtat. homin. l. 18. ff. de ritu nupt.* dum iuſta vxor a concubina diſtinguitur, *l. ſi ſenatori, trigeſima prima, ff. de ritu nupt.* iuſtus tutor ab illo, qui minus ſolemniter datus ſit, *l. 27 ff. de teſtamen. tut.* iuſtus pater, *l. 9. ff. ad municip.* iuſti filii, *l. 15. Cod. de nuptiis*, pro his, qui iure definita ratione ſuſceperunt liberos, vel ſuſcepti ſunt: iuſta nominatio pro ea, quæ ex more facta ſit, *l. 11. infra de appellat.* denique quod propius ad rem pertineat

iuſtum

Digitized by Google

iuſtum teſtamentum, quod habeat ſuas ſolemnitates, *l. ſi is ad quem 22. ff. de acquir. vel omit. hered.*

Porro cum ſecundum definitionem, *l. in*
11 *ambiguo, ff. de rebus dub.* in oratione † ambigua non omnia dicamus, ſed id accipiẽdum ſit q̃ rei, de qua quæratur, magis cõueniat, *l. quotiens idem ſermo, ff de regul. iur.* & prima atque ſecunda ſignificatio parum accommodate ad hanc legem transferri poſſit, reliqua deliberatio eſt, de vltimo & penultimo intellectu, quis cui præferri debeat. Ete-
12 nim † Bart. *in dict. l. 1. ff. de teſtam. n. 2.* & Bartolum ſecutus Imol. *num. 1. Franc. Aret. nu. 1. verſ. ad tertium reſpondeo, Bald. nu. 1. Raphael. Cuman. num 3. Ang. in princip.* Henricus Caniſius primarius Profeſſor Ingolſtadienſis Academiæ mihi olim perfamiliaris *in ſua ſummaria explicatione iuris canonici, lib. 3. titul. de teſtament. in prin.* iuſtam voluntatem, perfectam appellat.

Sed hanc interpretationem repudiant Vigl. *Inſtit. de teſtam. in prin. nu 29. Cuiac. ibid. in prin. Hug. Donell. hic nu. 6. Did. Couar. in rub. de teſtam. num 13. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. creat. lib. 1. in præfat. nu. 26. verſ. hinc deducitur*, qui ſtatuunt, vltimam huius verbi ſignificationem amplectendam eſſe, quod legata, fideicommiſſa, codicilli, in ſuo genere adeo perfecta ſunt, vt teſtamenta. Vt enim muſca ab elephanto ratione perfectionis non ſeparatur, & quemadmodum ſcapha a naue non perfectione ſed magnitudine differt, *l. fin. ff. de inſtr. & inſtrum. leg.* ita etiam teſtamentum a codicillis vel legatis, vel fideicommiſſis ex cauſſa perfectionis nõ videatur diſtinguendum, quod ante hos auctores etiam ſenſerat gloſſ. *in dict. l. 1. in verb. iuſta ſententia*, dum appellatione iuſtæ ſententiæ ſolemne iudicium ſignificari ait, *item Caſtr. nu. 2. & ſequen.* vbi idem in Bartolum cõtorquet, quod Viglium facere videmus. Sed ſane ſi Bartoli interpretationem recte obſeruare velimus, non video quid inter duas has expoſitiones interſit, niſi quod nudis verbis digladiemur.
13 Etenim appellatione † perfectionis ille cõplectitur perfectionem materialem, formalem, & ſolemnitates, de quib. *in l. ſi quæramus 3. ff. de teſtam.* prout etiam explicat *Bal. num. 2. Caſt. nu. 5.* quamuis is ſecutus gloſſam putet hanc definitionem bonam non eſſe, ſed hæc verba neceſſario ſupplenda, cum inſtitutione heredis, quod ipſum refellunt, non ſolum Bart. ſed & Viglius, & qui illũ ſequuntur, ita vt plane conuenire videantur, niſi quod hi verbum ſolemne, alii autem dictionem perfectionis has partes melius accommodare poſſe cõtendant, quod tamen ſepe in ambiguo eſt, veluti ſi vna cum Liuio dicamus, iuſtã aciem, pugnam, ſtationem, claſſem, exercitum, legionem. Cæterum admiſſa vel hac, vel illa interpretatione, nõdum exemtus eſt ille ſcrupulus, quem excitatum a Caſtrenſe, tãtopere vrſit Vigl. quod quemadmodum inter cauſſam perfectionis teſtamenti & codicillorum non interſit reſpectu alterius, ita etiam idem probãdum ſit in quæſtione ſolemnitatis, cum diſpoſitio codicillorum ſi adhibeãtur quinque teſtes, in ſuo genere ſolemnis ſit, *l. fi. C. de codicill. item l. fin. de mort. cauſ. dona.* quamuis non intercedat omnis illa obſeruatio, quæ in teſtamento requiritur. Qua de cauſſa neceſſario admittenda erit expoſitio Franciſ. Aretini *in d. l. 1. ff. de teſtam verſ. & ad argumentum Pauli de Caſtro reſpondeo, Henrici Caniſii loco allegato*, dictiones † *iuſta, perfecta, ſolemnis*, 14
accipiendas eſſe, ſecundum naturam cuiuſque rei, de qua tractetur, *arg. l. ex conducto, §. ſi vno, ff. loca. item l. 1. §. qui in perpetuum, ff. ſi ager vectig.* vt ſcilicet requirat ſolemnitatem & perfectionem teſtamentariam, quod ſolemnem numerum teſtium habeat, & inſtitutionem heredis, *l. hac conſultiſſima, hoc titul. Inſtit. de inſtituen. hered. in prin.* quæ in codicillis non requiruntur, *Inſtit. de codicill. in pr. l. fin. infr. de codicill. l. illud 13. §. tractari. ff. eod. tit.* Vel quod probabilius mihi videtur, cum Ferdin. Vaſq. *Libr. 1. de ſucceſſ. creat. in ſua præfat. num. 26.* defendendũ erit, vim differentiæ inter teſtamentum & codicillos ex eo conſtituendam eſſe, quod cum iuſtam ſententiam dicat, † intelligendus IC. ſit, de 15
abſoluto arbitrio omnium rerum ſuarum, quid de his poſt mortem fieri velit, cum nemo pro parte teſtatus, & inteſtatus decedere poſſit, *l. ius noſtrum nõ patitur, ff. de reg. iur.* & particularis diſpoſitio, vt legatorum, fideicommiſſorum, codicillorum, non poſſit iuſta ſententia dici voluntatis noſtræ, de eo, q poſt mortem quis fieri velit, verba enim indefinite prolata, quãdo eandem rationem habent, generaliter quoq; accipienda ſunt, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præſtand. l. ſi ita relictum 43. l. ſi pluribus, 44. ff. de legat. 2.* Quæ res, ſi ambiguitatem haberet, tamen confirmari poſſet ex Lucii Cuſpidii Romani teſtamento, ſiue exemplo a Balduino, *Inſtitut. de teſtam. §. legatarii, propoſito*, in verba ſequentia: *Dei Opt. Max. numine inuocato, abſque*

Digitized by Google

cuius nutu, neque quidquam recte incoari, neque recte perfici poteſt, hac eſt Lucii Cuſpidii diſpoſitio, & vltimæ volūtatis ſententia, de eo quod poſt mortem ſuam fieri cupit, decernitque ſi quid ex hoc morbo, quem neſcit, an ferre poſſit, ſecus ac Medici promittunt, de ſe contigerit, vt & cæl.

Hæc de ipſa definitione ſuffecerint; cōſequens eſt, vt videamus, in quot ſpecies ipſum teſtamentum diuidatur, qua in quæ-
16 ſtione breuiter reſpondemus duas † duntaxat deprehendi: eſt enim & teſtamentum in ſcriptis, & aliud, quod nuncupatiuum vocatur, §. *ſed cum paulatim*, §. *fin. Inſtit. de teſta. l. hac conſultiſſima, in prin. &* §. *per nuncupationem, l. in teſtamentis, in prin. h. noſt. tit.* Diſcer-
17 nuntur autem hæ ſpecies ratione † ſolemnitatis, & formæ; vt etiā obſeruauit idē Caniſius *tit. de teſtam. ſect. 2.* illa enim requirit voluntatis declarationem ſcripto comprehenſam, quę etiam a ſingulis teſtibus, & ſubſcriptione & ſigni impreſſione cōfirmetur, *dict.* §. *ſed cum paulatim, item l. a teſtium*, §. *ſignum ff. de teſtamen. item l. hac conſultiſſima, h. noſt. titul.* Hæc autem nuncupationem heredis, quæ proprio teſtatoris ore enūtietur, deſiderat, *l. heredes palam, 21. in princ. ff. qui teſtam. facer. poſſ. l. hac conſultiſſima*, §. *per nuncupationem, h. noſt. tit.* Sed poſſet dubitari, an, ſi
18 poſt nuncupationem † a teſtatore factam, tabellio omnia ſcripto complectatur, illud debeat appellari teſtamentum in ſcriptis an nuncupatiuum? Et breuiter reſpondemus, eſſe nuncupatiuum quod ſcriptura probationis cauſſa conficiatur, *l. contrahitur, ff. de pignor. & l. 4. ff. de fid. inſtrum.*

Lex, Teſtis, 1.

Svmmaria.

1 *In teſtamento nedum ſeptem teſtes requiruntur, ſed certæ conditiones.*
2 *Paria ſunt teſtem non adhibere, vel minus idoneum.*
3 *Quemadmodum teſtium conditio eo tempore inſpicitur, quo teſtamentum ſignatur, ita etiam ſatis eſt, ſi ille adhibeatur, qui cōmuni conſenſu idoneus cenſeatur, quamuis poſtea conſtet ſeruum eſſe.*
4 *Quæ ſcripta ſunt de ſeruo, eadem etiam locum habent in his, qui infamia notati ſunt, & ſimilibus perſonis.*
5 *Intellectus horum verborum, & omnium conſenſu liberorum loco habiti ſunt.*
6 *Non diſtinguimus vtrum teſtamentum ſit in ſcriptis, an nuncupatiuum.*
7 *Hanc definitionem procedere etiamſi non vnus, ſed plures ſerui interueniſſent.*
8 *Cur ſerui ad teſtamentum admitti non ſoleant.*
9 *Sententia gloſſæ in propoſita difficultate.*
10 *Alia interpretatio Azonis & Bartoli.*
11 *Tertia explicatio Angeli & Odofredi.*
12 *Quarta expoſitio Dyni, Baldi, Caſtr. &c. intereſſe an teſtes neceſſario conuocandi ſint, ad ſolemnitatem actus, an vero ad cauſſam probationis.*
13 *Teſtes etiam minus idonei ſua ſigilla recognoſcere poſſunt.*
14 *An in teſtamento nuncupatiuo teſtimonium hominis minus idonei admittendum ſit.*
15 *An quæ dicta ſint de teſtamentis, locum etiam habeant in aliis inſtrumentis.*

CVm in teſtamento condendo ſeptem teſtes requirantur, *l. hac conſultiſſima, h. noſt. t.* §. *ſed cum paulatim. Inſti. eod.* & quidem
certæ † conditionis, vt ſcilicet e numero eo- 1
rum ſubmoueātur mulier, impubes, ſeruus, furioſus, ſurdus, mutus, is cui bonis interdictum eſt, atque ii omnes, quos leges iubent improbos & inteſtabiles eſſe, §. *teſtes, Inſti. de teſtam. l. qui teſtamento, in prin. &* §. *ne furioſus*, §. *mulier*, §. *ſeruus*, adeo, vt ſi vel in vno teſte, quid tale deſideretur, teſtamentum nullius ſit momenti, cum teſtamentum vno deficiente infirmetur, *l. ſi vnus h. noſt. tit.* & pa-
ria † ſint teſtem non adhibere, aut minus 2
idoneum ſubſtituere, §. *teſtes, Inſtitut. de teſtamen. l. 4.* §. *condemnatum, ff. de re iudic.* non intempeſtiua videri debet definitio quæſtionis, quæ hac noſtra lege proponitur, an idem ſtatuendum, ſi quis in teſtem vocatus ſit, tanquam eius conditionis, qui ad ſolemnia adhiberi poſſet, ſi is poſtea ſeruus eſſe detectus ſit, cum tamen eo tempore, quo teſtamentum ſignabatur, omnium conſenſu liber exiſtimaretur? Hanc igitur difficultatem tollere voluit Diuus Hadianus ſua conſtitutione, ſtatuens, quod quemadmodum conditionem teſtis non eo tempore, quo quis moriatur, intueri debemus, ſed
quo † teſtamentum ſignat, *l. a teſtium, 22* §. 3
1. ff. qui teſtamen. fac. poſſ. ita etiam ſatis ſit, ſi illum accerſamus, qui eodem tempore ex communi conſenſu talis eſſe cenſeatur, qui poſſit in teſtē recte adhiberi, quod & ipſum refert Iuſtinianus in §. *ſed cum aliquis, Inſtit. de teſtam. ordin.* vbi etiam mentionem facit reſcripti a Diuo Seuero & Antonino in eandem ſententiam compoſiti, cum cōmunis opinio tantum valere ſoleat, quantū rei veritas, *l. 3. ff. ad SC. Maced. l. 15.* §. *ſi quis virgines, ff. de iniur. l. Barbarius, ff. de offi. prætor.*

Vnde quæ ſcripta hic ſunt † in ſeruo, ea- 4
dem etiā ꝓcedunt in aliis, qui ex cauſſis iure cognitis, teſtes eſſe nō poſſunt, vt in perſonis ſupra enumeratis, itē in his, qui infamia notati

Digitized by Google

notati ſunt, vel anathemate petiti, *Cyn.n.6.*
Bart.n.4.Bald.n.7.poſt.Iac.de Rauen. Azonem,
Caſt.n.2. Iaſ.n.3. cõtendens illud cõmuniter
receptũ eſſe, *Phil.Cor.n.6.Saly.n.2. Alex.n.11.*
Vigl.Inſt.de teſtam.§.ſed cũ aliquis,n.1. Iul.Clar.
§.teſtamentũ,q.55.n.10. quamuis Fulg.& Ang.
hic n.1. ille n.3. male diſſentiant, cum exẽpla
legẽ reſtringere non ſoleant, *l.1.§.quod vulgo,ff.de vi & vi arm.l.1.ff.vti poſſidetis,* & vbi-
cunque eadem ratio ſit, idem quoq; ius am-
plecti debeamus, *l.non poſſunt,ff. de legib.l.his*
ſolis matribus,infr.de reuoc.donat.

His expoſitis, excutiendũ eſt, quam vim
5 habeant hæc † verba: *& omniũ conſenſu liberorũ loco habiti ſunt.* Qua in quæſtione ſciendũ
eſt, ꝙ, quamuis verba generalia maxime cũ
ſigno vniuerſali prolata, vniuerſalẽ quoque
ſignificationem recipere videantur, *c.ſi Romanorũ,diſt.19 l.fin.ſup.de dot.promiſ.l.Iuliano,*
68.ff.de leg.3.l.baliſta,ff.ad SC.Treb.l.1.§.generaliter,ff.de legat.præſtan. quod tamẽ ea ciuili
modo accipiẽda ſint, *l.ſi quis ſimpliciter,ff.de*
ſeruitut.& ex mente pronuntiantiũ, vnde cũ
natura nõ cõcedat, vt homines, qui toto or-
be diffuſi ſunt, vnius notitiã habeant: imo,
vt idem intelligamus de omnibus, qui in ali-
qua prouincia verſentur, idcirco hæc verba,
ex eo, quod probabiliter ipſe Imperator reſponſurus videbatur,l.tale,§.fin.ff.de pact. exaudien-
da ſunt de his, qui tunc tẽporis præſentes e-
rant, ꝙ ſcilicet, omniũ exiſtimatione fuerit
pro libero habitus, & de illis, qui veriſimili-
ter eius cognitionem habebant, *arg. l.cum*
quidam,30. §.quod dicitur,ff. de acq.vel amitt.
poſſ.l.inter omnes,ff.qui ſatiſd.cog.l.Zenodorus,
ſup.ad SC.Macedon.ita Bart.hic n.4. Bald.n.8.
Caſt.n.6. Fulg.in prin.Salyc.n.1. Corn.n.4.& 5.
Alex.n.3.Alber.n.1.Lud.Rom.n.6.Iaſ.n.4. Ad-
dunt aũt idem Alex.*n.3.Phil.Corn.n.5. Ludo.*
Rom.n.7.Iaſ.n.3. Alber.in princ.poſt Spec.in tit.
de teſte,§.1. verſic. quid tamen ſi a maiori parte,
Ang. in l.ad teſtium,22.§.1.ff. qui teſta.fac poſſ.
ſatis eſſe, ſi a maiori parte eorum, qui ipſius
notitiam habeant, talis opinio concepta ſit,
arg.l.quod maior,ff.ad municip. & l.aliud,§.refertur,ff.de regul.iur. quod ego puto arbitrio
Iudicis relinquendum, vt is ex numero co-
gnoſcentium, & pro actus qualitate id cõſti-
tuat. Nam in præſenti quæſtione non arbi-
trarer ſufficere, ſi maior pars teſtium, illum
pro tali habuerit.

6 Ornando vlterius hanc noſtrã † conclu-
ſionẽ, non arbitramur diſtinguendũ, an te-
ſtamentũ ſit in ſcriptis, an vero nuncupati-
uum. Nam cum *§.cum aliquis,Inſtit.de teſtam.*
& noſtra lex generaliter concepta ſit, eandẽ
quoq; generaliter exaudimus, *l.3.ſup.de legib.*
gl.in verb.vſq; adhuc, quãuis diffidẽter loqua-
tur Cyn.*n.2.* Alber.*n.2.* Odofr.*circ.fin. Bart.*
Bald.n.5.Alex.n.6.Phil. Corn.n.4. vbi ait, Do-
ctores ita communiter ſentire, *Iaſ.n.4.*

Quarto procedit hæc noſtra definitio, † 7
etiamſi non vnus, ſed plures, qui eodẽ tem-
pore liberi exiſtimabantur, eſſent ſerui, idq;
cõuincunt verba noſtræ legis, quæ in plurali
numero cõcepta ſunt, dum dicitur, *teſtes ſerui,an liberi fuerint,in hac cauſſa tractari nõ oportet,Iaſon hic n.3.Corn.n.2.Cyn.n.4. Salycet.n.7.*
Ricciard.Inſt.de teſtam.§ ſed cum aliquis,nu.10.
qui tres poſtremi addunt, id procedere, eti-
amſi omnes teſtes in ea conditione eſſent,
de qua re tamen deliberandum puto.

Diſpoſitione legis noſtræ ad hunc modũ
propagata, reliquũ eſt, vt videamus, quã vti-
litatẽ hæc conſideratio adferre poſſit, cũ ad
teſtimoniũ ferendũ † ſerui admitti nõ ſole- 8
ant, *l quoniam liberi,ſupr.de teſtib.* & præterea
generaliter definitũ ſit, ꝙ ſi tractetur de fide
alicuius teſtis, quod nos ſpectare debeamus
conditionẽ eius temporis, quo depoſiturus
eſt, *l.3.§.duæ ſunt cauſſæ,ff.de Carbo.edict.* Qua
de cauſſa *gl.hic in verb.vſq; adhuc,* † *Cyn.nu.3.* 9
Fulg.*n.7.*Rom.*n.11.*Donel.*n.3.* Io.ab Imol.
in l.ad teſtium, §.conditionem, Iac. Butrig re-
latus a Phil.Corn. & aliis, conſtituunt ad ſu-
ſtinendum huiuſmodi teſtamentũ neceſſa-
riũ eſſe, ꝙ pars aduerſa cõfiteatur teſtamen-
ti veritatem: tamen illud ex eo impugnet, ꝙ
conueniens ſolemnitas abfuiſſet, aut quod
tabellio publicus, ſiue teſtamẽto in ſcriptis,
ſiue etiam nuncupatiuo adhibitus, auctori-
tatem huiuſmodi inſtrumento contuliſſet,
argum.l.ſi quis decurio,inf.ad leg.Cornel.de falſ.
de qua re in ſequenti lege commodius tra-
ctabitur. Nam & ipſe Fulgoſ.in hoc vltimo,
gloſſæ non aſſentitur.

Porro aliam diſtinctionẽ proponunt † A- 10
zo *in ſua ſumma,* quem in effectu videtur ſe-
qui Bart.*hic n.6.* Alberic.*in princ. verſ.aut hominis conditionem,* Proſp.Farin.*in ſuo tract.de*
teſtib.lib.2.tit.6.q.61.nu.302. qui tamen in eo
minus conſiderate facere videtur, quod pro
hac ſententia etiam alleget Bald.*n.5.Iaſon n.*
7. Corn.num.18. Sichard.num.20. quandoqui-
dem ipſe Bald. *nu.6.* ab hac diſtinctione re-
cedit, vt poſtea intelligemus, vt etiam facit
Corn.*n.19.& 34.*Sichar.*n.21.*Iaſ.*n.7.verſ.vltima ſolutio eſt.* Etẽm hi duo, ſcilicet Iaſ.& Si-
chard.ſequuntur aliam, eamq; tertiã † ſen- 11
tentiã Ang.*hic n.2.*Odofr.*n.1.* conſtituentis

Digitized by Google

illud ſpeciale eſſe in cauſſa teſtamẽti; in cõtractibus autẽ diuerſam eſſe cauſſam, quod & ipſum probant, *Inſtit. de teſtament. §. ſi aliquis, Mynſ. n. 8. Balduin. n. 16.*

12 Eſt deinde & quarta opinio † Dyni & Iacobi de Arena, quam ſequuntur hoc loco Bald *num. 6.* Caſtrenſ. *num. 8.* Franc. Aretin. *num. 2.* Salyc. *num. 5. verſic. quare cogitaui.* Alex. *num. 8. verſ. ex quibus patet.* Philip. Corn. *num. 19. & 28.* Bart. parum ſibi conſtans *in l. ad teſtium, ff. de teſtam. §. 1. num. 2.* Rapha. Cuman. *ibidem nu. 2.* Ioan. Faber *Inſt. de teſtam. §. ſed cum aliquis, num. 6.* Thobias Non. *ibid. num. 11.* vbi teſtatur, hanc opinionem communem eſſe. Angel. Aret. *ibidem num. 3. & 4.* vbi etiam de communi ſentẽtia mentionem facit, Michael Graſ. *in verbo, teſtamentum, q. 57. num. 17.* intereſſe, an teſtes neceſſario conuocandi ſint, ad ſolemnitatem actus, qui interponatur, an vero cauſſa probationis duntaxat adhibeantur, vt hic inſpiciamus conditionem teſtium eo tempore, quo deponũt, illic autem ſatis ſit, quod idonei fuerint, eo tempore, quo ſunt accerſiti. Obſeruandum autem hoc loco, Bald. *in d. l. ad teſtium, §. conditionem*, nouam quandam rationem excogitare voluiſſe, vt ſcilicet id propterea procederet, quod teſtes in teſtamento rogarentur, & a teſtatore approbarentur. Sed hanc ipſius cõſiderationem reiiciunt alii Interpretes, & merito. Nam in ipſius poteſtate ſolemnia non ſunt, *l. nemo poteſt, ff. de legat. 1.*

His ita cognitis, cõſtituendum eſſet, quæ opinio ex illis, quæ propoſitæ ſunt, veritati magis conſentanea videatur. Et ſane non puto dubitandum, quin teſtes in teſtamento in ſcriptis adhibiti, poſſint, mutata etiam in deterius conditione, ſi illorum depoſitionem neceſſariam duceremus, de qua re in
13 *l. ſequent.* ſigilla † ſua recognoſcere, & teſtamentum ſuo teſtimonio confirmare: id enim coarguit præſentis legis diſpoſitio, *itẽ §. ſed ſi aliquis, Inſtit. de teſtam. præterea l. ad teſtium, §. conditionem, ff. eodem tit.* Nam alias conſilium Imperatorum, qui ex ſua liberalitate teſtamento ſubuenire voluerunt, ſubuerteretur: quippe, cum eorum diſpoſitio careret effectu, quod ſane admittendũ non eſt, *argum. l. 1. ff. ad municip. c. ſi Papa, de priuil. cum ſimilib. item l. refectionis, ff. commun. vrba. & ruſt. præd. l. 3. §. fin. ff. de ſeruit. ruſt. præd. cap. prudentiam, de reſcript.* Ex quibus intelligimus, non eſſe actus quid diſponentium, ita exaudiendos, vt inutiles reddantur. Sed dubitari poſſet, *an idem quoq; in teſtamento † nun-* 14
cupatiuo admittendum ſit, cum lex noſtra de teſtamẽto ſignato mentionem faciat. Et puto breuiter reſpondendum, idem & hic probandum eſſe, cum eadem pene ſit ratio, & verba *§. ſed cum aliquis, Inſt. de teſtam. item d. l. ad teſtium, §. conditionem, ff. qui teſtam. facer. poſſ.*
generaliter concepta ſint. Sed † maior diffi- 15
cultas occurrit circa alia inſtrumẽta, vbi, ratione ſolemnitatis, etiam teſtes neceſſario ſint conuocandi, *vt in l. antiqua, ſupr. ad SC. Velleianum, item auth. rogati, C. de teſtib. l. nullum, ff. de repudiis, l. contractus, ſupr. de probat.* Nam negari non poteſt, verba conſtitutionis noſtræ, deinde *d. §. ſed ſi aliquis*, id præ ſe ferre, cum Imperatores commemorent, ſe ſubuenire teſtamento, ex ſua liberalitate, deinde, quod plures rationes cauſſam teſtamenti commendent, quæ in aliis ceſſare videantur. Primo, quod teſtator mortis cogitatione perturbatus, omnia iudicio, & memoria ſua non recte conſequi poſſit, *l. hac cõſultiſſima, ſup. tit. prox.* Secundo, quod defectum vnius aut alterius facile reliqui teſtes ſupplere poſſint, *l. ſed & ſi quis, §. 1. ff. de edend.* Tertio, quod teſtis in teſtamento, in ſcriptis, vel etiam nuncupatiuo, non tam videatur teſtimonii cauſſa vocari, quam ad recognoſcendum ſigillũ ſuum, *l. cum ab initio, & l. ſed et ſi quis ex ſignatoribus, ff. teſtament. quemad. aper.* adeo, vt de facto proprio interrogari videantur: quo caſu etiam ſeruus interrogari poteſt, *l. cum probatio, 7. ff. de probat.* Accedit quarto graue periculum, quod ex tali interpretatione naſci poſſet, ſi fortaſſe viles & redemtos teſtes quis ſub eo prætextu producere velit, quod aliquãdo frugi, vel emendatioris vitæ fuiſſent, *contra l. teſtium, ſup. de teſtib.* Quibus rationibus ponderatis, vix puto cõmunem ſententiam in tuto collocari poſſe, niſi tractetur de huiuſmodi diſpoſitionibus, vbi idem numerus teſtium interuenire ſolet, *vt d. l. nullũ, ff. de repud.* Idem fortaſſe tentari poſſet in cauſſa codicillorum, & eorum contractuum, vbi quinque teſtes adhiberi ſolent, *authent. vt nouo iure, ſupr. de reb. credit. ſi certum petat.* quamuis repugnet *d. l. teſtium, ſup. de teſtib.* vnde dicendum videretur, id arbitrio Iudicis hoc caſu committendum, vt is, conſiderata qualitate reliquorum teſtium, vel amplecti hanc interpretationem poſſit, ſi illi receptæ auctoritatis ſint, aut contra repudiare, ſi eoſdem viles eſſe ponamus, & non integræ opinionis.

Lex,

Digitized by Google

Lex, Publicati, 2.

SVMMARIA.

1 *Non ſatis eſt, in teſtamentis ſeptem teſtes adhibere, & ſimiles ſolemnitates, ſed opus quoque eſt, vt poſt mortem teſtatoris illud ſuo teſtimonio confirment.*
2 *An hæc confirmatio neceſſaria ſit? ſi teſtamentum manu publica ſit conſcriptum?*
3 *Doctores, qui negatiuam ſententiam capeſſunt.*
4 *Contraria ſententia interpretes.*
5 *Nouẽ argumenta, quibus prima ſentẽtia innititur.*
6 *Octo contraria argumenta.*
7 *Confirmata poſtrema ſentẽtia, quod periculoſum ſit, & plane lubricum, ab vnius hominis fide pendere.*
8 *Intereſſe inter tabellionem, qui ſolus ſit, & eum, qui iudicem & aſſeſſores, tanquam inſpectores & conteſtes habeat.*
9 *Solemnitatem teſtamenti non verſari in arbitrio teſtantis.*
10 *Si vnus ex teſtibus ante publicationem moriatur, teſtamentum nuncupatiuum deficit, non tam ratione ſolemnitatis, quam probationis.*
11 *An auctoritas tabellionis nobis ab huiuſmodi periculo præſtare poſſit?*
12 *Quid obtineat in teſtamento in ſcriptis.*
13 *Excuſſa ſententia Vigli exiſtimantis teſtamentum in ſcriptis ſolemniter factum, poſt mortem teſtium nihil detrimenti ſentire.*
14 *Intellectus l. fin. inf. de edict. D. Adrian tollend.*
15 *Teſtatorem in caſu noſtræ legis, non potuiſſe diſpicere, quid poſt mortem ſuam in illo homine, qui omnium opinione liber habebatur, euenire poſſet.*
16 *Teſtamentum tẽporis diuturnitate non vitiatur, ſi omnia ſint ſalua, & teſtes incolumes.*
17 *An amiſſis teſtamenti tabulis, tenor teſtamenti per duos teſtes probari poſſit?*
18 *In teſtamento ſeptem teſtes nedum ratione ſolemnitatis, ſed etiam formæ ſubſtantialis requiruntur.*
19 *Teſtator cognita morte teſtium, teſtamentum inſtaurare potuit.*
20 *Intellectus l. 2. quemad. teſt. aperiant.*
21 *An propter dubitationem teſtis, circa recognitionem ſigilli, teſtamentum vitietur.*
22 *Expoſitionem Vigli non videri alienam eſſe ab æquitate.*
23 *Concluſio auctoris, tabellionis auctoritatem, ſi veram iuris noſtri diſpoſitionem intueri velimus, neutrum teſtamentum in tuto collocare.*
24 *Quid obtineat de conſuetudine, & ibidem interpoſitum auctoris iudicium.*
25 *Conſilium auctoris, vt teſtatores ſeſe munire poſſint ab iniuria conſuetudinis.*

VT teſtamentum conuenientes vires etiam in cauſſa probationis habere poſſit, non ſatis eſt, quod ſeptem teſtes adhibeantur, *vt l. hac conſultiſſima, h. t.* deinde alia, quæ ad ſubſtantiam & ſolemnitatem ipſius ne-
1 ceſſaria ſunt, † interueniant, ſed opus eſt, vt poſt mortem teſtatoris vocatis teſtibus, qui adfuerunt, *l. cũ ab initio, 4. & ſeq. ff. teſt. quemad. aper.* item aliis, qui lędi ab huiuſmodi actu poſſent, *arg. l. diuus, ff. de adopt. item c. fin. extra de fid. inſtr.* de qua re copioſe *in auth. ſi quis in aliquo, ſupr. de edend.* coram magiſtro cenſus in ciuitate Romana, *l. teſtamenta omnia, 18.* vel in prouinciis coram defenſoribus ciuitatum, *Nouell. de defenſ. §. nulla,* eadem publicari, id eſt, deſcripta in geſta publica conferri curent, *l. fin. infr. de re iud.* Quæ cum ita ſe habeant, tamen Doctores noſtri ſtatuunt id neceſſarium non eſſe, ſi teſtamentum ab initio † manu publica tabellionis ſit cõſcriptum. Primo omnes illi, quos ſupra recenſui 2
in l. 1. h. t. qui ſcilicet aſtipulãtur gloſſæ † exiſtimãti, teſtem inhabilem ex poſtfacto redditum, non poſſe teſtimonium ferre, ſed requiri manum publicam. Accedunt Alex. 3
hic num. 1. & 2. Corn. *num. 1.* Iaſon *in l. 2. C. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab. num. 3. & ſeq.* Caſtr. *hic num. 2.* idem Caſtr. *in l heredes, ff. qui teſtam. facer. poſſ. num. 8.* Io. ab Imo. *ibid. num. 4.* Raphael Cuman. *n. 4.* & omnes illi, quos commemoraui *in l. hac conſultiſſima, ſup. tit. proxi.* Salyc. *in l. fin. de fideicom. nu. 6.* vbi ait, Doctores ita communiter tenere, Thob. Nonius *Inſt. de teſtam. §. ſed cum aliquis, n. 12.* vbi ait, ꝙ hæc ſit vno omnium ore probata cõcluſio, *Pet. Ricciard. ibid. nu. 66. Michael Graſ. in theſ. com. opin. in verb. teſtamentum, nu 8. Clar. lib. 3. ſent. §. teſtamentũ, n. 3. verſ. conſulo tamen, Bart. parum ſibi conſtans in l. heredes, ff. de teſtam. n. 3.* Ceterum gloſſ. *in d. l. fin. in dictione oſtẽditur,* videtur requirere, præter hanc † ſcripturam tabellionis, teſtium viua voce deponentiũ adminicula, ſaltem in teſtamẽto nuncupatiuo, quod & ipſum probat Cyn. *ead. l n. 9.* vbi tamen putat, quinq; teſtes cũ tabellione ſufficere, *Odofr. ibid. n. 3. & 4. Fulg. in l. 1. h. t. n. 5. verſ. in teſtamento autem nuncupatiuo, Azo in ſua ſum.* idemq; videri poſſunt ſenſiſſe Bart. *ibid. n. 4.* Bald. *nu. 15.* dum vim contrariæ ſententiæ, non in legibus, ſed in generali conſuetudine conſtituunt, de qua mentionem facit gl. *in d. l. fin. in verb. oſtenditur, item gloſſ. in d. l. heredes palam ff. qui teſtam. facer. poſſ. & ibid. Bald. nu. 2. Vigl. in §. ſed cum aliquis, Inſtit. de teſtam. num. 6.* 4

Conſequens itaq; eſſe videtur, vt vtriuſq; ſententię argumenta inquiramus. Et quidẽ, † ꝙ ſufficiat auctoritas tabellionis teſtamentum nuncupatiuũ in forma publici inſtrumenti redigentis, ex ſequentib. legibus videtur colligi. Primo ex *l. fin. ſup. arbit. tut.* Secũdo ex *l in donationib. inf. de donat.* ſi eandẽ 5

Digitized by Google

coniungamus cum *l. ſancimus, in fin. h. t.* Tertio adducunt *l. fin. ff. quemad. teſt. aper.* Quarto, quod omne inſtrumentum publicũ manu tabellionis confectum, fidem impetrare ſoleat, *l. cum precibus, ſupr. de prob. l. ſcripturas, inf. qui potior. in pignor. ſunt.* Quinto *c. ſcripta, de fid. inſtr.* vnde edocemur, innitendũ eſſe huiuſmodi inſtrumentis, quamuis teſtes deceſſerint. Sexto, q̄ huiuſmodi inſtrumentũ, vbi plures teſtes deſcripti ſunt, eam auctoritatem habeat, quã ipſi teſtes habere poſſint. Septimo *arg. l. teſtium, ſup. de teſtib.* q̄ inſtrumentum tantam ſecuritatẽ videatur præbere, quantam quinq; teſtes ſolent. Octauo, q̄ abſurdum videatur, ſi dicamus, teſtamenti fidem perire propter defectũ vnius aut alterius teſtis, qui ex poſtfacto deſideretur, veluti, ſi cõtingat, illum mori, ſecundũ interpretationem Bartoli *in l. 2. ff. teſtam. quemad. ape. n. 1. gl. in l. 1. h. noſt. t. in verb. vſque adhuc, Thobias Non. Inſt. de teſtam. §. ſed cum aliquis, n. 13. verſ. doctores tamen noſtri,* vbi hanc opinionẽ communem eſſe agnoſcit, vt etiam facit Petrus Ricciard. *ibid. n. 61.* item Vigl. *n. 9.* idque argum. *l. cum ab initio, cum legib. ſeqq. ff. teſtam. quemad. aper. item c. 2. extr. de fid. inſtrum.* cum tamen vltimæ voluntates omni fauore dignæ ſint, *l. omni modo, ſupr. de inoff. teſtam. l. 1. ſupr. de ſacroſanct. eccleſ.* Nono, quod optima legum interpres conſuetudo ſit, de qua tanquam generali teſtentur gloſſ. Bart. Bald. *in locis allegatis.*

6 Porro diuerſæ ſentẽtiæ nõ minoris † momenti argumenta eſſe videntur. Primo *l. fin. C. de fideicõm.* qua cauetur, ſolemnitatem teſtamenti per teſtes probari. Secundo, quod iuris videatur apertiſſimi eſſe, q̄ teſtes poſt mortem teſtatoris venire, & quæ viderint, atque audiuerint, ſuo teſtimonio confirmare debeant, *§. fin. Inſt. de teſtam.* Tertio, quod etiam in teſtamento in ſcriptis ea neceſſitas incumbere videtur, vt teſtes poſt obitũ teſtatoris conueniant, & ſua ſigilla recognoſcant, *l. cum ab initio, cum legib. ſequ. ff. teſtam. quemad. aper.* Quarto, quod tabellionis perſona, nedum ſeptem teſtium auctoritatem, ſed ne duorum quidem recte ſuſtineat, *c. cũm Ioannes, ext. de fide inſtr.* cum his, quæ notauimus *in l. in exercendis, ſupr. de fide inſtr.* Quinto, quod id nuſquam cautum inueniatur, q̄ tabellionis manus, tãtum auctoritatis teſtamento conferre poſſit, & ſine lege loqui nõ debeamus, *l. diſſentientis, ſup. de repud. l. illam, ſup. de collat.* aut id facere erubeſcamus, *Nouell. de trient. & ſemiſ.* Sexto, quod illud aperte videatur arguere, *l. hac conſultiſſima, ſup. qui teſtam. fac. poſſ.* vbi tabellionis perſona duntaxat loco vnius teſtis computatur. Septimo, quod in teſtamentis non facile ſit aperienda via fraudibus, *l. iubemus, h. noſt. t.* Porro hanc interpretationẽ illa abſurditas conſequetur, quod in vnius tabellionis poteſtate ſit, teſtatoris voluntatẽ eludere, dum inſtitutionis, vel ſubſtitutionis, legatorũ, fideicommiſſorum, verba aliter cõcipere, quam a teſtatore pronuntiata ſunt, poteſt: immo quod deterius eſt, etiã falſas ſubſtitutiones, legata, vel fideicommiſſa ſubiicere, dum teſtium memoria labilis eſt, ita vt omniũ meminiſſe nequeant, *l. hac conſultiſſima, ſupr. qui teſtam. fac. poſſ. l. peregre, ff. de acq. vel amitt. poſſ.* & contra ſcripturam loqui non facile ſuſtineant. Vltimo, quod huiuſmodi expoſitionem commendet præſens conſtitutio, item *l. teſtamenta omnia, 18. l. conſulta diualia, 23. h. t.* Ex quibus edocemur, teſtamenta nõ habere perpetuam firmitatẽ, niſi publicata fuerint, id eſt, tranſlata in publica monumenta auctoritate Iudicis, & adhibitis ſolemnitatibus, de quibus ſupra.

In hac argumentorum & rationum † repugnantia, conſtituo vltimam ſententiam, 7
& verbis, & menti legum magis congruere, quod, vt ipſa glo. & alii Doctores ſupra a nobis deſignati, item & Vigl. *§. ſed cum aliquis, Inſt. de teſtam.* recte animaduerterunt, huiuſmodi teſtandi ratio iure noſtro cognita nõ ſit, præterquã quod certa ipſius exſtet imago, *in l. hac conſultiſſima, ſup. qui teſtam. fac. poſſ.* quæ tamen non acquieſcit auctoritati tabellionis, ſed etiam teſtium ſubſcriptionem & conſignationem requirit, quod ſane periculoſum eſſet, & plane lubricum, ab vnius hominis fortaſſe non magnæ opinionis, & cuius fides facile labefactari poſſet, aſſertione & ſcriptura pendere.

Quibus fundamentis iactis, nõ eſt, quod nos ſollicitent argumenta, quæ pro contraria parte allegata ſunt. Nam quod ad primũ
& ſecundum † attinet, illa facile cõfutari poterunt, 8
ſi meminerimus, intereſſe inter tabellionem, qui ſolus ſit, & eum, qui Iudicem & Aſſeſſores tanquam inſpectores, & conteſtes habeat. Tertium argumentũ parum difficultatis mouebit, ſi dictionem, *authenticum,* pro originali accipiamus. Quod vero quarto obiicitur de fide inſtrumẽti publici, huc non facile transferri poſſet, cum non agatur de æquali præiudicio, & ſolẽnitas † te- 9
ſtamentaria non verſetur in arbitrio ipſius teſtan-

teſtantis, vt contrahentium ſolet, *l.contra-*
ctus, de fide inſtr. ſed in definitione legum *l.*
nemo poteſt, ff.de legat.1. De quinto argumen-
to diſſeremus circa diſſolutionem octaui.
Sextum aũt argumentũ vna negatione re-
felli poterit, cum aliud ſit, ſi tractetur de in-
ſtrumento, vbi ſeptem teſtes ſubſcripſerint,
q̃ quod vnius tabellionis manu confectũ ſit.

Sane obicem octauo loco aſſurgentem
infeſtiorem eſſe experimur, quam vt par-
uo negotio amoliri poſſit. Sciendum itaque
eſt, nobis diſtinguendum eſſe inter teſta-
mentum in ſcriptis & nuncupatiuũ, vt nun-
10 cupatiuũ, † vna cum Doctoribus periclitari,
& pene concidere, *l.cum ex l.fin.h.t. verſic.ſi*
vero, item l.hac conſultiſſima, §.ſi quis autem, h.t.
edoceamur, teſtium iuratorum depoſitio-
nes poſt mortem teſtatoris requiri) ſtatua-
mus, ſi teſtes, qui adhibiti erant, ante publi-
cationem ab hac luce ſubtracti ſint, quod ita
tamen accipimus, vt non deficiat ratione
ſolemnitatis & iuris, ſed probationis, *l.duo*
ſunt Titii, ff.de teſtam tut. & d.c.extr.de fid.in-
ſtrum. Vnde ſi rei veritas alio modo illuſtra-
ri poſſet, puta, quod heres hoc confiteretur,
vel per alios, qui ſolemniter rogati non e-
rant, illud impleri poſſet, *l.fin. inf.de fideicom.*
l.cum res, ſupr.de prob. teſtamentum nihilo-
minus ſuum effectum habere poſſit. Sed an
11 auctoritas tabellionis, † qui hanc volunta-
tem facilioris probationis gratia, *vt l.contra-*
hitur, ff.de pignor. item l.4.ff.de fide inſtr. con-
ſcripſit, vindicare hoc teſtatoris elogium a
periculo poſſit, id eſt, quod in diſceptatio-
nem vocatur. Et non puto ſecundum iuris
noſtri definitionem ſolam tabellionis ma-
num ſufficere, per ea, quæ ſuperius rela-
ta ſunt.

12 Quod ſi vero de teſtamento † in ſcriptis
tractetur, hic ſubſiſtere cogor, quod *l.noſtra,*
item l.18.præterea l.23. videantur repugnare,
quæ non tabellionis operam, ſed compe-
tentis Iudicis requirunt: quod denique vr-
geant *d.l.cum ab initio, 4.& l.ſed etſi quis, 7.ff.*
13 *teſtam.quemad.aper.* Et haud ſcio, † an argu-
menta Viglii, quæ pro defenſione contra-
riæ ſententiæ, ſcilicet, quod teſtamentum in
ſcriptis ſolemniter factum, per mortem te-
ſtium nihil detrimenti ſentiat, in medium
adducit, expedire poſſint difficultates, quas
14 ſupra propoſuimus. Adfert enim † initio *l.*
fin. inf.de edict.Diui Adrian.tollen. ex qua col-
ligimus heredem, qui teſtamentum exhi-
beat, a ſeptem teſtibus ſubſcriptum, & ſubſi-
gnatum, nõ intercedente publicationis ſo-
lemnitate, nihilominus mitti in poſſeſſio-
nem rerum hereditariarum. Nam, *vt recte*
Caſtr.ibid.item Bald. in l.final. infr.de fideicom.
num.11. animaduerterunt, intereſt inter iudi-
cium poſſeſſorium & petitorium, imo quod
magis eſt, eadem lex cõtrarium innuere vi-
detur, ex quo tanquam ius ſingulare a Iuſti-
niano promulgata ſit.

Idem dici poterit de ſecundo ipſius Vi-
glii argumento, quod colligitur ex *l.1.hoc no-*
ſtro tit. & d.§.ſed cum aliquis, quamuis enim
non noceat occulta alicuius ſeruitus, quæ
poſtea detegatur, & ſeruus pro mortuo ha-
beatur, *l.quod attinet, 31.ff.de regul.iur.* tamen
hoc ad præſentem quæſtionẽ parum com-
mode deflecti poteſt, cum ſeruus adhuc
queat manum ſuam agnoſcere, & quod ad-
huc diſpar vtrobique ſit ratio: teſtatorem † 15
enim nõ potuiſſe diſpicere, quid poſt mor-
tem ſuam in illo homine, qui omnium opi-
nione liber habebatur, euenire poſſet, aliud
autem probandum, ſi viuo teſtatore teſtes
ab hac luce ſubtracti ſint: tunc enim eun-
dem & potuiſſe, & debuiſſe teſtamentum
renouare, ne ex poſtfacto periclitaretur, *d.c.*
2.extr.de fide inſtrum. & arg.l.quidam referunt,
ff.de codicill.

Quæ conſideratio quoq; tertium ipſius
Viglii argumentum ſubuertit, petitum ex *l.*
ſancimus, hoc noſt.titul. quamuis enim teſta-
mentum temporis diuturnitate † non vi- 16
tietur; tamen id eo caſu intelligimus, quo o-
mnia eſſent ſalua, & teſtes adhuc incolu-
mes: præterea edocemur ex eadem conſti-
tutione, antea aliud iuris fuiſſe, forte quod
legiſlatores perpenderent has ipſas difficul-
tates, in quibus explicandis verſamur.

Quarto idem Viglius in fulcimentum
ſuæ ſententiæ adducit *l.teſtium, ſupr.de teſti-*
bus, & receptam Doctorum noſtrorum in-
terpretationem *l.2.ſupr.de bon.poſſ.contra ta-*
bul. quod † ſcilicet amiſſis teſtamenti tabu- 17
lis, tenor teſtamenti per duos teſtes proba-
ri poſſit: quam opinionem ibidem inſinu-
ant Alexander *numero 8.* Decius *numero 6.*
verſ.in vno tamen caſu, Iaſon num.12. Bald.in l.
teſtium, C.de teſtibus. Salycetus in vltim.notab.
Raphael Cumanus in l.heredes palam, in princip.
ff.qui teſtament.facere poſſ. Neuizan.conſilio 80.
numero 24. Ioſephus Maſcard.concluſion.1352.
numero 52. vbi in eandem ſententiam refert
Alban. Campegium, Catell. Cott. Sed re-
ſponderi poteſt, illud nulla certa iuris aucto-
ritate defendi, vt cõfitetur idem Raph. Cu-
ma. Io. Coraſ. *in l.admonẽdi, n.34.ff.de iureiur.*

Digitized by Google

& d. l. 2. num. 7. oſtendit Corneus, cum diſpar ſit ratio legis teſtium, quippe, vbi ſolutio, vel res geſta etiam potuiſſet ab initio probari per duos teſtes, niſi ſcriptura interueniſſet: probata igitur ſolemnitate contraria, ſcilicet, quod ſecuritas in ſcriptis accepta fuerat, quodque eadem caſu intercidiſſet, poteſt ipſa ſolutio etiam per duos teſtes probari, quod de teſtamento dici non poteſt, in
18 † quo ſeptem teſtes, nedum ratione ſolemnitatis, ſed etiam formæ ſubſtantialis interuenire debẽt, *l. hac conſultiſſima, inf. hoc t.* Circumſcripta denique hac interpretatione, de cuius veritate in præſentia non inquiro: tamen diuerſa ratio deprehẽditur in noſtra quæſtione, quod nos aduerſus caſus fortuitos non poſſimus ſemper munire, *l. contractus, 23. ff. de reg. iur.* Porro teſtator, vt an-
19 tea dixi, teſtamentum † cognita morte teſtiũ, inſtaurare potuit, vnde procedere hæc illatio poſſet, ſi poſt obitum teſtatoris, antequam hereditas adiri poſſet, vel teſtamentum publicari, id eueniſſet.

20 Quintum argumentum eſt † ex *l. 2. infr. quemad. teſtam. aper.* vbi in abſentia teſtium, teſtamentum coram aliis honeſtis viris aperiri poteſt. Sed & hic ſcrupulus ceſſabit, ſi ſtatuamus hanc diſpoſitionem, tanquã generalem, reuocari debere ad intellectum *l. ſed etſi quis, 7. ff. teſtam. quemad. aper.* vt ſcilicet poſtea ad abſentes teſtes ipſum teſtamentũ cauſſa recognitionis mittatur, vt Alexander eodem loci reſpondet.

Vltimum Viglii argumentum eſt, quod valeat teſtamentum, quamuis teſtis dubi-
21 tet, an † ſigillum ſuum ſit, ſi probetur ipſius ſigillum, *l. 1. §. final. ff. teſtam. quemad. aper.* ſed reſponderi poſſet, quod ille textus nihil ad propoſitum faciat. Admiſſa denique hac ipſa interpretatione eadem cõſideratio hic quoque interueniet, quod teſtator diuinatione conſequi non poſſet, quid poſt mortem ſuam teſtes facturi eſſent.

22 Ex his igitur apparet, hanc † Viglii expoſitionem ſatis dubiam eſſe, quamuis fateri cogamur, eandem ab æquitate non abhorrere, cum quis ſecurius inniti poſſit inſtrumento, tot ſubſcriptionibus & ſignis confirmato, quam ſi vnus tabellio teſtamentum nuncupatiuum in formam publicam redegiſſet. Vnde etiam hanc Viglii opinionem probarunt *in d. §. ſed cũ aliquis, Inſt. de teſtam.* Thob. Nonius *n. 13.* item Petr. Ricc. *n. 62.*

23 Omnibus bene ponderatis † conſtituo, tabellionis auctoritatem, etiamſi præter ſeptem teſtes adhibeatur, ſi verã iuris diſpoſitionem intueri velimus, neutrũ teſtamentum in tuto collocare poſſe, ꝙ ipſi teſtamẽtum publicandi poteſtas conceſſa non ſit, *l. teſtamenta omnia, 18. & l. conſulta diualia, 23. h. noſt. t.* item quod præiudicii grauitas hoc cõciliaſſe videatur, *arg. l. iubemus, hoc noſt. tit.* tutius tamen eſſe arbitror, & non alienum ab æquitate, ſi receptam Doctorũ ſententiam in iudicando ſequamur, quæ adiuuari videtur per *l. hac conſultiſſima, ſup. qui teſtam. fa. poſ.* dum Imperator, *verſ. quibus omnibus*, ait, teſtamentum manu tabellarii conſcriptum, & a ſeptem teſtibus, & eodẽ tabellione ſubſcriptum & cõſignatum, plenum robur obtinere, niſi quis & hic publicationis ſolẽnitatem ex definitione aliarum legum adiiciendam putet, quod aliis diſcutiendum relinquo. In teſtamento autem nuncupatiuo puto & verba legum noſtrarum repugnare, & etiam ipſam æquitatem ex cauſſis, quas ſupra non diſſimulaui, aliud exigere.

Quod vltimo de conſuetudine † obiici- 24
tur, facile infringi poſſet, ſi ingereremus admodum periculoſum eſſe, de generali conſuetudine quid certi pronuntiaſſe, ſecundũ ea, quæ retulimus ſupra *in l ſenium, §. fin. tit. proximo.* Sed quia experiundo deprehendimus, hanc ipſam conſuetudinem latius patere, quam expediat, idcirco exiſtimamus, illam non ex mente legum, quæ aliquid dubitationis habebant, ſed promiſcua, & minus conſiderata interpretatione ſcribentiũ inuaſiſſe. Vnde quidem ſi tractetur de teſtamento, in ſcriptis, eandem & ſalubrem, & laudabilem eſſe puto, vt homines tanto facilius & expeditius vltima elogia conſcribere poſſint, *l. curent, de teſtib.* Quod ſi vero agatur de teſtamento nuncupatiuo, hic & noxiam eandem eſſe, & admodum periculoſam, vnde putarem, Iudicem recte, atque ordine facere, ſi hactenus illam tueatur, & in illis locis & caſibus, vbi certo recepta eſt, neque vlla ratione adiuuandam interpretatione *l. quod non ratione.* Porro, vt teſtatores ſeſe aduerſus hanc iniuriam, qua eorum te-
ſtamenta deprauari † poſſent, ſine difficul- 25
tate munire queant, conſilii eſſe exiſtimarem, ſi vnius tabellionis ſcripturæ, atque fidei omnes fortunas ſuas non committerẽt, ſed ne quid falſi ab iiſdem ſuſcipi poſſet, teſtes quoque, ſi non omnes, ſaltem præcipuos huiuſmodi teſtamentum ſubſcribere curarent, cum in teſtamento nuncupatiuo abundans cautela reiicienda non ſit, *vt in l.*

in l. hac conſultiſſima, §. per nuncupationem h. t. illud commodius tractabitur.

Lex, Ex imperfecto,3.

SVMMARIA.

1 *Dignam vocem maieſtati Imperii, ſe legibus alligatum profiteri.*
2 *Proprium Imperii eſſe, legibus viuere, & conſequenter ex imperfecto teſtamento nihil vindicare.*
3 *Princeps etiam in contractibus iure priuati vti ſolet.*
4 *Quando Princeps iure proprio vti dicatur.*

CVm populus in Principẽ omne impe-
rium & iuriſdictionem tranſtulerit, *l. 1.*
ff. de conſtit. Princip. §. ſed quod Principi, Inſt. de
iur. nat. gent. & ciuil. & hinc etiam legibus ſo-
lutus eſſe dicatur, *l. Princeps, ff. de legib.* tamen
1 dignam † vocẽ maieſtate ſui imperii eſſe du-
xit, ſe legibus alligatũ profiteri, *l. digna vox,*
ſup. de legib. vel vt Imperator Alexander hic
cum ſumma humanitate reſcribit, nihil tam
2 proprium † imperii eſſe, teſtari, quam legib.
viuere, hinc inferentes, quod ex imperfecto
teſtamento nihil vindicare velint, ſed eodẽ
iure vti, quo priuati, quod & ipſum cõſtitue-
runt Conſtantinus *l. ſi quis*, item Valentinia-
nus & Valens, *l. cum heredes, ſup. qui teſtam. fa.*
poſſ. & repetunt etiam Honorius & Theo-
doſius *in l. nolumus, h. noſt. tit.* Ceterum, quia
hæc conſideratio certam difficultatem ha-
bet, idcirco eandem cõuenienti diſtinctio-
ne expediemus: referre enim ſtatuimus, an
Princeps ab alio inſtituatur, vel alius cum il-
lo contrahat, an denique Princeps, quod ſui
arbitrii erat, ſolus expediat. Vltimo, an ali-
quid coram Principe geratur. Primo caſu
habebunt locum, quæ hic cõprehenſa ſunt.
3 Secũdo vero caſu Princeps etiam iure † pri-
uati vti ſolet, *l. Cæſar, ff. de publican. ita Iaſ. hic*
num. 3. Sichard. num. 7. Bald. num. 1. Angel. circa
fin. Lud. Roman. in l. præcedenti, nu. 12. Fulg. n. 2.
Corn. n. 3. idque arg. *c. 1 extr. de prob.* Nam vt
alibi Baldus cõmemorat, quamuis iure ci-
uili ſolutus ſit, nõ tamen eſt ſolutus contra-
ctus obligatione, quæ ſint iuris gentium, *l. ex*
hoc iure, ff. de iuſt. & iur. Tertio vero caſu pau-
4 lo aliter † res comparata eſt. Nam ibidem in
multis caſibus vtitur iure proprio: hinc fit,
quod quamuis donatio inter virum & vxo-
rem conſtante matrimonio non valeat, *l. 1.*
ff. de donat. inter virum & vxor. tamen Prin-
ceps ſuæ vxori cum effectu donet, *l. donatio-*
nes, ſupr. de donat. inter virum & vxor. Pari ra-
tione citra inſinuationis ſolemnitatem do-
natio ab eo facta, valet, *l. ſancimus, infr. de do-*
nat. quod in aliis non admittitur, *Caſtr. hic in*
princ. Iaſon num. 2. Sichard. nu. 7. Quid autem
obtineat, ſi teſtamentum coram Impera-
tore ab alio fiat, poſtea intelligemus *in l. o-*
mnium, hoc tit.

Lex, Si in nomine,4.

SVMMARIA.

1 *Fundamentum vltimæ voluntatis in heredis inſtitutione conſiſtit.*
2 *Error in nomine vel ſimili deſignatione non nocet,*
3 *Appellatione nominis quid contineatur.*
4 *Quid apud Romanos ſit prænomen, cognomen, & agnomen multis exemplis illuſtratum.*
5 *Quibus caſibus agnomen in cognomen cõuerſum ſit.*
6 *Cognominis appellationẽ duplicem ſignificationem ſuſtinere.*
7 *Conſuetudinem noſtræ ætatis cum priſca illa deſignatione non conuenire.*
8 *Difficultates quædam circa principale axioma, an error nominis teſtamentum vitiet.*
9 *Si error in tota deſignatione cõmittatur, teſtamentum non ſubſiſtet, aliud ſi in parte demonſtrationis fiat.*
10 *An huiuſmodi error etiam noceat in teſtamento nuncupatiuo.*
11 *An error nominis in teſtamento cæci illud vitiet?*
12 *Si erretur in deſignatione diœceſis, vel ciuitatis, ipſũ reſcriptum periclitabitur, & quare.*
13 *Error nominis proprii craſſior eſt, quam vt tolerari debeat.*
14 *Intellectus l. penult. ff. de rebus dubiis.*
15 *Error in nomine appellatiuo vitiat legatum.*
16 *An illud obtineat, ſi res præſens digito demõſtretur?*

CVm fundamentum vltimæ voluntatis †. 1
in heredis inſtitutione conſiſtat, *Inſt. de*
hered. inſtit. in princ. conſectarium eſſe vide-
batur, vt ſi teſtator in deſignatione ipſius
heredis, in † nomine ipſius, prænomine, co- 2
gnomine, vel agnomine erraſſet, teſtamen-
tum ex hac cauſſa vitiaretur. Contrariũ ta-
men reſcribit Imperator Gordianus, errorẽ
huiuſmodi veritati non officere, modo cer-
tũ ſit, de quo teſtator ſenſerit: idem quoque
in legatis & fideicõmiſſis conſtitutum vide-
mus a Iuſtiniano *§. ſi in nomine, Inſt. de legat.*

Priuſquam de præſenti reſcripto, quã vim
habeat, diſcutiam, e re me facturum exiſti-
maui, ſi quid pronuntiatione nominis, præ-
nominis, cognominis, & agnominis, conti-
neretur, verborum cõpendio exhiberẽ, ne
vna cum Accurſio, & aliis noſtris Interpre-
tibus hic impingamus. Appellatione † igitur 3
nominis nõ deſignant Iuriſconſulti, & Ro-
manæ linguæ priſci auctores illam vocẽ, quæ
nobis naſcentibus in ipſo baptiſmate impo-
ni ſolet, veluti cum quis *Petrus Paulus*, aut *Io-*
annes appellatur, ſed gentis ipſius. Diuerſa † 4

Digitized by Google

cauſſa prænominum eſt, quæ, vt diſtinguerentur ab aliis ſuæ familiæ & gentis, iiſdem a parentibus dari conſueuerunt. Exemplo res illuſtrior reddetur, cũ dicimus, *Publius Cornelius Scipio Africanus*. Prima dictio propriũ nomen demõſtrat, ſecũda vero totius gentis Corneliæ: tertia aũt eſt cognomẽ, vt cum diuerſæ eiuſdẽ gẽtis eſſent familiæ, hoc modo etiam diſcerni poſſent; hinc nonnulli ex gente Cornelia Scipiones, quidã Lentuli, alii Syllæ, nõnulli Aſinæ cognomen tulerũt; agnomen aũt ab euentu plerumq; adſciſcere ſolent, vt dum vocatur *Africanus*, quod Africam domuerit, item dum frater patruelis eiuſdem Publius Cornelius Scipio Naſica, a forma ipſius naſi, vel ſimili ex caſu vocatus eſt, quo pacto etiam frater ipſius Scipionis Africani appellatus fuit Aſiaticus, quod Aſiam prouinciã Antiocho regi victo extorſiſſet. Eo referri poſſent alia agnomina, vt vt dum Publ. Seruilium vocamus *Iſauricum*, Caium Metellũ *Macedonicum*, Druſum *Germanicũ*, cuiuſmodi nomina multa ipſum Iuſtinianum ſibi vindicare animaduertimus. Alia exẽpla tradi poſſunt in Cicerone, Cæſare, Scæuolis, dum dicimus, *Marcus Tullius Cicero, Publius Mutius Scæuola, Caius Iulius Cæſar*. Hic enim hæ voces *Marcus, Publius, Caius*, nomen proprium, quod prænomen dicimus, deſignant. *Tullius, Mutius, Iulius*, familiæ, vel gentis ſignificatione fungũtur. *Cicero, Scæuola, Cæſar*, ex agnominibus cognomine ſunt facta. Etenim ab initio vni ſoli cõpetebat, vt Scæuolæ illi, qui Caius Mutius antea duntaxat vocatus, in conſpectu Regis Porſenæ iniectã rogo manũ cõbuſſit, ita vt vna vola manus carens, altera duntaxat vti poſſet; idẽ de Cæſaris progenitore dici poteſt, ꝙ ſcilicet poſt mortẽ matris ex vtero ipſius exſectus tale agnomen habuerit; idem de Cicerone cõmemorare licebit, forte ꝙ vnus ex maiorib. id genus leguminis in Italiam prior trãſtulerit, ſiue ꝙ ex negotiatione eiuſdẽ leguminis, aut ſimili ex euẽtu huiuſmodi agnomen ſumſerit. Et quãuis hæc
5 agnomina † cũ ipſis perſonis exſtingui ſolẽt, vt in Scipione Africano, Numantino, Aſiatico: tamen ex quo ſoboles ex gente Iulia Mutia Tullia prognata tale agnomen retinuerunt, conuerſum eſt in cauſſam cognominis, idẽ de aliis agnominibus dici poſſet, vt *Torquati, Silui, Coruini, Curſoris*. Et hãc eſſe veram harũ dictionũ diſtinctionem oſtẽdit And. Alciat. *lib. diſpunct. 4. c. 1.* vbi hanc rem accurate perſequitur Franc. Balduin. *Inſt. de legat. §. ſi in nomine, in princ.* Conan. *lib. 2. c. 11. n. 4.* AEmil. Ferret. *in d. §. ſi quis in nomine.* Non fugit tamen me Ant. Auguſtinũ *lib. 3. emend. c. 8.* item eundem Balduin. dubitare, de voce agnominis, an illud latinũ ſit, quod nihil ſignificare videatur, quod appellatione nominis non contineatur, qui etiã propterea auctor eſt, vocabulũ agnominis expungendũ eſſe: ſed meo iudicio temere, cũ priuato talis auctoritas cõceſſa non ſit, & huiuſmodi vocabulum etiam apud Ciceronem inueniatur, *lib. de inuentione Rhetorices*, quo pertinet etiam carmen Ouid. *lib. 3. de Ponto*:

Adiectiq; probent genitiua agnomina Cottæ.

Concedo tamen cognominis † appellationem etiam hac ſignificatione fungi, vt apparet ex verbis Ciceronis pro Lucio Muræna, quam laudem ille Africa oppreſſa cognomine ipſo præ ſe ferebat, eandem hic ſibi ex Aſiæ nomine aſſumſit, de qua re copioſe Schrad. *in dictione, nomen*, qui tamen Alciatum, eius rei gratia reprehendit, quod cognomen ſtatuat eſſe proprium, & peculiare cuiuſque nomen, quod ſane ex illo colligere non poſſum, cum ſe ipſum ſatis aperte declaret: Ait enim, quod nomini præponitur prænomen eſſe, quod poſtfertur cognomen, quod ad vltimum additur, eſſe agnomen: Nam quod addit quędam cognomina in nomina verſa eſſe, illud inſpectioni præſenti non aduerſatur; cum qua ratione agnomen in cauſſam cognominis aliquando conuertitur; eadem ratione nihil prohibeat cognomen nominis officium ſuſtinere. 6

Ceterum, ſi noſtræ Germaniæ † atque ætatis conſuetudinem intueri velimus, fortaſſe non improprie, quod illi pręnomen dixerant, nos nomen appellabimus, familiam autem cognominis deſignatione complectemur, cui plerumque inter nobiles agnomen adiici ſolet, ab arce cuiuſque, vel loco, in quo quis dominium exerceat. 7

Hæc de ſignificatione nominum † ſufficerint, reuertimur ad principale axioma, & obiicimus primo *l. quotiens, 9. ff. de hered. inſt.* Secundo *l. hac conſultiſſima, ſupr. hoc tit.* Tertio *l. ſi pater, inſ. de hered. inſt.* Quarto *c. Rudolphus, 35. & cap. ſignificante, 34. extr. de reſcript.* Quinto *l. fin. infr. de hered. inſtit.* Sexto *l. pen. ff. de rebus dub.* Septimo *l. ſi quis in fundi, 4. ff. de legat. 1.* 8

Quod ad primum argumentum attinet, illud diluemus, ſi meminerim' intereſſe, an quis in † certa parte demonſtrationis erret, 9 an ve-

Digitized by Google

an vero in deſignatione totius. Primo caſu in cauſſa inſtitutionis locum habent, quæ hic ſcripta ſunt. In ſecundo vero caſu procedit definitio *l. quotiens, ita gloſſ. in verb. alium, Bartol. in ſuo ſummario, Bald. in princip. Cuman. num. 1. Caſtrenſ. num. 1. Ioan. ab Imol. in princ. Ang num. 1.* quamuis eadem lex ex demonſtratione exemplorum poſſit videri ex alia cauſſa, talem inſtitutionem improbaſſe, quod ſcilicet teſtator in cauſſa finali erraſſet, ſed ipſa legis ratio priorem interpretationem confirmat, dum ait, *neque illum heredem fore, qui ſcriptus eſt, quod voluntate deficiatur, neque is quem voluit, quod ſcriptus non ſit;* quæ deciſio ſatis dura videtur. Vnde exiſtimarim (quamuis illud nemo Doctorum attingat) quod ſi id accidiſſet in teſtamento
10 nuncupatiuo, & tabellio † alium, quam qui ore teſtatoris deſignatus erat, adſcripſiſſet, nihilominus priorem eſſe heredem. Ratio illa eſt, quod ſubſtantiam, vel ſolemnitatem huius teſtamenti non metiamur ex ſcriptura, quæ memoriæ cauſſa duntaxat interuenire ſolet, *l. 4. ff. de fid. inſtrum.* ſed & ipſa nuncupatione, *l. iubemus, h. noſt. tit. & l. hac conſultiſſima, §. per nuncupationem, eod. tit.*

Quamuis Franc. Aret. *hic num. 1. verſ. limitatur dupliciter*, item Iaſon *num. 2.* exiſti-
11 ment, errorem † nominis in teſtamēto cæci totam diſpoſitionem ſubuertere: tamen hanc obſeruationem non puto veram eſſe, cum ex his, quæ ibidem cōplexi ſumus, conſtet, vel vnam demonſtrationem aliquando ſufficere, modo certa ſit. Accedit quod Angel. ab illis adductus, cuius auctoritate hoc confirmant, ſaltem in meo codice, nihil tale commemoret.

Admitto tamen in teſtamento cæci nos accuratius verſari debere, & operam dare, ne teſtator circūueniatur. De lege, *ſi pater,* diſſeremus *in l. ſeq. & ſuo etiam loco.*

Difficultatem, quæ oritur ex *c. ſignificante, & c. Rudolphus*, tollemus, ſi vna cū Panormitano *ibid. n. 4.* Felin. *num. 1.* qui idem ſentientes allegat Hoſtienſ. Butrium, Dominicum, Imol. Io. Andr. Spec. Bart. & alios, dicamus, propterea tale reſcriptum, in quo er-
12 retur, in † deſignatione diœceſis & ciuitatis periclitari, quod non conſtet de corpore. Nam ſi ex aliis certis demonſtrationibus de eo liqueret, idem quoque probandum eſſet: Vel cum ipſo Panormitano, qui meo iudicio diſtinctius loquitur *ibidem num. 4.* ſtatuamus, hoc propterea accidere, quod non conſtet de voluntate reſcribentis, qui ſi fortaſſe compertum habuiſſet, illum eſſe alterius diœceſis, reſcriptum non fuerat daturus, vel alios Iudices in propinquiori loco deſignaturus, *argum. cap. ſicut, eodem tit.* Nam inter Remenſem & Leodienſem diœceſin longum interuallum eſt. Vnde illud fuiſſet coniunctum cum ipſius rei graui detrimento, ſi, cum reſcriptum impetraretur cum derogatione conſtitutionis de duabus diætis, ille vero in extranea diœceſi cum multis ſumtibus apud Iudices ignotos litigare cogeretur.

Lex *ſi a infr. de hered. inſt.* expeditam † in- 13
terpretationem habet, cum error nominis proprii craſſior ſit, quam vt tolerari poſſit, & quodammodo dementiæ argumentū contineat, *vt diximus in l. furioſum ſup. tit. prox.*

His ita digeſtis parum præiudicii adferet
noſtræ poſitioni † *l. pen. ff. de reb. dub.* cum ea- 14
dem confirmet, quæ dicta ſunt, & certa declaratione illuſtret: Cōſtituit enim Iuriſconſultus, dubitatum fuiſſe, an is, qui habebat Flaccum Fullonem, & Philonicum piſtorem, Flaccum piſtorem legauerit, vxori inueſtigandum eſſe, an teſtator nomina ſeruorum comperta habuerit, an minus, vt primo caſu Flaccus deberetur, ſecundo verò Philonicus, niſi aliter appareret, de quo teſtator ſenſiſſet.

Nō multum negotii nobis exhibebit *l. 4. de legat. 1.* ſi cum Iuriſconſulto diſtinguamus inter nomina propria & appellatiua. Error
enim in nomine † appellatiuo vitiat legatū, 15
veluti, ſi quis, cum veſtem ſuam alicui legare vellet, ſupellectilem adſcripſerit: appellatione enim ſupellectilis veſtis non continetur. Quamuis teſtator hoc exiſtimauerit idem, ſi cum argentum legare vellet, veſtem duntaxat reliquerit, quod putaret pronuntiatione veſtis etiam argentum comprehendi. Etenim, vt ait Iuriſconſultus, rerum vocabula immutabilia ſunt, hominum vero mutabilia. Hanc Iuriſconſulti definitionem Angel. *num. 2.* Caſtr. *num. 2.* Franciſcus Aretin. *num. 1.* Ludou. Roman. Iaſon *in d. l. 4. num. 57.* poſt Bartol. Alexand. Imol. Angelum, & alios, eo caſu declarant, † quo res 16
præſens digito demonſtraretur, alias autem eſſe audiendos legatarios, quamuis velint de volūtate teſtatoris docere, quamuis Baldus *hic num. 1.* Cumanus *d. l. 4.* Corn. *hic n. 3.* exiſtiment, etiam huiuſmodi errorem probantem admittendum eſſe: ſed addit Corn. hoc caſu ſeptem teſtes neceſſarios eſſe.

Digitized by Google

Lex, Neque profeſſio, 5.

Svmmaria.

1 *Quæ teſtamento relinquuntur vt filiis iiſdem, non debentur, ſi filii non ſint.*
2 *Intereſſe inter demonſtrationem nominis, & eius qualitatis, quæ teſtatori hortamento fuit, vt legaret, vel fideicommiſſum relinqueret.*
3 *An vitioſa fuerit inſtitutio ipſius Iacobi, quem Iſaac Eſau eſſe exiſtimauerat?*
4 *Demonſtratio falſa ſub deſignatione ſanguinis nõ nocet, ſi teſtator non errauerit.*
5 *Intellectus l.1.§.Pomponius.ff.de Carbon.edict.*

QVamuis de materia præſentis reſcripti
ſatis copioſe ſcripſerim *in l.non epiſtolis,*
& l.non nudis, *ſup.de prob.* tamen ex quo hic
1 ſtatuatur, ea, quæ † vt filiis teſtamento re-
linquuntur, iiſdem non deberi, ſi filii non
ſint, de hoc legis noſtræ membro nonnihil
diſſerendum eſſe puto. Videntur enim re-
pugnare lex præcedens, deinde *l.nemo,* §.*qui*
frater, *ff. de hered. inſtit.* tertio *l. 1.* §. *Pom-*
ponius, *ff. de Carbon.edict.* Extricabimus nos
ex prima difficultate, ſi differentiam con-
2 ſtituamus inter demonſtrationem † nomi-
nis, & eius qualitatis, quæ teſtatori horta-
mento fuit, vt legaret, vel fideicommiſſum
relinqueret: vnde ſi aliquem filium appel-
let, qui vere filius non ſit, neque inſtitutio,
neque etiam legatum valebit, *vt hac noſtra*
lege, & l.ſi pater, 4. infr.de hered.inſtit. Si do-
ceatur, eius filius non eſſe; idem erit, ſi ali-
quem inſtituerit vt fratrem, *l. nec apud, 7.*
eodem titul. & l.eam quam, infr. de fideicomm.
quod huiuſmodi error vtrobique noceat.
Idem igitur dicendum videretur, ſi ali-
quem vt primogenitum inſtituat, qui ta-
lis non ſit, *gloſſ.in l.quotiens,in dictione,alium,*
3 *ff.de hered.inſtit.* inferendo propterea † non
valuiſſe inſtitutionem ipſius Iacob, quem
pater primogenitum ipſius Eſau eſſe exiſti-
mabat. Et quamuis Ioan.ab Imol.*ibid.num.*
8. conſtituat talem inſtitutionem ex eo va-
luiſſe, quod parens Iſaac non tam erraſſet,
quam dubitaſſet, & quod poſtea cognita to-
tius rei veritate, ſuam inſtitutionem muta-
re noluiſſet, nos tamen neutram rationem
ſubſiſtere exiſtimamus, cum in tali deſi-
gnatione requiratur certitudo, *l.hac conſul-*
tiſſima, ſupr. titul. proxim. deinde, quod ex
contextu ſacræ ſcripturæ appareat, patrem
ita lapſum fuiſſe. Porro, quod ad ſecundam
rationem attinet, illa ex eo reiici poterit,
quod in teſtamento patris cæci, ſi non ſe-
ptem, *d.l.hac conſultiſſima*, ad minus autem
duo teſtes requirantur, de qua re *infr. in l.*
hac conſultiſſima, §.*ex imperfecto.* Qua de cauſ-
ſa longe aliam rationem in tali benedictio-
ne & inſtitutione interueniſſe puto, nem-
pe diuinam deſtinationem, quæ perſonam
ipſius Eſau reiecerat, *cap.Eſau, diſtinct.86.* &
ipſum Iacob loco ipſius ſubſtituerat, contra
diuinam ordinationem nobis tendendum
non eſt, *c.Imperatores, diſt.9.*

Scrupulum ſecundo loco iniectum exi-
memus, ſi meminerimus in *d.l. nemo*, §.*qui* 4
fratrem, nullum errorem interceſſiſſe, ſed
eum fratrem vocatum, quem teſtator fra-
trem ſuum non eſſe ſciebat: ſed propterea
illum fratrem appellaret, quod fraterno a-
more eundem diligeret.

Quamuis Paulus Caſtr. item & Iaſon *hic*
num.5. ſtatuant, eandem conſiderationem
etiam nobis præſtare poſſe a periculo, quod
ex † *l.1.* §.*Pomponius, ff.de Carbon.edict.* exiſte- 5
re poſſet: tamen talem ſolutionem proban-
dam non exiſtimaui, quod diuinationis la-
be inquinata eſſet. Accipio itaq; eundem §.
quod habeat bonorũ poſſeſſionem, etiam-
ſi filius non ſit, modo ſit iam in quaſi poſſeſ-
ſione huius iuris, & pro tali inſtitutus ſit, vt
eundem §. intelligunt gloſſ. & Bartol. Sed
hæc res non prohibet, quo minus propin-
qui ipſius defuncti inſtituto heredi poſſint
quæſtionem ſtatus mouere, & ita heredi-
tatem auocare, *l.quidam, 15. ff. de probat.* Et
hæc de præſenti lege ſuffecerint. De lege
verba teſtamenti, nunc temporis non tra-
ctamus, quod pertineat ad cauſſam proba-
tionis, de qua diſſeruimus *in auth. quod obti-*
net, ſupr. de probat.

Lex, Errore, 7.

Svmmaria.

1 *Etiam error circa heredis inſtitutionem interueniens, teſtamento præiudicare non ſolet.*
2 *Cauſſa dubitandi.*
3 *Rationes decidendi.*
4 *Quæ exempla præſenti definitioni conueniant.*
5 *Quid ſi in ipſa heredis inſtitutione duntaxat ſcriptum ſit,* Lucius, *ſine adiectione horum verborũ* heres eſto, *an inſtitutio valeat?*
6 *Opinio gloſſæ.*
7 *Alia ſententia Donelli, quam auctor approbat.*
8 *Quot teſtes requirantur ad probandum errorem teſtatoris, vel tabellionis.*
9 *Opinio Alberici, & aliorum, quod duo ſufficiant.*
10 *Contraria opinio Salyceti, Fulgoſii, & aliorum.*
11 *Error Sichardi, qui priorem ſententiam communem renuntiauerit.*
12 *Diſtinctio Bartoli in l.cum proponebatur, ff. de legat.2.comprobata.*

13 Intel-

13 *Intellectus l.quotiens,ff.de hered.inſtituend.*
14 *Intellectus l.1.§.ſint autem.ff.eod.tit.*

QVæ cauta ſunt *in l.ſi in nomine*, errorem
in demonſtratione alicuius, non vitia-
re teſtamentum,hic inſignem productionẽ
1 recipiunt,vt idem obtineat,quamuis † error
circa inſtitutionem heredis interuenerit.
2 Erant † multæ dubitandi cauſſæ. Primo, q
tota vis teſtamenti in ipſa inſtitutione ver-
ſari videatur,*Inſt.de hered.inſt.in prin.l.fin.inf.
de codicill.§.ante,Inſt.de legat.* Secundo,quod
edoceamur ex *l.quotiens,9.in prin.ff.de hered.
inſt.*quod ſi alius heres ſit ſcriptus, quam te-
ſtator voluiſſet, neutrũ heredem eſſe, neq;
ſcriptum,neq; illum,quem voluit. Tertio,q
l.fin.ff.de codicill. declaretur, nullã eſſe inſti-
tutionem eius teſtamenti,in qua ſcriptus nõ
ſit, quamuis teſtator illum vt heredem nun-
cuparit. Quarto,quod *l.1.§.ſin autem,ff.eod.
tit.* Iuriſconſultus circa huiuſmodi inſtitu-
tionem fluctuet, immo plane contrarium
conſtituere videatur in hæc verba: *Ergo & ſi
ita ſcripſerit Lucius, ſolummodo Marcellus non
inſubtiliter non putat hodie hoc procedere.* Con-
3 trarium tamen † Imperatores conſtituunt
ſecuti rationem *l.ſi in nomine,hoc tit.*quæque
multis iuris noſtri reſponſis comprehendi-
tur, *vt l.Imperator,18.ff. de ſtatu homin. l.ſi li-
brarius,ff. de regul.iur.* errorem ſcribentis in-
ſtrumentum fidem veri non perſtringere.
Quæ interpretatio cum per ſe clara ſit, ita
non perinde expeditum eſſe videtur, quæ
4 exempla præſenti † definitioni conueniant:
æſtuat enim gloſſ. quod ex puluere repu-
gnantiæ, quæ cum *d.l.1.§.ſin autem*, eſſe vi-
debatur, ſe excutere non poſſet, propterea
confugit ad exempla *d.l.1.* veluti ſi in teſta-
mento ſcribatur, *Lucius heres*, vel ſi hæc ver-
ba deprehendantur, *Lucius eſto*. Creden-
dum enim eſſe, plus nuncupatum, minus
ſcriptum. Quod ſi vero duntaxat ſcripſerit,
5 *Lucius*, omiſſis † his duobus verbis, hoc caſu
6 gloſſa negat, † inſtitutionem valere, quod
etiam ſequitur Odofred. *hic num.2.* Angel.
num.1. ſed gloſſam meo iudicio non incon-
ſiderate reprehendunt Cynus *hic numer.2.*
Bartol.*num.1.* Bald.*num.6* Fulgoſ.*num.2.* A-
lex *num 5.*Corn.*num.7.* Caſtr.*num.1.* Alber.
num.1. qui tamen certa diſtinctione, de qua
poſtea, hanc difficultatem tollere conatur
Aretin. *num.1.* Ludou. Roman. *num.12.* vbi
animaduertendum eſt, ipſum hanc legem
coniungere,cum *l.neque profeſſio*, Iaſon *num.
1.* Sichard.*num.3.* Donell.*num.2.* Franciſcus
Mant. *de coniectur.vltim. volunt. lib.3.titul.3.
num.5.* Obſeruandum tamen eſt, Caſtren-
ſem, Corneum, Alexand.Iaſon. Mantic.&
multos alios ex ſupra nominatis requirere,
vt ſaltem ex præcedentibus vel ſequentibus
appareat, de voluntate teſtatoris, veluti, ſi
poſt legata & fideicommiſſa, tabellio ita
ſcripſerit, *in omnibus aliis bonis Lucius*, vel ſi
dicat iuxta §.*diuus, l.1.ff. de hered. inſtit. Lu-
cius ex parte dimidia, Titius ex parte dimidia.*
Porro Cynus *num.2.* Alberic.*num.2.* Bartol.
num.1. & denique omnes alii, ſupra a nobis
commemorati, excepto Donello adhuc a-
liam rationem huius difficultatis expedien-
dæ proponunt. Si teſtator † diſerte, idque 7
audientibus teſtibus hæc verba pronuntia-
uerit, *Lucius heres eſto*, & tabellio per erro-
rem duo poſtrema verba omiſerit; tunc e-
nim quia plus nuncupatum eſt, minus au-
tem ſcriptum, poſſe hunc errorem per te-
ſtes probari, & nuncupationem præualere.
Sed admiſſa hac interpretatione, quam ve-
ram eſſe conſtituo, quæſtionis eſt, quot te-
ſtes ſufficiant ad hunc † errorem detegen- 8
dum? Et Cynus quidem † *num.2.* Alberic. 9
num.2. Bart.*num.2.* qui tamen addit dictio-
nem dubitatiuam,*forte.* Bald.*num.4.* Caſtr.
*num.5.*Fulgoſius *num.2. verſ.tamen in proban-
do hæc*, qui tamen poſtea ſe corrigere vide-
tur,Sichard.*num.8.* Alexand.*conſil.14.num.9.
lib.6.*ſtatuunt,duos ſufficere: mouentur au-
tem hi auctores, regula generali, quod vbi
numerus teſtium non ſit definitus, duo te-
ſtes ſufficiant.

Contrariæ ſententiæ, quod † ſcilicet ad 10
hũc errorem probandum ſeptem teſtes re-
quirantur,auctores ſunt Salycet.*num.3.* Ale-
xand. *num.12.* qui pro hac ſententia etiam
allegat Caſtren.ſed meo iudicio ſatis incon-
ſiderate,quod Caſtrenſ.aliud defendat, niſi
interueniſſet totalis, vt loquitur, omiſſio, *vt
Iaſon num.7. Philipp. Corn. hic. num.18. gloſſ.in
l.cum proponebatur, 64 ff. de legat. & fideicom.
2.in diction.quæreretur,& ibidem Bart.num.3.
Angel.num.3. Raphael Cuman. numer.3.* & ibi-
dem idem probare videntur Bald.*numer.4.
Caſtrenſ.num.5.* niſi quis contendat genera-
lem illorum definitionem, hic per diſtin-
ctionem declarari, de qua poſtea, Ioan.ab
Imol.*in l.quotiens,ff.de hered.inſtit. nu.10. De-
cius in l.ſi librarius,ff.de regul.iur.n.10.Franciſc.
Mantic. de coniect.vltim. volunt. lib.3. tit.13.
num. 5. Ioſeph. Maſcard. concluſ. 642.* & hanc
ſententiam cõmuniter receptam eſſe, tra-
dit ipſe Iaſon *hi numero 7.* vnde videtur pa-
rum circumſpecte feciſſe † Sichardus, qui 11

nu.8. Baldi diſtinctionem communiter approbatam eſſe contendit, quam ſubiicio. Is enim *num.4.* ita loquitur: *Quædam ſunt probationes, quæ debent fieri de ipſo teſtamento, & tunc refert, aut circa ſubſtantiam teſtamenti, aut circa certitudinem, aut circa aliquam veriſimilem ſuppletionem. Primo caſu loquitur l.cum proponebatur, cum gloſſ. ſua. Secundo caſu locum habet l.heredes palam, §. ſed ſi notam, ff. qui teſtam. fac.poſſ. Tertio caſu loquitur hic Cynus & Petrus.* Porro Bart. *in d.l.cum proponebatur,* quem alii, quos ſupra cõmemoraui, ſequuntur, longe aliter rem digerit. *Quandoque n.* ait, *quis vult probare diſpoſitionem teſtatoris, quandoque diſpoſitio teſtatoris eſt certa, ſed vult quis probare erratum in aliqua qualitate, vel quantitate. Primo caſu, ſiue quis velit probare diſpoſitionem directo, ſiue per coniecturas, requiruntur ſeptem teſtes in teſtamento, & quinque in codicillis etiam ad probandum illas coniecturas, l.fin. C. de codicill. Secundo caſu ſufficit probatio per minorem numerum, vt d.§ ſed ſi notam.*

12 In hac opinionum conflictatione † Bartoli diſtinctionem conuenientiorem eſſe ſtatuo. Et quidem ſi in cõfectione ipſius teſtamenti in ſcriptis, loco veri heredis alius ſcriptus ſit, tunc illud teſtamentum non ſubſiſtere, neque probationem contrariæ voluntatis admittendam puto, *l.quotiens, 9. ff. de hered.inſt.* ſecundum ea, quę diximus ſupra *in l.ſi in nomine.* Quod ſi autem nullus heres ſcriptus ſit, idem exiſtimo probandum eſſe, *l. final. ff. de codicill.* qua cauetur: quod ſi palam heres nuncupatus ſit, legata autem in tabulis collata fuerint, tabulas teſtamenti non intelligi, quibus heres ſcriptus non ſit. Quod ſi vero teſtator heredem nuncupauerit, & tabellio quædam omiſerit, conſtituo tale teſtamentum valere, etiamſi ſolum nomen heredis expreſſum ſit, & deſiderentur hæc verba, *heres eſto* (quamuis Baldus *hic numer.6.* & Baldum ſecuti Ludouicus Roman. *num.12.* Corn. *num.12.* exiſtiment, hoc caſu teſtamentum in ſcriptis non ſubſiſtere, quod ex ſcriptura ſubſtantiam eius metiamur.) Sed tamen ſeptem teſtes ad probandum errorẽ requirerem, tam in teſtamento in ſcriptis, *vt arguit hæc noſtra lex*, & intelligi debent Interpretes ſupra relati, quam in teſtamento nuncupatiuo. Nec ad rem pertinere puto, conſiderationem ipſius Baldi, quam communiter reiici teſtatur Sichard. *hic circa fin.* Quamuis enim formalem ſubſtantiam metiamur ex ſcriptura: tamen ex benigna interpretatione noſtrorum Imperatorum, id quod cõueniens initium habebat, & per errorẽ tabellionis imperfectum remanſit, adiuuatur: modo conſtet de voluntate teſtatoris, *ita Ang. in l.quotiens, 9 num.1. ff. de hered.inſt. Iaſon in l.2. ſupr. de bonor.poſſeſſ. ſecundum tab. num.13. Alex. hic num.12. Caſtr. num.5. circa finem.* Quod autem hoc caſu ſeptem teſtes neceſſarii ſint, inde colligi poteſt, quod de errore ſcribentis nihil aſſerere poſſint, quin etiam deponant de voluntate teſtatoris, ad quam probandam ſeptem teſtes requiruntur, *d.l. hac conſultiſſima, hoc tit. & l.2. ſupr. de bonor. poſſeſſ. ſecundum tab.* Aliud autem dicendum eſt, ſi circa rei legatæ, vel per fideicommiſſum, relictæ aliquid difficultatatis emerſiſſet, veluti, quod non conſtaret, quos, cuius æſtimationis aureos, quis reliquiſſet, tunc enim duos teſtes ad tollendam dubitationem ſufficere putamus, qui commemorent ſe ex teſtatore audiuiſſe, quod ſinguli aurei tanti valuerint, puta triginta batziis, &c. vel ſi duo eſſent legatarii eiuſdem nominis & cognominis, & propterea in controuerſia verſetur, cui legatum adſcriptum ſit, *l.10. ff. de rebus dub.* hic duo teſtes ſufficere poſſent, *argum. d.l. vbi numerus, ff. de teſtibus.* Vnde etiam ſola teſtatoris annotatio, vel in margine, vel in calce teſtamenti facta, his caſibus admitteretur, *d.l. heredes palam, 21. §. ſed ſi notam, ff. qui teſtam. facer. poſſ. ita Bart. d. l. cum proponebatur. Maſcard. d. concluſione 642. num.5.* vbi plures commemorat, & alii auctores ſupra a nobis relati. Porro, ſi duntaxat omiſiſſet dictionem, *eſto*, veluti, *Lucius heres*, hic ipſam iuris præſumtionem ſine adminiculo teſtium ſufficere arbitrarer, *dicta l.prima. ff. de hered. inſtituend. §. ſin autem.*

Quibus ita prælibatis, non eſt, quod nos torqueant ea, quæ pro contraria parte allegata ſunt: quamuis enim heredis inſtitutio ſit caput & fundamentum ipſius teſtamenti, & propterea ſcribi debeat: tamen ſufficit in præſenti caſu, quod aliquis ore deſignatus ſit, & ſcriptura, quamuis imperfecta interuenerit. Lex, † *quotiens, ff. de he-* 13
red. inſtituend. locum habet, quando alius pro alio heres in totum ſcriptus eſt, idque procul dubio procedit, ſi ipſe teſtator ita impegerit. Quod ſi vero tabellionem lapſum eſſe ponamus, dubitari poſſet, *an idem probandum eſſet?* Et putarem hoc caſu intereſſe inter teſtamentum, in ſcriptis, & teſtamentum nuncupatiuum, cum hic nihilomi-

Digitized by Google

hilominus valeat, ſi per teſtes ſeptem pro-
bari poſſit, illic vero ex eo teſtamẽtum cor-
ruat, quod is, quem teſtator heredem eſſe
voluit, nulla ratione ſcriptus ſit. Et hoc caſu
poſſet procedere animaduerſio Baldi, *hic
nu. 6. Cornei nu. 12. Caſtr. hic nu. 5. Lud. Roma. n.
12. Franc. Mant. de coniect. vlt. vol. libr. 2. titul.
13. nu. 5.* qui tamen loquuntur eo caſu, quo
plane nullus eſt ſcriptus, *vt l. fin. ff. de codicill.*

14 Quod denique obiicitur ex † *l. 1. §. fin au-
tem, ff. de hered inſtit.* duplici ſolutione tolli
poteſt. Primo, quod ſecundum Bar. *hic nu. 1.*
ea lex concepta ſit in perſonam ipſius teſta-
toris, noſtra autem lex locum habeat in ta-
bellione vel alio ſcribente. Altera ſolutio
eſt, quod ſententia Marcelli per præſentem
legem videatur corrigi.

Lex, Caſus, 8.

Svmmaria.

1 *Error noſtrorum interpretum circa explicationem præſentis legis.*
2 *Expoſitio gloſſæ Odofredi, Bartoli.*
3 *Noua expoſitio Godofredi.*
4 *Teſtes in conſpectu teſtatoris ſuo officio fungi debent.*
5 *An teſtes tempore contagionis in proximo conclaui vocem teſtantis excipere poſſint, cum teſtatorem non viderint.*
6 *Neceſſitatis & periculi habenda ratio eſt.*
7 *Textum noſtrum non loqui de teſtatore, qui peſte laboret, ſed de teſtibus.*
8 *Teſtes eodem morbo laborantes adhiberi poſſe, neq; eorum morte teſtamentum corruere.*
9 *An minor numerus teſtium tempore contagioſo ſufficiat.*
10 *Sententia Alexandri & multorum interpretum, qui nihilominus ſeptem teſtes requirunt.*
11 *Argumenta pro defenſione huius ſententiæ.*
12 *Contraria opinio Philippi Portii, Andreæ Gail & Mynſingeri, qui duos aut tres teſtes ſufficere poſſe contendunt.*
13 *Argumenta quibus hæc ſententia confirmari videatur.*
14 *Tertia opinio exiſtimantiũ hoc caſu ad minus quinque teſtes neceſſarios.*
15 *Confirmata prior ſententia, idq; auctoritate præſentis legis. & l. conficiuntur §. codicillis ff. de codicill.*
16 *Quare militibus conceſſum ſit, vt adhibeant minorem numerum.*
17 *Argumentum a comparatione belli & peſtis non procedere, quando diuerſa ratio interuenit.*
18 *Intellectus l. fin. hoc tit.*
19 *Minorem numerum teſtium vitiare teſtamentum, quamuis aliqui vi aut dolo prohibiti ſint venire.*
20 *Lege municipali vel conſuetudine regionis aliud in propoſita quæſtione induci poſſe.*

1 HVius noſtræ conſtitutionis † mẽtem &
veram interpretationẽ nemo ſcriben-
tium meo iudicio hactenus adſecutus eſt. Et
2 ſane admodum aliena cenſeri † debet ex-
poſitio gloſſæ, *in verb. remiſſum eſt*, quam ſe-
quuntur Odofred. *in prin. Bart. in ſuo ſumma-
rio*, Bald. Ang. Salyc. Corn. Fulg. Alber. Frã.
Aret Lud. Rom. Iaſon *in ſuis ſummariis, Caſt.
nu. 1. Donel. nu. 2.* quæ exiſtimat hæc verba,
*teſtes enim huiuſmodi morbo oppeſſos, eo tempore
iungi atque ſociari remiſſum eſt*, ita accipienda
eſſe, id eſt, conceſſum eſt eis diſſociari, dum
tamen ſtatim redeãt. Exemplum proponit
glo. in perſona vnius teſtis, qui morbo cadu-
co oppreſſus, ceteris terrori fuerit, vt ſcilicet
illo ſummoto exſpectent quoad reuertatur,
vel alius eius loco ſubſtituatur, hanc enim
interpretationem in diuinationem incide-
re conſtituo. Porro Godofredus *in ſuis Gloſſis
ad præſentem legem*, vt nouam, † ita ſane inge- 3
nioſam & a ſenſu legis non abhorrentẽ ex-
plicationem perſequitur, quã vt melius per-
cipiamus quædam præmunienda ſunt. Te-
ſtes nedũ in conſpectu ipſius † teſtatoris te- 4
ſtimoniorum officio fungi, *l. ſi non ſpeciali 9.
h. tit.* ſed etiam coram teſtatore omnes eo-
dem loco ſuo vel alieno annulo, ſignare de-
bent, *l. ſi vnus 12. h. t.* Quod ſi igitur pona-
mus, teſtatorem peſte, vel alio contagioſo
morbo correptum, & teſtes eius rei timore
nolle ad conſpectum ipſius accedere, ſed in
proximo † conclaui, vel etiam area vocem 5
ipſius, quæ cognita ſit, excipere, vel cum an-
tea in conſpectu ipſius voluntatem prælegi
audiuiſſent, nonnihil ſecedentes ſubſcribe-
re teſtamentum & ſignare, ſi teſtamentum
ad iuris regulas reuocatum neutro caſu ſub-
ſiſteret Primo non, quod ipſum teſtantem
non vidiſſent, *d. l. 9.* nec etiam ſecũdo, quod
ſeparatim, & non coram teſtatore ſignaſ-
ſent, *d. l. ſi vnus 12. h. t.* Ceterum quia † ne- 6
ceſſitatis & periculi habenda eſt ratio, *l. 2. ff.
ad l. Rhod de iact. §. cum in eadem naue*, idcirco
Imperatores declarant, hanc ſolẽnitatem,
vt teſtatori iungerentur, & ſociarentur, eo
tempore remiſſam eſſe, non tamen eo vſq;
procedẽdum, vt exiſtimaremus, etiã ſubla-
tam obſeruationem conueniendi eorum
numeri, quod intelligo ſolemnis, ſeptem ni-
mirum teſtium.

Quãuis itaq; hæc enarratio mihi nequa-
quam extranea videatur, tñ qnod textus no-
ſter non loquatur de teſtatore † qui tali lue 7
infectus ſit, ſed de teſtibus huiuſmodi mor-
bo oppreſſis, & correctio textus, quam ex
auctoritate Baſilicorum *35. tit. 2. cap. 7.* ſe fa-
cere idẽ Godofredus profitetur, periculoſa
cenſeatur, cum tam Florentina quam vul-
garis lectio repugnet, idcirco paulo aliter

Digitized by Google

rem moderandam eſſe exiſtimarem. In teſtamento requiritur, vt ſeptem idonei teſtes adhibeantur, *l. hac conſultiſſima, h. noſt. tit.* qui etiam poſt mortem ipſius teſtatoris ſigilla ſua recognoſcere poſſint, *l. 4. cum l. ſeq. ff. teſtamen quemad. aper.* Ponamus itaq; peſtem ſæuire, & ciuitatem frequentibus funeribus exhaurire, vel idem etiam in morbo dyſenteriæ accidere, & aliquem ſuprema ſua condere velle, & propter cõtagionem non in-
8 ueniri tot teſtes ſanos, ſed inter alios † etiam adhibitos, qui eodem morbo laborabant, & quæri, *an teſtamentum valeat*, Imperatores ſignificant hoc caſu aliquid de iure, vt ſcilicet huiuſmodi teſtes iungi atque ſociari poſſint, non tamen quidquam de ſolemni numero teſtium remiſſum eſſe. Neq; obſtare videtur, quod de recognitione ſigilli antea propoſuimus. Etenim hoc caſu talis neceſſitas etiam remiſſa videtur, ſi illos interea vitam cum morte commutare fingamus. Hæc ſi verbis ipſius legis ſeruire velimus, iuſta noſtræ legis videtur interpretatio. Quod ſi emendationi, locum eſſe ſtatuamus, non diſpliceret obſeruatio ipſius Godofredi, maxime quod facile euenire potuerit, vt loco dictionis *oppreſſis*, vocabulum oppreſſos irrepſerit, ita vt duntaxat de vnius literæ mutatione agatur.

Sed hic occurrit difficilis & admodum controuerſa diſceptatio, *an eo tempore, quo aliqua lues, quæ facile proſerpere ſoleat, ciuitatẽ vel prouinciam inuaſerit, conditor teſtamenti ſeptem*
9 *teſtes adhibere debeat, an vero minor † numerus*
10 *ſufficiat.* Etenim † Alexand. *l. fin. h. tit. num. 3.* requirit ſeptem teſtes, vt etiam facit Iul. Clar. *lib. 3. ſentent. §. teſtamentum, q. 56. num. 3.* qui etiam in hanc ſentẽtiam allegat Ripam, Corneum, Socin. Gratum, Bertrand. Bauerium, Matth. de Afflict. & nõnullos alios, vbi tandem cum profeſſus eſſet hãc arduam eſſe quæſtionem, & indigere deciſione Cæſarea, teſtatur ſe cõputatione auctoritatum habita, proculdubio credere hanc opinionem magis communem eſſe, accedunt Fulgoſ. *l. fin. infra. de teſtam. num. 4. Corneus nu. 7. Caſt. nu. 3.* vbi tradit quod cum dira lues Italiam anno 1348. inuaſiſſet, opus fuerit ſpeciali ſtatuto ad ſubueniendum teſtamentis, *Angel. in l. conficiuntur, §. codicilli, ff. de iure codicill. vt illum refert Vaſquius Roman. in authent ſimiliter, infra ad legem Falcid. numer. 95. Barbat. in rub. de teſtam. hanc quoque opinionem communem tradunt, Decius conſ. 284. nu. 1. & Rip in tract. de peſte, de priuil. vlt. volunt. numer. 7.* Hanc quoque ſententiam a conſilio Neapolitano confirmatam fuiſſe teſtatur Matthæus de Afflict. *deciſ. 25. n. 6.* Denique hanc quæſtionem Bart. *in l. 1. ff. de bon. poſſeſſ. ex teſtam. mil.* quoque conſtituit indigere Cæſarea prouiſione.

Pro defenſione huius opinionis multa argumenta conſiderari poſſunt. Principio regula generalis † quod in omni teſtamento 11
ſeptem teſtes deſiderentur, *l. hac conſultiſſima, h. t. item §. ſed cum paulatim, Inſtit. de teſtamen.* & quod alleganti exceptionem incumbat eius rei probatio, *l. ſuus, ff. de hered. inſtit.* Secundo commendat hanc aſſertionem præſens conſtitutio quæ meo iudicio in nullam cauillationem incidere poteſt, ſiue noſtram, ſiue Godofredi, ſiue cõmunem interpretationem quis amplecti velit. Etenim ſemper remanet, nõ eſſe ſublatam obſeruationem eorum numeri conueniendi. Tertio, mouet vulgata regula ſumta ab exceptione. Cum enim in huiuſmodi teſtamentis vnam ſolemnitatis partem remittit, reliquam cõſtabilire intelligitur, *l. quæſitum, §. denique ff. de inſt. & inſtr. leg. l. cum prætor, 12. ff. de iudiciis.* Quarto, cõfirmat hanc ſententiam, *l. conficiuntur, §. codicilli, ff. de iure codicill.* vbi hæc verba ad rem facientia occurrunt. *Non tamen hoc ita intelligimus, vt exigamus potuiſſe eum eo tempore, quo ſcripſit codicillos, teſtamentũ facere (quid enim ſi ſufficientientium teſtium facultatem non habuit) ſed ſi iure teſtamenti factionem habuerit.* Coarguunt enim hæc verba, nihil referre ad minuẽdum teſtium numerum, vtrum quis potuiſſet eo tempore plures teſtes cogere, an non potuiſſet. Quinto, quod teſtatori licuerit hunc caſum, tempeſtiue vltimam voluntatem faciendo anteuertere, *l. qui poteſt, de reg. iur.* Vltimo, quod hoc interſit teſtantiũ, ne veri heredes ipſius ſubſtantia fraudentur, cum teſtes pauciores numero facilius corrumpi poſſint, quam plures, *l. iubemus h. t.*

Diſſentiunt autem & etiam † duos vel 12
tres teſtes eo tempore ſufficere conſtituunt Philip. Port. *lib 3. ſuar. queſt. cap. 9. Chriſt. Port. de teſtam. mil. §. 1. num. 21. Andr. Gail. libr. 2. pract. quæſtion. obſeru. 108. num. 18. Mynſing. cent. 1. obſer. 96. num. 2. & 8.* vbi vtrobique addunt, ita in camera Spirenſi iudicatũ, *Guid. Pap. q. 543. num. 14.* vbi ait ita ſe vidiſſe ſeruari, Boer. *deciſ. 218. num. 11.* quoque ſecundum hanc ſententiam iudicatum refert, quamuis *nu. 9.* aliam ſententiam, quæ ad minus quinque exigit, cõmunem fateatur, Alexan. ſibi contra-

Digitized by Google

ſibi contrarius, in l. ſcriniarios, de teſtam. mil. n.6. vt ab aliis allegatur, quamuis meo iudicio nihil certi conſtituere videatur, & *conſil. 177. n.8. vol.2.* plane cõtrarium defendat, & receptius eſſe dicat.

13 Argumenta quib. hi moueri † poſſunt, ſubiicio. Primo *l. fi. ff. de teſt. mil.* vbi omnibus qui in hoſtili ſolo verſantur, quãuis milites non ſint, conceditur vt iure militari teſtari poſſint, in quo plures teſtes non requiruntur quam duo. Cauſſam autem ita decidendi, inde nonnulli æſtimant, quod difficulter eodem loci teſtes haberi poſſint. Secundo, quod ex doctrina Bartoli *in l. naturaliter, ff. de vſurp. & vſucap.* hæc duo eiuſdem naturæ eſſe conſtituantur, cũ inualeſcente peſtilẽtia Deus bellum gerere, & iram ſuam in homines diſtringere videatur. Vnde, quẽadmodum militib. illud conceſſum eſt, vt coram duob. aut trib. teſtari poſſint, *l. 1. ff. de teſtam. mil.* ita quoq; ſi talis cõtagio inceſſerit. Tertio, ꝙ neceſſitatis plerunque ratio haberi ſoleat, *l. vbi abſunt 19. ff. de tutorib. d it. ab his, l. de ætate 8. cum l. ſeq. ff. ad SC. Treb. item l. Cæſar. ff. de publican.* vnde etiam eo caſu, quæ ſunt de forma & ſolemnitate alicuius rei remitti ſolent, *l. ſi vt proponis 2. quomod. & quando iud. ſent. prof. deb. ſi iungatur cum l. pen. ff. de iuſt. & iur.* hinc etiam animaduertimus, quod propoſita neceſſitate illos teſtes admittamus, quos alias reiicere ſolemus, vt domeſticos, *l. conſenſu, ſup. de repud.* & multis aliis legibus, quas congeſſimus *in l. etiam ſupr. de teſt. ib.* Vltimo quod in dubio admittenda illa ſentẽtia ſit, per quã nouiſſima voluntas conſeruetur, *l. ſi pars, ſup. de inoff. teſt, & c. fi. ſup. de re iud.*

14 Eſt deinde & tertia opinio † exiſtimantiũ hoc caſu ad minus quinq; teſtes neceſſarios eſſe, idq; arg. *l. fi. h. noſt. t.* quã ſententiã prior videtur defendiſſe Bal. *in l. fi. n.3. & 10.* vbi Sal. illum ſequitur, Iaſ. *n.5.* Dec. *in l. ſcriniarios, n. 20.* Rol. a Vall. *conſ. 81. n. 47. lib. 1.* Paris. *conſ. 33. n. 26. vol. 2.* Viui. *com. op. lib. 1. in verb. teſtes ſeptẽ, n. 1.* Ant. Gab. *com. op. lib. 4. tit. de teſta. cõcl. 8.* vbi hanc ſententiã communẽ dicit, & plures more ſuo allegat *Ferd. Vaſq. de ſucceſſ. creat. & progreſſ. li. 3. §. 22. lim. 27. n. 35.* vbi multos ẽt recenſet, ſed nõ diſtinguit quot numero teſtes requirant, ipſe vero, verſ. *quid dicendum,* hanc vlt. opinionẽ ſequitur, exiſtimans pro hac opinione eſſe textum admodum vrgẽtem, *in l. ſi quis dolo, ff. ſi quis aliq. teſtar. prohib.* item hanc noſtram legem caſus.

In hoc diſſidentium certamine, ita vt vix diſcerni poſſit ꝗ opinio receptior ſit, cõſtituo priorẽ † ſententiã, ſi verã iuris deciſionẽ 15
intueri velimus, ꝓferendam eſſe, cũ ad legẽ noſtrã reſpondere nequeãt, ſine aperta textus violatione, vt plane abſurdũ videatur ꝗ Iaſ. & Vaſq. eundẽ textum in ſuã ſententiam per fas & nefas detorquere conentur. Quãuis. n. in hoc teſtamento aliquid ſpeciale ſit, tñ ipſi Imperatores aperte declarant, neceſſitatẽ conueniendi teſtiũ numeri remiſſam nõ eſſe, atq; numerus in teſtamento eſt ſeptẽ teſtiũ, *l. hac cõſultiſſima h. t. §. ſed cum paulatim, Inſt. de teſta. l. fi. inſr. de codic. l. ſi vnus h. eod. tit.* Hãc deciſionẽ deinde vel vna l. *cõficiuntur, §. codicilli,* extorſiſſe potuit, ex qua intelligamus, quod, licet in multis caſibus, habeatur ratio neceſſitatis, tamen hoc in præſenti ſolemnitate non procedere, ne iudicia defunctorum ſubuertantur potius quam confirmentur, *d. l. iubemus, infra hoc tit.* Quibus ita conſtitutis, non obſtabunt argumenta, quæ pro contraria parte allegata ſunt. Militibus enim non † ex ea cauſſa hoc 16
priuilegii conceſſum eſt, quod plures teſtes habere non poſſent, ſed quod imperiti, nõ haberent, quos facile in expeditione conſulerent, *Inſtit. de milit. teſtam. in princ.* quodque, inopinato hoſtium aduentu, ſæpe in diſcrimen vitæ pergere cogerentur, *l. licet, ſupr. de pact.* Hæ duæ cauſſæ etiam alios, qui illis commeatus ſubuehere conſueuerint, diſtringere ſolent: vnde etiam & hoc illis indultum eſſe animaduertimus, vt, quoad in hoſtico verſentur, iure militari teſtari poſſint, *l. final. ff. de teſtament. militar.* Quæ conſideratio quoq; refellit argumentum ſumtum † a comparatione belli & peſtis, cum 17
pagani, vel per ſe periti ſint, vel alios, quos conſulere poſſint, habeant *l. 10 ff. de bonor. poſſeſſ.* & ante incidentem luem, vel priuſquam ita vulgaretur, potuiſſent ſibi per vltimam voluntatem proſpicere. Accedit, quod ſatis illis videatur eſſe conſultum per diſpoſitionem noſtræ legis, cum teſtes etiam in alio conclaui vocem teſtantis audire poſſent, vel, quid ſuæ voluntatis ſit per feneſtram pronuntiantis, item cum adhibere poſſint teſtes iã hoc morbo infectos. Quod ſolemnitas formalis ex neceſſitate remitti poſſit, id ordinarium non eſt, & *l. ſi vt proponis inſ quomodo & quando iudex,* de nulla neceſſitate mentionem facit, vnde poſſit etiam intelligi de eo, qui certum locum ferendæ ſententiæ nõ habet, deinde ex loco formalem pronuntiandi rationem nõ ita metimur, quemadmodũ ex numero teſtiũ, *l. te-*

ſtandi,13.hoc tit.hac noſtra lege, l. hac conſultiſſima,cum ſimilibus,l.fin.h.noſtr.tit.item l. ſi quis dolo,ff ſi quis alium teſt.proh. tantum abeſt, vt quidquam detrahant auctoritati huius ſen-
18 tentiæ,vt eandem ſecuriorem reddãt. † Etenim *l.fin.* hoc priuilegii ruſticis propter illorum ſimplicitatem cõcedit, vt, ſi quid erratum ſit circa ſignaturam,ſufficiat ſola ſubſcriptio ſeptem teſtium: quod ſi autem ſcribere non poſſint,vt tunc alii literarum periti id nomine eorum exſequi queant. Quod ſi tamen ſolemnis numerus teſtium eo loci non inueniatur, tũc ad minus quinque adhibendos eſſe: pauciores enim nullo modo concedit, quæ res euidentiſſime coarguit eiuſmodi neceſſitatem non excuſare. In eadem cauſſa eſt *l. ſi quis dolo,ff ſi quis aliq. teſta. proh.* Nam ex eadem edocemur, nõ pro-
19 pterea conualeſcere teſtamentum, † quod aliquis dolo malo fecerit, ne teſtes venirẽt, ſed facultatem teſtamẽti faciendi hoc modo tolli,ipſi autẽ, qui ab inteſtato ſucceſſurus eſſet, denegari actiones: quod quoque repetitur *lib.ſententiarum Pauli 5.titul.12.§.1.* Diſceptatio igitur mea eo redit, vt non putem ſecundum iuris diſpoſitionem minus, quam ſeptem teſtes, etiam hac lue incrude-
20 ſcente, adhibendos eſſe, niſi lege † municipali,vt commemorat Paul.Caſtr. vel conſuetudine regionis, aliud inductũ ſit: quo caſu videtur poſſe accipi præiudicia ab Andrea Gail. & Mynſingero allegata. Nam auctores ab iiſdem laudati parum ad propoſitum faciunt. Etenim Raphael *in l.conficiuntur,§.codicill. ff. de codicill.* ſaltem in meo codice contrarium profitetur. Angelus autem in diuerſum caſum ſentẽtiam ſuam concepit. Bald. vero, Iaſon, Boer. Roland. a Vall. quos cõmemorat And. Gail. non de duobus teſtibus loquũtur, ſed de quinque, quos ſecundum magis communem opinionem neceſſarios eſſe agnoſcit ipſe Mynſing. *dict. obſeru.96.nu.7.cent.1.*

Lex, Si non ſpeciali, 9.

SVMMARIA.

1 *Teſtes in conſpectu teſtatoris officio teſtimoniorum fungi debent.*

2 *Intellectus horum verborum,ſecundum Bartolum, quod teſtes non poſſint tali officio fungi, interpoſito velo,pariete vel aulæis.*

3 *Alius intellectus præſentis legis, quod teſtes in præſentia teſtatoris teſtamentum debeant ſignare & ſubſcribere.*

4 *Solemnem teſtium numerum reſcripto vel priuilegio Principis ita minui poſſe, vt duo ſufficiant.*

5 *An conſuetudine vel ſtatuto illud introduci queat, vt minor numerus teſtium ſufficiat.*

TAnta ſolemnitas in teſtamento conficiendo requiritur,vt nedum ſeptem teſtes adhibendi ſint, qui teſtamentum ſubſcribant & ſignent, *l. hac conſultiſſima,h. t.* ſed etiam in ipſo conſpectu † teſtatoris officio 1
teſtimoniorum fungi debeant: aliter enim teſtamentum non valet, niſi ſpeciali priuilegio hæc iuris obſeruatio remiſſa ſit. Circa explicationem huius legis obſeruandum eſt, hæc verba, † *Si in conſpectu teſtatoris teſti-* 2
moniorum officio functi non ſint, duplicem intellectum recipere. Etenim Bart. *hic num.4. Caſtrenſ.nu.3.Rom.nu.8 Bald.nu.1.Ang.num.3. Fulg.nu.2.Corn.num.3.Iaſon nu.5 Fran.Aret. num.2.Lud.Roman.nu.1.gloſſ. in verb. officio. Clar. lib.3.ſenten.§.teſtamentum.q.59 Menochius arb.q.lib.2.caſ.475.num.23 Proſp. Farin. in tract.de teſtib.lib.3.tit.7.q.69.num. 185.* vbi infinitos alios refert, accipiunt hanc legem de teſte,qui velo,pariete,vel aulæis interpoſitis,teſtatorem videre nõ potuerint, quod hæc res fraudis occaſionem præbere poſſit. Quamuis enim in contractibus & aliis cauſſis hæc teſtimonii ratio non improbetur, ſecundum ſententiam gloſſ. *in l.2.§.idem Labeo,in verb.audiuerint,ff. de aqua pluuia arcen. & Bart.ibid.n.4.* & aliorum interpretum: tamen eadem periculoſa eſt, & propterea in teſtamentis plane reiicitur, quod vſque adeo quidam producunt,vt arbitrẽtur, ne quidem eo tempore,quo peſtis inualuerit, illud admittendum eſſe, *Iacob. Menoch. libr. 2. arbitr. quæſt.caſu 485.num.23.* Contrarium ſtatuunt Alciat. *conſ.60.nu.13.tom.3.libr 9. Corn. conſ.166.lib.3.* Et hanc ſententiam probabiliorem exiſtimo, per ea quæ ſcripſimus *in l. caſus ſupr.h.t.* Sed tamen fatendum eſt, hanc rem fraudibus obnoxiam eſſe, & propterea iudicem diligenter inquirere debere, & alias circumſtantias obſeruare, quod non deſint, qui vocem alicuius tam egregie imitari poſſint, vt vix diſcerni queant.

Eſt deinde & alius intellectus, qui † vide- 3
tur eſſe ꝓprius ipſius gloſſ. *in diction.officio,* & quam etiam probat Godofred. & quæ denique confirmatur per *l. ſi vnus.h.noſt.t.* quod teſtes debeant in conſpectu teſtatoris teſtamentum ſubſcribere & ſignare. Sed ſi hanc interpretationem admittere velimus, otioſa reddetur prima eiuſdem legis deciſio, quod idem definitum videatur, *l. ſi vnus 12. hoc tit.*

Animaduertendum præterea eſt, † Do- 4
ctores

Digitized by Google

4 Animaduertendũ præterea eſt † Doctores noſtros, vt Bart. *n. 2. Bald. nu. 2. Ang. nu. 2. Caſt. nu. 1. Iaſon. nu. 1. Franc. Aret. nu. 1. Rom. n. 3. Alber. in prin. Corn. n. 11. Salyc. n. 1. Alex. nu. 2.* argumento noſtri textus conſtituere, teſtamenti numerum reſcripto vel priuilegio Principis ita minui poſſe, vt duo teſtes ſuffi-
5 ciant. Sed quæſtionis eſt, *an cõſuetudine* † *vel ſtatuto hoc introduci poſſit?* Non poſſe arguit, *l. fin. h. t.* Contrarium tamen definiunt Doctores noſtri, *vt Bart. hic n. 2. Fulg. n. 1.* vbi tamen ſententiam Principis requirit, *Bald. n. 3.* qui tamen quinque teſtes exigit *Caſtr. nu. 2.* vbi ait, communiter ita teneri, ceterum & ipſe quinque teſtes requirit, *Philip. Corn. nu. 13. Lud. Rom. n. 4. Franc. Aret. n. 1. Alex. n. 2. Salyc. n. 2. circ fi. Iaſon. nu. 1. & 3. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. creat. §. 1. n. 20. Viuius in theſ. com opin. nu. 1. in verb ſtatutum,* de qua re, cũ diſſeruerimus *in l. cũctos populos ſupr. de ſumma trinit.* eodem lectorẽ breuitatis cauſſa remittimus. Quod ad præſentem legem noſtrã attinet, illa ſecundum diuerſos intellectus & confirmare & oppugnare communem ſententiam videtur Si enim priuilegiũ accipias pro Principis aut Imperatoris priuilegio, repugnabit ſententiæ receptæ, ſi vero exaudiamus de priuilegio, quod ipſa ciuitas ſibi conſtituerit, *vt in leg Antiochenſium. ff. de bon. auct. iud. vend.* eandem adiuuare credetur.

Lex, Si teſtamentum. 10.

SVMMARIA.

1 *Teſtamentum iure factum auctoritate reſcripti Imperatoris reſcindi non oportet.*
2 *An teſtamentum ſit iuris ciuilis vel gentium.*
3 *Quæ iura Princeps remittere poſſit.*

CVm in hoc reſcripto declaretur teſtamentum iure factum, cuius heres ſit ca-
1 pax auctoritate † reſcripti Imperatorii non debere reſcindi: multi interpretum inde
2 colligunt, teſtamentũ non eſſe † iuris ciuilis, ſed gentium, cum ſecundũ communem diſtinctionem, de qua mentionem facit Caſt. *in l. 3. ff de teſt. Iaſ. hic n. 4. Fel. in c. qua eccleſiarũ, n. 48. de conſt. Matth. de Afflict. deciſ. 128. n. 10. & 13.* Princeps poſſit remittere ea, quæ ſunt
3 iuris † ciuilis, non aũt ea, quæ ſunt iuris gentium, *vt hac noſtra lege, item l. reſcripta, ſupr. de precib. imp. offer. l. fin. ſupr. ſi contr. ius vel vtil. publ. l. cauſſas, ſupr. de tranſact.* vbi de hac quæſtione tractamus, *l. auctoritate, infr. vnde vi, c. 1. extr. de prob. & l. Cæſar, ff. de publican.* Nos aũt præſentem quæſtionẽ, an teſtamentum ſit Iuris ciuilis, an gentium, reiiciemus, *in l. 1. infr. de hered. inſti.*

Lex, Non idcirco, 11.

SVMMARIA.

1 *Dubitandi cauſſa ſecundum gloſſam & interpretes.*
2 *Dubitandi cauſſa ſecundum auctorem.*
3 *Decidendi ratio.*
4 *Si teſtamentum furto ſubtrahatur, an ex eo periclitetur, cum diſtinctione auctoris.*

HAnc legem † gloſſa Bart. Bald. Caſt. ita 1
accipiunt, quaſi dubitandi cauſſa in eo conſiſtat, an teſtamentũ propterea vitietur, quod furto ſubtractum, poſtea tamen reſtitutũ ſit, quaſi teſtamẽtum inde aliquod vitium contraheret, *§. furtiuæ, Inſtit. de vſucap.*
Ego potius † exiſtimo dubitandi cauſſam in 2
eo verſari, quod teſtamentum fuerit in ſuſpecto loco, cõtra *l. teſtamẽta. h. t. c. ad audientiã extr. de præſcrip.* in quo facile adulterari potuit, & quod is, qui auſus fuit teſtamentũ ſurripere, videatur quoq; quid falſi machinari potuiſſe, *c. qui ſemel, de reg. iur.* Contrariũ tñ
reſpondet Imperator, nõ addens deciden- 3
di rationem, ſed puto eam poſſe colligi ex *l. publicati, ſupr. h. t. item l. 4. ff. teſt. quemad aper.* Etenim teſtamentum ſemel publicatum fidem impetrat, quamuis ipſa materia, in qua primum a teſtatore ſcriptũ fuit interciderit, *d. l. publicati, & l. teſtamenta h. t.* Quod ſi vero
hæc † publicatio non interceſſerit, tunc re- 4
ferre putamus, an teſtamentum ſit in ſcriptis, an vero nuncupatiuum, vt hic furtum nulla ratione noceat, modo teſtes de veritate rei geſtæ deponant, illic autem referat an teſtamentum reſtitutũ ſit, an minus. Priori enim caſu teſtes ſuam ſubſcriptionem & ſigna recognoſcere poterunt, neq; erit magni negotii dignoſcere, an fur aliquid falſi circa teſtamentum commiſerit, de qua re *in l. ſi vnus, h. t.* Poſteriori caſu non video, quomodo hoc teſtamentum, quod non appareat ſuas vires habere, cẽſeatur, quamuis omnes ſeptem teſtes de tenore ipſius deponant niſi quis amplectatur ſententiam illorum, de quibus mentionem feci, *in l. publicati,* qui exiſtimant ſufficere quod probetur caſus fortuitus & tenor ipſius teſtamẽti per teſtes, *arg. l. teſtium, ſupr. de teſtib.* quæ ſententia humanitate non caret, eamq; putarem procedere, ſi ſolemnis numerus teſtium de voluntate teſtatoris deponat. An autẽ minor numerus ſufficiat maturiori deliberationi relinquo.

Lex, Si vnus, 12.

SVMMARIA.

1 *Cur in teſtamento ſeptẽ teſtes requirantur, non vero plures aut minores numero.*

Digitized by Google

2 *Cauſſa quod teſtamentum ſignari debeat annulo, non alio ſigno, & ibidē repudiata expoſitio gloſſa, Speculatoris & Bartoli.*
3 *Emendatio Hottomanni in l. 22. §. ſignum, ff. qui teſtam. fac. poſſ.*
4 *Reiecta conſideratio Franciſci Conani.*
5 *Noua obſeruatio ipſius auctoris.*
6 *Uſus & officium annuli apud Romanos.*
7 *Conſuetudinem loci induci poſſe, vt aliud ſignū imprimi queat.*
8 *Intellectus verborum: de his autem quæ interlita ſiue ſupraſcripta dicis, &c.*
9 *Diſtinctio auctoris, in qua teſtamenti parte aliquid deletum ſit.*
10 *Locus ſubſtantialis quis dicatur.*
11 *Si litura in loco ſuſpecto appareat, teſtamentum in poſſeſſorio nullum effectum habet.*
12 *Diſtinctio quid obtineat in petitorio.*
13 *Quid probandum ſit in ſcriptura interlineari.*

CVm teſtamentum de omnibus defuncti facultatibus diſponat, & hinc nō vulgari periculo expoſitum ſit, *l. iubemus, h. noſt. tit.* non debet propterea alienum a ratione videri, ſi exquiſita ſolemnitas in eius confectione requiratur, *l. hac conſultiſſima, h. noſt. t. l. cum antiquitas, cum multis aliis.* Inter alia neceſſarium eſt, vt ſeptem teſtes adhibean-
1 tur, §. *ſed cum paulatim. Inſt. de teſtam.* Si † quis requirat cur nō deſiderentur plures, aut ſufficiant pauciores, hic, quod expedite reſpōdeam non habeo, ſed ingero definitionem, *l. non omnium, ff. de legib.* non poſſe omnium rationem reddi, ne ea, quæ certa ſunt, ſubuertantur. Illud in confeſſo eſt, teſtium numerum definiri debuiſſe, idque eſſe relictum auctoritati legum, vel legislatorum, *l. 3. ſupr. de legib. l. 1. & l. legis virtus, ff. de legibus.* Porro cum iidem ſeptem requirāt, nos formam lege præſcriptam mutare non poſſumus, *l. teſtandi 13. h. t. l. nemo poteſt, ff. de legat. 1.* vnde ſi vel vnus teſtis abfuerit, teſtamētum non valebit. Nec ſatis eſt, quod hi teſtes adhibeantur, ſed quoq; ſubſcribere teſtamentum & ſignare debent, coram ipſo teſtato-
2 re, idque † annulo, vnde in controuerſiam deduci poſſit, an quis ſigillo ſuo ſignare queat? Et gloſſ. quidem *in hac noſtra lege, item Imol. in l. teſtium, §. ſi ſignum, ff. qui teſtam. fac. poſſ. poſt Specul. in tit. de probat. §. fin. item Bart. ibi.* conſtituūt nihil intereſſe, an quis annulum, an vero ſigillū imprimat, quod ex traditione ipſius Speculatoris exiſtiment, id q; leges appellent annulum, ius canonicum appellare ſigillum, ita vt nihil interſit. Sed huiuſmodi ſententiā aperte refellunt præſens noſtra lex, euidētius autem, *l. ad teſtium, 22. §. ſignum, ff. h. t.* præterea *l. ſignatorius, 74. ff. de verb. ſig.* ex quibus edocemur, longum eſſe diſcrimen inter annulum & ſigillum, verba autem §. ſignū, quæ maxime vrgent, ita concepta ſunt: Signum autem vtrum annulo tantum impreſſum adhibemus, an vero, etſi nō annulo, verum alio quodam impreſſo? varie enim homines ſignant, & magis eſt, vt tātum annulo, quis poſſit ſignare: dum tamē habeat, χαρακτῆρα, id eſt, formam inſculptamque ſigni imaginem. Qua de cauſſa † Hottoman, *illuſt. quæſt. lib. 1. obſer. 20.* 3
cum hanc legem ex ſuo iudicio ſatis duram conſtitueret, negationis particulam adiecit, vt loco dictionis *tantum*, legatur *non tantum*, quaſi dicere velit mentem Vlpiani eſſe, vt quouis ſigno, quis vti poſſit. Sed reprehēditur eius rei nomine idque non immerito a Robert. *recept. ſenten. libr. 1. cap. 21. Iacob. Cuiac. lib. 14. obſeru 11. verſ. ſed vrgeo forſitan minus.* Porro Franciſcus † Conan. *libr. 9. comment. ca. 2* religioſior quam Hotoman. certa diſtinctione huic difficultati ſubuenire voluit, vt conſtitueret intereſſe, an quis duo ſigna haberet, annuli & alterius, an minus, vt hic quoduis ſignum ſufficeret, illic autem ſolius annuli impreſſio requiratur. Quam Conani ſententiam etiam approbat Herman. Vulteius, §. *poſſunt, Inſtitut. de teſtamen. num. 35.* 4

In propoſita difficultate † non animaduerto, quare nobis diſcedendum ſit ab expreſſa definitione ipſius textus, *l. a teſtium, §. ſignum, ff. qui teſtam. facere poſſ.* Ratio, † quod annulus ſignatorius eo proprie pertinere videatur, vt hoc munere fungatur, & nedum hunc, ſed & omnem illum vſum exhibere poſſit, de quo Plin. *natural. hiſtor. lib. 33. cap. 1. item Andr. Alciat, d. l. ſignatorius 74. ff. de verb. ſign.* vbi Brecheus & Fornerius id late proſequuntur. Nec dura aut abſurda talis diſpoſitio videri debet, quod añulus non cuiuis deferatur, *l. 1. & tot. tit. ff. de iur. aureor. annul.* Deinde, quod annulus ſemper circumferatur, & tanquam theſaurus aliquis aſſeruetur, aut cuſtodiri debeat, quod in ceteris ſignis dici non poteſt, quæ ſæpe furto ſubtrahantur, & falſitatis cauſſam ſuppeditent, *c. 3. extr. de probat.* 5 6

Porro hoc loco perpendendum eſt gloſſam, † *d. l. ad teſtium, § ſignum, Iohan. Fabrum Inſti. in § poſſunt, & ibidem Myns. num. 3.* vim 7
in conſuetudine conſtituere, per quam eo res deducta ſit, vt nunc potius per alia quæuis ſigilla, quam annulum ſignemus, & propterea eandem fidem impetrare debeant, quam

Digitized by Google

quam annuli. Viglius tamen *in d. §. poſſunt, Inſtit.de teſtam.ordin.nu.3.* ſuſpectam hanc ipſam conſuetudinis allegationem habet, quod ea in Italia potuerit inualuiſſe, nõ autem in ceteris regionibus, propterea etiam conſultius eſſe cõſtituit, vt adhuc eadem ſolemnitas adhibeatur, vnde cum hæc res facti ſit, quis exquirere loci controuerſi conſuetudinem poterit.

8 Sequitur in textu, *de his autem† quæ interlita ſiue ſupraſcripta dicis, non ad iuris ſolemnitatem, ſed ad fidei pertinent quæſtionem, vtrum teſtatoris voluntate emẽdationem meruerint, vel ab altero inconſulte deleta ſint, an ab aliquo falſo hæc fuerint commiſſa.* Hæc verba ſatis impeditam interpretationẽ habent, & propterea diſtinctione vna cum gloſſa noſtra in verb. *fidei*, expedienda ſunt. Etenim intereſt, an

9 raſura† circa eam teſtamenti partem verſetur, quæ ſubſtantiam ipſius non contingat, neque etiam in loco ſuſpecto ſit, tunc enim de ea re laborandum non eſſe, *c.cum venerabilis,extr.de relig.domib.c.ex literis, extr. de fid. inſtrum.& c ex parte,eo.tit.c. inter dilectos,eod.* nec referre, vtrum agatur ex *l.fi.de edict.diui Adrian.toll.* an vero petitorio iudicio; ita repudiata opinione Bartoli conſtituũt Bald. *hic n.3.Caſt.n.4.Fulg.n.2.Corn.n.8.Alex.nu. 6. Iaſon.n.6.gl.in d.l.fi.in verb.vitiatum,Curt.Iunior ibid. n. 11. Sichard.n.329.Franc. de Marchis q.223.plures recenſet Iac.Menoch.adipiſ.poſſeſ.remed.4.n.709.* Porro ipſe Menoch: ibid. & Decius *in d l.fi.n.317.* inclinant in Bartoli opinionem, & vrgent verba *l.fi.* quod prima figura careat omni vituperatione, rurſum aliſa, neque ex quacunq; ſuæ formæ parte vitiatum, deinde q̃ is, qui falſum committat, etiam circa accidentalia arbitrio iudicis puniatur, ſecundum ea quę idem ſcripto comprehendit, *de arbit. iud.l.ſe.st.lib.2.caſ.307.* Ceterum ibid.*n.712.* contrariam ſententiã receptiorem, conſtituit. Ego quoque arbitror eam benigniorem eſſe, & etiam menti legiſlatorum couenientiorẽ, cum appellatione formæ, formam ſubſtantialẽ deſignemus, *l. Iulianus,§.ſi quis,ff.ad exhib. l.ſi is qui quadraginta,§.1.ff.ad l.Falc.* non accidentalem, *l. 1. ff.de ventr.inſpic.§.fin.& d c.ex literis, c.inter dilectos.c.ex parte,extr.de fid.inſtrum.*

10 Sed quæſtionis eſt quis locus† ſubſtãtialis vel ſuſpect⁹ dicatur? Hac in diſceptatione placet obſeruatio Alexandri *in d l.fin.nu.17. Corn.nu. 20. Sichard.nu.332. Alberic. num. 6. Menoch.num. 716.* illum locum ſuſpectũ videri, cum eſt in eo capite, de quo quæratur, vel in altero quod totum reſpiciat, exempli cauſſa, ſi quæratur de legato vel fideicommiſſo, quod inductum ſit, & quæſtio ſit de ipſo legato, quod quidẽ perfecte adſcriptum ſit, ſed inſtitutio deleta, ex qua ſubſtantiam totius teſtamenti metimur, *l.proxime,ff. de his,quæ in teſtam.delent.* vel ſi circa ſolemnitates inſtrumenti, aut ipſius teſtamenti, raſura vel litura appareat, *d. c. cum venerabilis, item d.l.proxime,& l.1.§.ſed ſi lege.ff.de his,quæ in teſtam.del.*

Quod ſi vero talem locum † ſuſpectum eſſe ponamus, tunc iidem auctores, quos ſupra commemoraui, conſtituunt teſtamentum in poſſeſſorio nullum effectum habere, *vt d.l.fin infr.de edict.diui Adrian. tollen.* in petitorio vero intereſſe, an ita deletum ſit, vt nulla ratione legi poſſit, an vero adhuc oculis percipi queat. Priori caſu nulla videtur eſſe quæſtio, cum eadem pro nõ ſcriptis habeantur, *l.quo tutela 73.§.quæ in teſtamento, ff.de reg.iur.& l.1.§.ſed ſi lege.ff.de his,quæ in teſtam. del.* quod tamen intelligimus, ſi teſtamentum in ſcriptis fuerit. Nam in teſtamẽto nuncupatiuo nõ animaduerto, quare huiuſmodi vitium nocere poſſit, ſi voluntas teſtatoris probari queat per ſolemnẽ numerum teſtium, *vt l fi.h t §.fin.Inſti.de teſtamen.* modo conſtet ipſum teſtatorem hæc nõ induxiſſe, alias enim putarem illum repellendum, *arg l.1.§.1.& §.ſed conſulto,ff.de teſtam. quemad.aper.* 11

Secundo caſu diſtinguendum eſt, an raſura † vel inductio facta ſit a teſtatore, vel 12 voluntate ipſius, & tunc cenſebitur mutata ipſius voluntas, *vt in noſtro textu; item glo. hic in diction.commiſſa Bart.n.1.Bald.n.7.Ang.nu. 3.Fulg.n.2.Corn.n.9.Alex.n.6.Alberic nu.2. & 3 Franc.Aret.n.3.Iaſon n 6.& 7. Ioan.And. ad Speculat.in titul.de inſtr.edit.§ oſtenſo, circa numer.15.in verb. verior eſt,* idemque aperte confirmatur *in l.1.§.ſed conſulto.ff. de his,quæ in teſt.* Quod ſi vero incertũ ſit, hæc inconſulte deleta eſſe, quod incaute factũ eſt, pro non facto habebitur, perinde quaſi inducta non fuiſſent, *l.1.§.1.ff.de his,quæ in teſtam. del.* Et hæc quidem obtinẽt, ſi certi ſumus, quomodo res interceſſerit: quod ſi vero illud dubium eſſe proponamus, eo caſu noſtri interpretes diſtinguendum putant, an teſtamentum inueniatur penes ipſum teſtatorem, aut alium, vt hic intelligatur factum eſſe citra voluntatem teſtatoris, illic vero diuerſum obtineat, *ita Bald.hic num. 7. Angel. num.3.Fulgoſ.num.2.Corn. num. 9. Alexand.*

MMm

Digitized by Google

num. 7. Franciſ. Aret. num. 3. Iaſon numer. 7. & 9. vbi ait omnes ita tenere, & allegat Raphael. & Paul. Caſt. *in l. 1. ff. de his, quæ in teſtamen. del. & Lanfran. in c. quoniã cõtra, in verb. inſtrumentorum productiones, numer. 49. Pariſ. conſil. 28. num. 45. libro ſecundo, Maſcard. concluſ. 257. num.* 1 *& ſeq.* vbi *num. 8.* hanc communem omnium Doctorum opinionem eſſe aſſerit, addit Bart. in dubio, & ceſſantibus his coniecturis, fortuito caſu, vel ſaltem præter voluntatem teſtatoris, aut inconſulto deleta videri, *Maſcard. de probat. volum. 1. concluſ. 257.*

Et hæc quidem de litura ſufficerint. Vlte-
13 rius quæri poteſt, *quid obtineat in † ſcriptura interlineari, vel quæ in margine adiecta ſit?* Et textus quidem præſefert, vt ſi appareat teſtatoris voluntate hæc emendationem meruiſſe, ſupraſcripta valere, quod tamen intelligo, ſi per teſtes hoc ipſum probari poſſit: nam ſi tabellio per ſe in margine, vel inter lineas quædã adſcripſiſſet, & incertum eſſet, vtrum voluntate teſtatoris id factum, an non eſſet, hoc caſu illa nullam fidem impetrare tradunt Bald. *hic nu. 5. Ang. num. 2. Caſtr. nu. 5. Fulg. nu. 2. Iaſ. nu. 9. Corn. n. 11. & 12.* quippe quæ ſuſpecta ſint, *arg. l. iubemus, ſupr. de probat. & l. fin. infr. de fid. inſtrum. hinc Bart. hic num. 3. item Corn. nu. 10. Caſt. nu. 5. Fulg. nu. 2. Iaſon num. 9.* conſtituunt ad euitandam omnem ſuſpicionem, conſultius eſſe, vt illam Practicã, quæ inoleuit, amplectamur, quod ſcilicet tabellio ante ſubſcriptionem ſuam & ſignum adiiciat ea verba, in quibus erratum ſit, tũc enim illa fidem impetrare ſolere, quæ res tamen apud me dubia eſt, & diſtinctione indigere videtur, quam conuenientiori loco reſeruo.

Lex, Teſtandi, 13.

Summaria.

1 *Teſtandi facultas l. 12. tab. conceſſa, intelligitur cum ſua forma & ſolemnitate.*
2 *Numerus teſtium videtur eſſe de forma ſubſtantiali ipſius teſtamenti.*
3 *Præſentem conſtitutionem conſtare ex maiori & minori omiſſa concluſione.*
4 *An in præſenti lege idem bis repetatur.*

QVamuis duodecim tabulæ cuique, qui ciuis Romanus eſſet, poteſtatem fece-
1 rint† de pecunia ſua, *vt hic & l. 1. ff. ad l. Falc. l. verbis 120. ff. de verb. ſign. teſtandi*, tñ id concedunt cum ſua forma & ſolemnitate, atque intra modum conuenientem *d. l. 1. ff. ad leg. Falc.* & vt cõmemorat reſcriptum præſens, legib. certis, *vt l. hac cõſultiſſima h. t.* Qua de cauſſa præſens cõſtitutio recte declarat non eſſe conſectarium, vt quis exiſtimet ipſi liberum eſſe, vt iuriſdictionis formã mutet, vel iuri publico deroget, quod & ipſum confirmatur, *l. nemo poteſt, 55. ff. de leg. 1. item l. neque ex prætorio, ff. de reg. iur.* Quib. autem legibus hoc conceſſum ſit, exſequemur *in dict. l. hac conſultiſſima*: interim tamen animaduertendum ſtatuo ex hac lege conueniens argumentum capi poſſe, quod ſeptẽ † teſtes vi- 2
deantur eſſe de forma ſubſtantiali ipſius teſtamenti, quod euidentius colligitur ex *leg. præced. ſi vnus, vbi Bald. nu. 1. Iaſon num. 5. poſt Bart. & Bal. ab eodem allegatos Corn. n. 3. Bar. in l nemo poteſt, ff. de legat. 1. & ibid. Iaſon num. 17. Ripa nu. 35. Did. Couar. in c. cum eſſes, extr. de teſtam. nu. 14.* vbi ex Alberto Bruno hanc ſententiam communem profitetur, Alciat. *lib. 6. paradox. c. 7. Clar. lib. 3. ſenten. §. teſtamentum, q. 56. num. 2.* vbi allegat *d. l nemo poteſt. Vaſq. de de ſucceſ. creat, §. 11. nu. 67.* Obſeruandum au- 3
tem eſt pro euidentiori intellectu noſtræ legis, hanc conſtitutionem conſtare ex maiori & minori, omiſſam autem cõcluſionem, quod rarius fieri ſolet. Quæ res tamen in vitium non incidit, cum ipſa concluſio manifeſte ex præcedentibus elici poſſit. Maior eſt, *Nemini permiſſum eſt mutare iuriſdictionis formam vel iuri publico derogare.* Minor eſt *qui nõ vtitur certis a iure definitis legibus, videtur iuriſdictionis formã & ius publicum mutare.* Ergo, &c. hic animaduertendum eſt, in maiori non idem bis † repeti, *vt recte aduer-* 4
tit Iaſon hic nu. 3. ſed diuerſi iuris officium in definitione exhibere. In teſtamẽto faciendo certam formam introduxit prætor, aliud autem ius publicum, id eſt, ius commune, vt apparet ex *§. ſed cum paulatim. Inſti. de teſtam.* Quo referri poſſunt, *l. poſtquam §. Imperator, ff. vt legat. nom. caueat.*

Lex, Non codicillum, 14.

Summaria.

1 *Alia vis teſtamenti eſt, alia codicillorum.*
2 *Teſtamentum ſine inſtitutione ſubſiſtere nõ poteſt.*
3 *Si teſtator vltimam voluntatem cœperit facere, & antequam conſummaret exſpirauerit, teſtamentum iure codicillorum valere non poteſt.*
4 *Exemplum præſentis legis.*
5 *In omnibus diſpoſitione duo conſiderari, voluntatem ſcil. & poteſtatem.*
6 *Teſtator adiiciendo clauſulam codicillarem, videtur voluiſſe, vt teſtamentum valeat omni meliori modo.*

ALia vis & effectus eſt teſtamenti, † alia 1
vero codicillorũ, in teſtam. n. heredes inſtituũtur, † ſine quo fundamẽto nõ valet, 2
Inſt.

Digitized by Google

Inſtit.de legat.§ ante,in codicillis autem illud explicari non poteſt,*l.ſi idem,infr.de codicill. l.1 ff.eod.tit l.illud,§.tractari.ff.eod.*in ſolis teſtamentis etiã exheredationes liberorum ſcribuntur,*l.maximum vitium,infr. de liber. prater.Inſti. de exhered.lib.in prin.*non autem codicillis§.*fin.Inſtit. de codicill.*Qua de cauſſa,ſi is qui vltimam voluntatem compone-
3 re † cœperat,& priuſquam perficeret morte oppreſſus exſpirarit,*l.ſi is qui,25.ff.de teſtamen.l.fideicommiſſa 11. §.1.ff.de legat.3.*& illi, quibus legata vel fideicõmiſſa relicta erant, velint hanc ſcripturam traducere ad codicillorum interpretationem, nõ audientur, quod teſtator heredem inſtituendo,vel exheredando, intelligatur teſtamentum non codicillos facere voluiſſe, prout hoc exemplũ ꝑponit hic Donell. *in pr.* De cuius meritis & iuſta expoſitione,*in l.1. de ſacroſ.eccleſ.* diſſeruimus,& alibi,quod ad rem pertineat, perſequemur. Ponamus,teſtatorem in ſua
4 vltima † voluntate quinque teſtes adhibuiſſe,& eodem defuncto ſcriptos heredes contra poſſeſſores ex teſtamẽto experiri, & eos vt proximos ipſius tale teſtamentum oppugnare, quod contendant iure publico præſcriptam ſolemnitatem in teſtamento deeſſe,*vt l.hac conſultiſſima.h.t.* illos autem replicare hanc diſpoſitionem non eſſe teſtamentum,ſed codicillos, vel ſimilem voluntatem, quæ vltra quinque teſtes non requirat,*l.fi.inf.de codicill.*Hoc intellecto proximi duplicando recte aſſerere poterunt talẽ defenſionem ex eo nõ ſubſiſtere, ꝙ forma diſpoſitionis & effectus,quem ei adſcribere teſtator voluit,euidenter euincat, ipſum non codicillos ſed teſtamẽtum cõdere voluiſſe: cum inſtitutio & exheredatio codicillis non conueniant.Ratio illa eſt,quod in omni diſ-
5 poſitione † duo conſiderentur, volũtas ſcilicet,& poteſtas,vnde deficiẽte altero, corruit etiam tota diſpoſitio, quod ſcilicet voluerit,quod non potuerit, & quod noluerit quod potuerat,*l.2.ſupr.de his,qui ſib. vel alt.l. genero,ſupr.de iur.dot.* Potuit enim adiiciẽdo
6 clauſulam † codicillarem huic incommodo occurrere:ꝙ cum non fecerit, merito teſtamentum ipſius infirmatur, *l.1.ff.de codicill.* Quamuis reuera dici poſſit textũ noſtrum potius pertinere ad interpretationẽ voluntatis,ex cõiectura actus a teſtatore interpoſiti.Vnde in diſceptationem non intempeſtiuus quis vocarit,an ſi conſtet de contraria voluntate,quod appellationem heredis voluerit ad quamcunque cauſſam ſucceſſionis proficere,an tunc valeat iure codicillorum? Nos de hac re forte loquemur, *in l.fi.infr.de codicill.* illud obiter comprehẽdiſſe cotenti, quod Iaſon *hic n.1.* poſt Paul.Caſt.*in l proxime,ff.de his,qua in teſtam.delent*.conſtituit vltimam volũtatem iure codicillorum valere, quamuis teſtator, vocatis ſeptem teſtibus, dixerit, ſe eos rogare, vt in ſuo teſtamento teſtes eſſe velint, idque etiã tabellio reſcriptis comprehẽderit. Etenim ſi omiſſa inſtitutio ſit,hanc diſpoſitionẽ obtinere iure codicillorum,& non labefactari,ex eo ꝙ teſtator hanc ſuam voluntatem teſtamentũ appellarit,allegat *l.teſtamentum 17.h.t.*

Lex,Quoniam,15.

SVMMARIA:

1 *Inſtitutiones antiquit' verbis directis debuiſſe cõcipi.*
2 *Quare Imperator hanc ſolemnitatem ſuſtulerit.*
3 *In teſtamentis non eſſe neceſſaria momenta verborũ.*
4 *Etiam ſeminecem & balbutientem teſtamentum facere poſſe.*

ANtiquitus tanta fuit obſeruatio ſolemnitatis, vt non admitterẽt vllam inſtitutionem, niſi illã † quæ verbis directis & im- 1
peratiuis concepta eſſet, veluti *Titius heres eſto, Titius heres ſit,Titium heredem eſſe iubeo.* De qua re exſtat locus apud Vlpianum in titulis,qui ipſius nomine circumferuntur,*cap. 21.in pr.* adeo vt ſi quis in teſtamento comprehendiſſet,hæc verba, *Titium heredem inſtituo,Titiũ heredem facio*, huiuſmodi inſtitutio improbaretur. Quia de cauſſa † Impera- 2
tor Conſtantinus cum animaduerteret teſtantium voluntates hoc modo periclitari, imaginarium illum vſum inſtituendi heredis,putauit ad cauſſam æquitatis eſſe deflectendũ,ita vt ſublata omni differentia, prorſus nihil referat,an quis directis, an vero inflexis verbis vtatur,veluti ſi quis dicat, *Titius heres erit,vel cupio vt Titius heres ſit.* Qua ratione n.dictionũ ſolemnitas *in tit.de cõtrah. vel cõmit.ſtip.* ſublata eſt,*l.omnes, infr.eod.tit:* eadem ratione idem videmus factũ eſſe in teſtamentis. Qua de cauſſa etiã in fine noſtræ legis additur,nihil referre, in quacunq; inſtrumenti materia voluntatem ſuam cõplectatur,aut quemadmodum cauetur, *Inſtit.de teſtam.§ pen.*nihil intereſſe, vtrum teſtamentum fiat, in tabulis, chartis, mẽbranis,aut ſimili materia. Sciendum enim eſt, eo tempore non inuentum fuiſſe illũ vſum ſiue rationem conficiendæ materiæ, in qua ſcribatur, quæ his temporibus inuenta ſit, cum ex panniculis lineis, & canabinis maceratis atq; contuſis huiuſmodi paginæ cõcin-

Digitized by Google

nentur, de qua re Vigl. *in §. nihil intereſt, Inſt. de teſtam. ordinand.*

Conſideratio itaque noſtri textus eſt, q in teſtamento nõ ſint neceſſaria momenta
3 verborũ, quæ forte ſemineecis & balbutiens
4 lingua † pꝛtudit. Vnde cõcludunt Doctores noſtri, *vt Bald. hic n. 4. Ang. n. 1. Caſt. num. 3. Alex. num. 4. Fulg. in prin. Iaſon n. 3.* illum, qui in extremis ſit, non prohiberi teſtamenti factione, *argum. l. Seia, §. vlt. l. Marcellus in prin. & §. 1. ff. de mort. cauſ. donat. item huius noſtr. legis*, dum de morientibus mentionem faciunt. Quo pertinent *l. & ſine ſcriptura, infr. ad SC. Trebell. l. Pamphilo, §. propoſitum. ff. de legat. 3.* ex quibus colligimus in diſcrimine vitæ conſtitutum illud facere poſſe, *l. ſi pater, 47. §. fin. ff. de fideicom. libert.* quæ oſtendit idem eſſe, ſi quis in extrema valetudine illud dixiſſet, a qua diſpoſitione non abhorrent ea, quæ comprehenduntur, *cap. Raynutius, in verb. in extremis poſitus. de teſtam. c. fin. de ſucceſſ. ab inteſtat. in verb. agens in extremis*, quod bene obſeruandum eſſe, tradiderunt hoc loco gloſſ. *in verb. ſeminecis, Ang. nu. 1. Bald. nu. 4. Caſt. nu. 3. Salyc. nu. 1. Corn. n. 3. Fulg. in prin. Franc. Aret. verſ. ſecundo nota, Alex. nu. 4. Iaſon. n. 3. quod tamen multi, vt Bald. Alex. Caſt. Corn. Salyc. Iaſon in locis allegatis Ang. in l. fraudem, §. 1 ff. de teſtam. mil t. Alex. conſ. 12. vol. 1. n. 8. Decius conſ. 489. n. 4. Franc. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 2. tit. 6. nu 2.* declarant procedere ſi loqui poſſit, vt intelligatur, vel, vt multi illorum requirunt, ſi articulate loquatur, vnde nõ puto audiendos Paul. Caſt. *conſ. 155. nu. 2. Socin. Senior conſ. 229. n. 7. Socin. Iunior. conſ. 133. nu. 10.* qui auctores ſunt, quem propinquę mortis cogitatione turbatũ, non præſumi ſanæ mentis fuiſſe, niſi eos accipiamus illo caſu, quo per importunam alicuius interrogationem, quid expreſſiſſent, de qua idem Mantic. *d. lib. 2. tit. 6. n. 5.* & nos nonnulla tradidimus, *in l. hac conſultiſſima ſup. qui teſtam. fac. poſſ. & copioſius, infr. l. iubemus.*

Lex, Non dubium, 16.

SVMMARIA.

1 *Imperatori & qualibet dignitate ac poteſtate praditis viris, tam hereditatem quam legatum relinqui poſſe.*
2 *Cauſſa dubitandi in præſenti enũtiatione ſecundum gloſſ.*
3 *Rationes contra præcedentem caſum.*
4 *Alia dubitandi cauſſa ſecundum Donell.*
5 *Tertia dubitandi ratio ſecundum Bartol.*
6 *Quarta ratio dubitandi.*
7 *Si heres agnouerit defuncti voluntatem minus ſolemnem, eandem quoque implere cogitur.*
8 *Rationes dubitandi.*
9 *Rationes definiendi.*
10 *Quomodo heres voluntatem defuncti probare dicatur.*
11 *Duo modi a gloſſa conſiderati ſolutio & promiſſio.*
12 *An pactum nudum ſufficiat, an vero ſolemnis promiſſio requiratur.*
13 *Argumenta & auctores, quod ſolemnis ſolutio neceſſaria ſit.*
14 *Argumenta pro ſecunda opinione, quod ſufficiat nudum pactum.*
15 *Conſideratio auctoris.*
16 *An ſi vni legatum ſoluerit, vel per ſtipulationem addixerit, ceteris ſatisfacere cogatur.*
17 *Sententia gloſſa & Bartoli, quam paſſim Doctores amplectuntur. & num. 18.*
19 *Intellectus l. 1. C. de fideicom.*
20 *Intellectus l. in teſtamento. ff. de teſtamen. libert.*

CVm duæ ſententiæ in cõſtitutione præſenti exprimantur. Vna, quod dubium non ſit † Imperatori, & qualibet dignitate, 1
ac poteſtate præditis viris, tam hereditatẽ, quam legatum ſeu fideicõmiſſum relinqui poſſe. Altera, q ſi heres agnouerit defuncti voluntatem minus ſolemnem, illum poſtea recuſare non poſſe, quo minus eandem impleat. Quæri ab initio † põt, quæ cauſſa fuerit dubitandi, ſi primum reſponſum ſpectemus. Et glo. quidem *in verb. poſſe*, exiſtimat, eandem inde æſtimandam eſſe, q inſani videatur illi ſuas facultates impertiri q ditior & potentior illo ſit, nihil quo hanc interpretationem fulciat, allegat. Poſſent tamen eo transferri, *c. eſt probanda, c. conſideranda, c. pulchra, diſt. 86.* Sed hæc conſideratio ex eo repudiari debet, † quod voluntas relinquentis 3
debeat eſſe libera, *l. 1. ff. de ſacroſ. eccleſ.* quod rationis ſit, vt dignitas alicui proſit, non aduerſetur, *l. ſi longius, § fi. ff. de iudiciis, circa fin. l. ſed etſi ſuſcepit 52. § ſed etſi proponat, eod. titul.* Tertio, quod cum imperatoriæ maieſtati in adminiſtranda republica, & eius vulnerib. curandis, infinita onera incumbant, quæ ſine maximis ſumtibus explicari nequeant, vt rei euidentia hoc coarguit, non poſſunt dici huiuſmodi hereditates & legata male collocata, cum propterea etiam ipſi Imperatori conceſſum ſit, vt & cenſum exigat *l. forma, ff. de cenſib.* & ſecundum ea quæ ſcripta ſunt in Euangelio: *Date Cæſari quæ Cæſaris ſunt*, tributa imponat, *l. ſi. infr. de annon. & tribut.* indictiones inſtituat & vectigalia *l. vnic. infra de indict. l. vectigalia, 10, ff. de public.* idem de ceteris dici põt, qui & ipſi ſua onera habent, & pro modo dignitatis ſuæ & aliarũ circumſtantiarum indigeãt, iuxta ea quæ de modo cibi & potus tradit D. Auguſtin. *c. quiſquis, & c. quod*

Digitized by Google

cap. quod dixit dominus, diſt. 41. Quarta ratio eſt, quod abſurdum ſit Imperatorem eſſe deterioris conditionis, quam reliquos, *l. bene a Zenone, infra de quadrien. præſcript.*

4 Porro Donell. *hic nu 3.* † aliam dubitandi rationem in medium adfert quod leges 12. tab. duntaxat fecerint poteſtatem ciuibus legandi, *l. 1 ff. ad leg. Falcid. item l. 1. infr. de hered. inſtit.* & Imperator, inter hos nõ recenſeatur.

5 Tertia autem eaque † probabilior dubitandi ratio eſt, quod ſecundum Bart. *hic in prin. Ang. num. 1. Caſtr. in princip. Corn. num. 1. Franciſ. Aret. num. 1. Iaſon num. 1.* qua ratione prohibitum ſit his perſonis, contrahere cum ſuis prouincialibus, *l. 1. ſupra de contract. iud. l. non licet, ff. de contrah. emt. l. aufertur, §. quod a præſide, ff. de iure fiſci.* eadẽ ratione nõ videatur cum his teſtamenti factio conſiſtere, quod a contractibus ad vltimas voluntates argumentari liceat, *l. ſi ſeruum 44. §. eum qui chirographum, ff. de legat. 1.* Confirmatio rationis videbatur: quod non iuſta affectio, ſed metus hanc voluntatem exprimere videretur, *argum. l. 1. ſupr. ſi quacunque præd. poteſtat. &c. item l. ſi per impreſſionem, infr. de his, quæ vi metus. cauſ. fact. ſunt.* Decidẽdi autem rationes ſunt illæ, quas ſupra ordine perſecutus ſum.

6 Eſt deinde & quarta, † eaque peculiaris ratio quod pronuntiatione contractus vltimæ voluntates non contineantur, *l. verba contraxerunt, ff. de verb. ſign.* Præterea obſeruandum eſt, in contractibus peculiarem rationem verſari, quod magiſtratus plerumq; annui eſſe ſoleant, aliud autem in perpetuis obtineat, *l. principales & l. præſides. ff. de rebus cred. ſi cert. pet.* Hanc quæſtionem Iaſon *hic n. 2.* etiam deflectit ad cauſſam alienationis, vtrum ſcilicet alienare prohibitus, intelligatur quoque prohibitus heredem ex tali re inſtituere: quæ quæſtio cum ad hanc materiam nõ admodum pertineat, ſatis eſſe conſtituo, ſi lectorẽ reiecerim ad Andr. Tiraq. *de retract. gentilit. §. 26. glo. 1. n. 5. & ſeq.*

7 Nunc de ſecũdo legis noſtræ † membro:
8 circa quam dubitandi rationes plus † quam euidentes ſunt, *l. ſi vnus h. t. l. hac conſultiſſimã*
9 *cum aliis infinitis.* Definiendi rationẽ † conſtituimus in fauore vltimæ voluntatis, *l. omni modo, ſupr. de inoff. teſt.* item in promiſſione ipſius heredis, *l. ſi veritas, infr. de fideicom. l. fin. infr. ad l. Falc l. 1. ff. de condict. indeb. & l. cuius per errorem. ff. de reg. iur.*

Quod cum ita ſeſe habeat, tñ expeditum non eſt, quomodo heres voluntatem † de- 10
functi approbaſſe dicatur. Etenim glo. duos
modos † proponit, primũ qui ſolutione eius 11
quod legatum erat, explicetur. Et quamuis Doctores illud verum eſſe fateantur, *l. 1. ff. de cond. indeb.* vt ſcilicet proficiat ad inhibẽdam condictionem indebiti, tñ negant hanc obſeruationem congruere verbis noſtræ legis. Qua de cauſſa gloſſa aliud exemplũ ſuggerit in eo, qui ſciens ſe non teneri promiſerit, allegat *l. ſi infr. ad l. Falc.* quã expoſitionem gloſſ. ſequuntur Cyn. *n. 3. Bart. n. 3. Caſtr. n. 2. Fulg n. 2. Corn. n. 5 Salyc n. 2. Alex. Iaſon. n. 4. Fran. Aret. n. 2. Alberic. in princ. Sichard. nu. 4. Donell. n. 3.* Sed quæſtionis † eſt, an pactum 12
nudum ſufficiat, nã promiſſionem ſtipulatione comprehenſam hoc impetrare non dubitamus, *l. fideicommiſſum 62. ff. de cond. indeb. & d. l. ſi veritas, infr. de fideicom.* Et quidẽ glo. *in verb. agnouerit*, in eã ſententia eſſe videtur, vt ſolemnem promiſſionẽ requirat, dum negat hæc verba ſufficere, approbo ꝙ fecit pater meus, Gloſſæ ſententiã ſequuntur Ang *verſ. tu tene gloſſam, Caſtr. nu. 2. Cyn. nu. 3. Donell. n. 3. Alberic. in prin.* quamuis vix certi aliquid conſtituat. Porro diſſentiunt Bald. *hic n. 8. Ful. n. 2. Corn n. 6. Salyc. n. 3. Alexan. n. 2. Franc. Aret. circa fi.* eo ſcilicet caſu, quo legatarii præſentes fuiſſent, ꝙ & ipſum etiam videtur ſentire Angelus.

Priorem † ſententiam comẽdant leges 13
ſupra a nobis allegatæ, ſcil. *l. fideicommiſ. & l. ſi veritas*, item generalis definitio, ꝙ ex pacto nudo nõ naſcatur actio, *l. iuriſgen. §. quinimo. ff. de pact. cum ſimil. allegat, præterea gloſſ. l. ſi poſt diuiſionem, & l cum teſtamentum ſupr. de iur. & fact. ignor.*

Secundam aũt opinionem † confirmare 14
videtur, *l. fi. infr. de fideicom.* itẽ ea quæ de pacto geminato ſcripſimus *in l. legẽ, ſup. de pact.* quo pertinet, *§. de conſtituta, Inſt. de act.*

Pro dirimenda hac † altercatione arbi- 15
trarer, præcipuam vim in eo conſiſtere, an ex teſtamento minus ſolemni naturalis obligatio oriatur, quod defendunt gloſſ. Bart. & alii *in l. fin. infr. ad l. Falc.* & multi alii quos refert Did. Couar. *in c. cum eſſes, nu. 10.* vbi ex Iaſone fatetur hãc opinionẽ eſſe comunem ipſe aũt *nu. 17.* aliam defendit, & multos auctores in hãc rem allegat, quo lectorẽ breuitatis cauſſa reiicio, ꝙ hic mihi nõ ſit propoſitum aliquid certi definire, niſi in eo caſu, quo quis per errorem teſtamentum approbaſſet. *d. l. ſi poſt diuiſionem, & l. cum teſtamẽto.*

Reliqua quæſtio eſt, quod cum duobus

Digitized by Google

modis approbationem fieri dixerimus, ſolutione,& ſolẽni promiſſione, an, ſi quis v-
16 ni legatum ſuum † ſoluerit, vel per ſtipulationem addixerit, alteri quoque quod adſcriptũ erat, præſtare cogatur. Et gloſ. quidem
17 *arg. l. ſi. ſup. ne vxor pro † marit. item l. voluntaria, ſupr. de excuſ. tut.* conſtituit, illum ad hoc compelli non poſſe. Gloſſæ ſententiam amplectitur Bar. *n. 2.* qui paulo latius diſtinguit, intereſſe an legatũ deficiat propter fauorem alicuius, veluti in perſona filii, qui ſi præteritus ſit, approbare nihilominus teſtamẽtum poteſt, *l. filio, ff. de lib. & poſthu. hered. inſtit.* & tunc valet totum teſtamentum. Eademque ipſo auctore videtur eſſe ratio authenticæ, *ſed cum teſtator, infr. ad leg. Falcid.* beneficium enim legis Falcidiæ conſtitutum eſt in fauorem heredis. Is igitur ſi approbando teſtamentum ſoluere cœperit vnum legatũ non detracta falcidia, reliquis quoque ſatisfacere cogetur. Quod ſi aũt teſtamentũ nullum ſit propter aliũ formæ vel ſolemnitatis defectum, tunc heredem promittentem, & ſoluentem hactenus ſibi nocere, quatenus ſcil. promiſit aut ſoluit. Gloſſæ præterea ſub-
18 ſcribunt † Bald. *n. 12. Ang. circa ſi. Caſtr. n. 3. Phil. Corn. n. 7. & ſeq. Salyc. n. 5. Alex. n. 3. Iaſon n. 5.* idq; defendi poteſt *arg. l. Lucius, §. teſtator, ff. de leg. 2. item l. ſi certis annis, ſupr. de pact. & l. creditor, ſupr. de vſur.* in quib ſi aliquis ex pacto nudo quid ſoluerit certis annis, non
19 cogitur reliquo tẽpore ſoluere. Sed † negotium faceſſunt, *l. 1. inf. de fideicom. item l. in teſtamento 28 in fi. ff. de teſtamentar. libert.* Quod ad primum contrarium attinet, illud diluetur ſi meminerimus ibi duo interuenire, & fauorem teſtamenti, & alimentorum. Eſt deinde & alia ratio, quam conſiderauit *hic Bald.* vt ſi legatum annuũ deſtinatum ſit ad vnum finem, tunc videatur ſibi in ſolidum præiudicare ſemel ſoluendo, *l. firmior, §. fin. & l. ſi cum præfinitione, ff quand. dies legat. ced.* ſi autem non erat relictum ad vnum finem, tunc diuerſum ſit, *arg l. quod de bonis, §. nõ idcirco, ff. ad l. Falc. itẽ l. nec ſemel, §. ſed ſi quotannis, ff. quand. dies legat. ced.* Et quamuis Bald. putet hanc rationem ſolam ſufficere tamen mihi præferenda videtur ſentẽtia Salyc. *n. 6. Alex. n. 4* exiſtimantium hoc ſatis nõ eſſe, ſed etiam triennalem præſtationem requiri, *vt d. l. 1.* & eandem cauſſarum rationem.
20 Secundum obicem † ſatis infeſtum eſſe omnes fatentur, qua de cauſſa multæ ſunt ſolutiones. Præcipua eſt, quod vtrũque fideicommiſſum in ſe habeat connexitatem aliquam, & propterea ſeparari nequeat, *arg. l. cum actum, ff. de negot. geſt. & l. etiam, ff. de minorib. in integ. reſt. ita Salyc. hic nu. 5. Alex. nu. 3. Philip. Corn. n. 9. item Iaſon n. 6. & 7.* qui arbitrantur, illud ẽt eſſe ſpeciale propter ſumam dilectionem parentis erga manumiſſam. Et hæc reſponſio tolerabilis videtur.

Lex, Teſtamentum, 17.

SVMMARIA.

1. *Multa eſſe nomina vltimarum voluntatum, & propterea non obeſſe variationem.*
2. *Abundantem cautelam non nocere.*
3. *Certa declarationes circa hoc axioma.*
4. *Adiectio diei vel conditionis nonnullas obligationes vitiare ſolet.*

CVm multa ſint vltimæ voluntatis † no- 1
mina, teſtamẽtum, elogium, diſpoſitio nouiſſima, arbitrium quod nunquã redit, diſceptationis eſt, an ſi teſtator in deſignatione teſtamẽti variaſſet, aliquid vitii videatur cõtrahi, & hoc teſtamento nihil officere præſens declarat conſtitutio. Imo quod magis eſt Bal. *n. 1.* auctor eſt, quod ſi teſtator teſtes rogauerit, vt huic ſuo contractui adeſſe vellent, vel codicillis, non propterea vitiari teſtamentum, ſi ſolemnia ſuffragentur. Baldo accedunt Caſt. *n. 3. Fulg. n. 1. Corn. nu. 2. Salyc. n. 1. Alex. n. 1. Iaſon n. 1. Sichard. n. 1.* Et quamuis hæc aſſertio ex multis cauſſis periculoſa videri poſſit, tamen benignius eſt eandem admittere, ſi euidenter ex aliis appareat, quod non codicillos aut contractum voluerit inſtituere, ſed teſtamentum facere.

Notandum † præterea eſt ex noſtra lege 2
abundantem cautelam non nocere, *vt leg. qui mutuam 56. §. 6. ff. de auro & argen. leg. l. 37. infr. de don. l. non ſolet 94. ff. de reg. iur.* Sed hoc
axioma recipit † certas declarationes, qua- 3
rum prima eſt, quod clauſulæ inſolitæ & nimis ſcrupuloſæ diſpoſitionem ſuſpectã reddere ſoleant, *l. ſi quis ſub conditione 7. & ibid. Bald. nu. 4. Ang. nu. 2. Alberic. nu. 1. Iaſon hic nu. 3. Caſtr. nu. 2. Salyc. n. 1. Sichard. nu. 4. Rolan. a Vall. conſ. 58. nu. 1. lib. 1. Philip. Dec. in l. quæ dubitationis, ff. de reg. iur. nu. 4. Alciat. in l. ſi maior, ſupr. de tranſact. n. 3. Crauet. conſ. 56. num. 18. Menoch. lib. 2. arbit. quæſt. caſ. 225. n. 8.* & plures alii quos referimus *in tract. de præſcript. part. 2. memb. 2. de bon. fid. c. 2. n. 91.* Idque confirmari poteſt. Primo argen. *dict. leg. ſi quis ſub conditione*, quæ tamen ſatis obſcura eſt. Secundo, *l. ita fidei, 40. ff. de iure fiſci*, qua cauetur grauiorem labem illum contrahere, qui cautela ibidem comprehenſa vſus ſit ad cir-

Digitized by Google

ad circumueniendam mentem legis, quæ clam perſonis non capientibus relinqui vetaret, quam ſi nullā teſtamento relicti mentionem feciſſet. Nam, vt ait ibidē Iuriſconſultus, nō intelligitur palā relinquere, quod ex teſtamento ſciri non poteſt, cum recitatum eſt. Quo pertinet etiam *l.qui teſtamentum,ff.de prob.item c.cauſſam quæ, de teſtib.cap. quam graui de crimine falſi,c.ex parte, de reſcrip. §.callidis,de prohib.feud.alien.per Frider.*

4 Secunda declaratio eſt, quod † adiectio diei vel conditionis nonnullas obligationes vitiare ſoleat, *l.actus legitimi,ff. de regul.iur.l. Græce,§.illud,ff.de fideiuſſ.l.nonnunquam,ff.de cond.& demonſt.* Sed hæc res cautelæ proprie accepto ferri non poteſt, cum ipſa adiectio mutet naturam obligationis, & minime eo conſilio facta videatur, vt priorem obligationem munire poſſit.

Lex, Teſtamenta,18.

SVMMARIA.

1 *Præſentem legem non de inſinuatione duntaxat, ſed de tota publicatione intelligendam.*

2 *Inſinuare quid,item quid aperire,quid denique publicare.*

3 *Quis competens iudex intelligatur in cauſſa publicationis.*

4 *Illos toto cælo errare, qui putent tabellionis publicationem ſufficere.*

QVamuis Paul.Caſt. *hic nu.2.* præſentem
1 legem accipiat de inſinuatione † teſtamenti, quod iam publicatum ſit, quemadmodum donationes inſinuari ſolent, *l.data, & l.ſancimus,inf.de donat.* & hoc ſpeciale eſſe contendat in vrbe Cōſtantinopolitana: tamen meo iudicio recte reprehēditur a Fulgoſio *n 1.* Corn.*n.8.* Alex.*n.1.* Iaſ.*num.1.* poſt Cyn. Salyc.& alios, exiſtimantibus hanc legem exaudiendā eſſe de publicatione, quæ eadem ſit cum inſinuatione, & apertura teſtamenti, vt dicunt, *vt l.publicati,2.h.t.* quod tamen nos ita interpretamur, vt ſcilicet hi actus tempore cohæreant, non autem eodē modo explicentur. Aliud enim eſt, inſinuare teſtamentum, aliud aperire, aliud deniq;
2 publicare. Inſinuare † intelligo, quādo quis teſtamentum clauſum defert ad cōpetentem Magiſtratum, *d.l.data, inf.de donat.* aperire cum quis præſentibus illis, quorum intereſt, item teſtibus, qui ſua ſigilla recognoſcant illud reſignari curat, *l.1.item l.4.ff.teſtament.quemad. aper.* publicare eſt efficere, vt auctoritate competentis Iudicis, teſtamentum ſolemniter agnitum in publica monumenta, quæ geſta vocantur, cōferatur, *l.fin. inf.de re iud.* de qua re copioſius *in l.2.ſup.h.t.* nonnunquam tamen appellatione inſinuationis omnes hi actus, aut ſaltem duo continentur, delatio ad Magiſtratum, & publicatio, *d.l.data, & l.ſancimus,* idemque e contrario euenit in verb.*publicādi,d.l.publicati,ſupr. eod.tit. & l.conſulta diualia,h.cod.t.* Nam ſi teſtamentū clauſum ſit, omnes tres actus cōplectitur, ſin apertum, altera cōditio neceſſaria non eſt, tamen requiritur recognitio ſigillorum *d.l.4 ff.teſtam.quemad.aper.*

Diximus teſtamentum apud cōpetentem Iudicem inſinuandum, quæritur itaq;, *quis † competens ſit Iudex,* hoc ipſum oſtendit 3 noſtra lex, morem fideliſſimæ vetuſtatis retinendum eſſe, vt apud magiſtrum cēſus in ciuitate Conſtantinopolitana publicentur, & eodem loco reſeruentur, neque vlla permittatur tranſlatio. Quid igitur in ceteris prouinciis aut ciuitatibus iuris ſit, illud hac lege non explicatur, ſed in *§.nulla, Nouell.de defenſ.ciuit.* id ſcilicet faciendum eſſe apud defenſores ciuitatis, *gloſſ. hic in verb.tranſlatio,& alii Doctores:* adeo, vt hinc facile intelligamus, illos toto errare cœlo, qui putant, † 4 publicationem tabellionis ſufficere, de qua re *in l.2.ſup.h t.* Baldus definitionem noſtræ legis *nu.1.* & Baldum ſecuti Salycet. & multi alii ad nonnullas quæſtiones de prorogatione iuriſdictionis trāſferunt, ſed ſatis impertinenter, vt quiuis facile æſtimauerit; cum abſurdum ſit de prorogatione tractare, vbi illud in poteſtate partium non verſatur. Etenim illi, qui ad ſucceſſionem alterius aſpirant, iuſſi ſunt, teſtamentum inſinuare apud deſignatos iudices, non alios, igitur formam lege præſcriptā mutare nequeunt, *l.teſtandi, ſupr.h.t. l.conſulta diualia, h.cod.t.l.repetita,ſupra,de epiſcop.& cler.*

Lex, Omnium,19.

SVMMARIA.

1 *Teſtamentum precibus inſerium, & Imperatori oblatum,ſine alia ſolemnitate valet.*

2 *Confirmatio per argumentum a minori.*

3 *Imperatorem nunquam ſolum intelligi, & propterea probationem ſemper ſaluam eſſe.*

4 *Hæc verba,* Imperatore medio,& toto iure quod in ſcriniis, ipſius conſtitutum eſt, *quem intellectum habeant, aliter, quam hactenus expoſita.*

5 *Cum geſta fidem impetrent, multo magis id conſequentur ſcrinia Principis.*

6 *Quomodo Imperatores intelligantur, omnia iura ſcire.*

Digitized by Google

7 *Quemadmodum ſemel publicati teſtamenti fides non intercidit, ita etiam, quod Principi oblatum eſt.*

8 *Intellectus horum verborum, quod oblatas preces ſecundum voluntatẽ defuncti idoneis teſtibus approbare poſſit.*

9 *Explicatio Bartoli, Caſtrenſ. & aliorum requirentium, duos teſtes ratione probationis.*

10 *Alia interpretatio Iaſonis, Didaci, & Donelli, quod nulli teſtes neceſſarii ſint, ſed ſufficiant proceres.*

11 *Vna exceptio regulæ, quod in omni teſtamento ſeptem teſtes requirantur, quando teſtamentum apud Principem conditum eſt.*

12 *Alia exceptio, ſi teſtamentum actis inſinuatum ſit.*

13 *Contraria ſententia Alberici in actis nihil mutatum eſſe, quam etiam auctor approbat, cum reſponſionibus ad argumenta contraria.*

14 *Retenta communi ſententia, quod acta ius ſpeciale habeant, an aliqui teſtes neceſſarii ſint?*

15 *An ſeruata eadem opinione ſatis ſit, quod Magiſtratus vna cum actuario, & vno, vel duobus teſtibus ad ædes teſtatoris deflectant.*

16 *Teſtamentum Principi oblatum fidem impetrare, quamuis non reſponderit.*

17 *Auctoritatem Principis non efficere, quo minus teſtamentum reuocari poſſit.*

18 *An ſtatuta, vel leges municipales auctoritate Rectoris, vel Principis confirmata, ſine conſenſu ipſius reſcindi poſſint.*

19 *Intellectus horum verborum:* ne quid ſane prætermiſiſſe credamur.

QVamuis in teſtamentis ſeptem teſtes, *l. ſi vnus, 12. h. t.* item multę aliæ ſolemnitates, de quibus *in l. ſeq. item l. iubemus*, tam ratione formę, quam probationis requirantur, & propterea dubitari poſſet, an teſtamentum precibus, quæ Principi offerantur, inſertum, valeat, & conuenientem effectũ in amplectenda hereditate obtineat: tamen
1 Imperatores Honorius & Theodoſius † reſcribũt, huiuſmodi vltimam diſpoſitionem ratam eſſe, quæ omnium teſtamentorum ſolemnitatem ſuperare videatur, quæq; inter tot nobiles probataſque perſonas, mera fide ſupplicationi inſerta cõſcientiam Prin-
2 cipis teneat. Quæ dicta ſunt, † confirmant argumento, quod a minori vocamus, quoque auctores iuris noſtri ſæpiſſime, vti ſolẽt, *vt l. fin. inf. qui atat. ſe excuſ. lib. 10. l. ſi quando, ſup. de teſtib. l. ſi non ſinguli, ſupr. de reb. cred. ſi cert. pet. c. cum in cunctis, de election. c. quemadmodum, de iureiur.* Quod ſi ille ſecurus ſit, qui actis cuiuſcunque Iudicis, aut municipum, aut auribus priuatorum ſuum publicauit iudicium, ita etiam de eius ſucceſſione ambigi non debere, qui Imperatore medio, & toto iure (quod in ſcriniis ipſius conſtitutum ſit) teſte, ſuccedat; occurrentes hoc modo his, quæ temere moueri poterant, nullum teſtamentum valere, in quo ſeptem teſtes non interueniſſent, *l. proxima, & §. ſed cum paulatim, Inſt. de teſtam.* Imperatores profiteri, quod legibus alligati ſint, *l. digna vox, ſupr. de legib.* aut quod legibus viuant, *l. ex imperfecto, h. t. l. cum heredes, ſup. tit. proxim.* Deinde, quod certiſſima videatur illa iuris definitio, vni teſti fidem accommodandam non eſſe, non adhibita diſtinctione, qua dignitate præfulgeat, *l. iuriſiurandi, §. fin. ſupr. de teſtib.* maxime quod illud etiam iure diuino confirmatum videatur, *c. in omni negotio, de teſtib.* Oſtendunt enim non defuturam probandi rationem, quod Imperator † nunquam ſolus, cum audientiã huiuſmodi negotiis accommodat, intelligatur: ſed cum tot nobilibus & probatis perſonis, quæ lateri ipſius adhærere ſolent, id eſt, cum Senatorib. ſuis, & proceribus, *d. l. humanum, ſup. de legib.* hæc & ſimilia legere, recognoſcere; & ſi opus ſit, cum iiſdem deliberare ſoleat. Vnde ſemper probationem ſaluam eſſe, quod tales Senatores & proceres teſtimoniũ de re geſta ferre poſſint, aut ſi, vt ſunt humana, illi ab hac luce ſubtracti eſſent, vel præ longinquitatẽ temporis eorum non reminiſcerentur, poſſit tamẽ medio Imperatore, & toto iure teſte, † quod in ſcriniis ipſius conſtitutum eſt, 4 cauſſa ipſius aſſeri. Quæ verba non bene percepta noſtris Interpretib. inſigniter impoſuerunt, dum Bart, *num. 2.* Alberic. *num. 1.* Cyn. *num. 1.* Caſtr. *num. 4.* Alex. *num. 2.* Corneus *num. 9.* Iaſon *num. 3.* hæc verba ita accipiunt, quaſi Imperator gloriando profeſſus eſſet, ſe omnia iura in ſcrinio pectoris ſui cõdita habere, *vt aperte pronuntiat Bonifacius Pontifex in c. 1. de conſt.* Repugnant enim verba ipſius conſtitutionis, quæ nullam mentionem faciunt pectoris ipſius Principis, ſed duntaxat ſcriniorum: Præterea aduerſatur mens & voluntas ipſius Principis, qui cum homo ſit, & nihil humani alienum etiam a ſe putet, vt per ſummam oſtentationem & vanitatem ſibi aſſerat, quæ natura nulla ratione concedit, cum, vt ipſe Iuſtinianus recte commemorat, omnium meminiſſe non hominis, ſed diuinitatis ſit, *l. 2. §. at cum humana, ſup. de vet. iur. enucl.*

Senſus igitur noſtræ legis eſt, quod cum ſcrinia Principis ad hoc deſtinata ſint, vt pleniſſimam fidem his inſtrumẽtis, quæ eo loci aſſeruentur, cõcilient: quippe in in quibus non vana quæuis, ſed totum ius, id eſt,

ius

Digitized by Google

ius ſcriptum, & conſtitutiones illæ, quæ ab ipſo Imperatore promulgatæ legis formam accipiant, *l. 3. de legib.* vel ad prouincias mittantur, ſimul etiam acta Principis ad adminiſtrationem Reipublicæ, vel iuriſdictionem pertinentia, item libelli ſupplices, & id genus alia recondantur, *l. 5. & 6. infr. de proxim. ſacror. ſcrinior. lib. 12.* vt recte hoc loci animaduertit Donellus, qui etiam ſubnectit, quod in his ſoleat contineri totum ius Principis, quod epiſtolæ complecti ſoleant conſtitutiones generales, ad prouincias: libellos autem ſupplices habuiſſe adiuncta reſcripta, & reſponſa Principum. Horum enim inſtrumentorum omnium, quæ cuſtodiæ ſcriniorum committi ſolent, fidem & auctoritatem etiam has preces, quæ teſtamentum inſertum habebant, ab omni ſuſpicione vindicare poſſe, & debe-
5 re. Si enim geſta, † de quibus *in l. proxima, & in l. conſulta diualia, item l. 2. hoc titul.* tantum momenti faciunt, quod loco minus ſuſpecto contineantur, *vt d. l. proxima, & authent. adhæc, ſupr. de fide inſtr. c. ad audientiam, extr. de præſcrip.* cur ſcrinia Principis, ad quæ nemo, niſi ipſe Imperator, aut illi, quibus eius rei curam nominatim mādauerit, *l. 1. inf. de magiſt. ſcrin. item l. 1. 5. 6. de prox. ſacr. ſcrin. lib. 12.* accedere ſolet, non idem prærogatiuæ habebunt.

Animaduerto tamen noſtros Interpretes prioris ſententiæ abſurditate motos, quæ ab illis prolata erant, certa interpretatione mollire, quod cum Imperatores ſint, aut eſſe debeant imbuti Philoſophiæ præceptis *l. pen. inf. de his quib. vt indig.* item iuris religioſiſſimi *l. vnum ex familia, 67. §. fin. ff. de legat. 2.*
6 in conſilium † adhibere ſoleant, huiuſmodi proceres & ſenatores, qui, quod in iis deſit, merito ſupplere poſſint, *l. humanum, ſupr. de legib. auth. habita, ſupr. ne filius pro patre*, vbi multa iura eodem pertinentia allegauimus, non videatur tam aliena pronuntiaſſe, ſi totius iuris ſcientiam ex illorum peritia & ingenio metiatur.

Quibus ita digeſtis, non erit adeo magni negotii, illa argumenta, quæ ſuperius dubitandi cauſſa propoſita ſunt, etiam ſigillatim diluiſſe: Vt enim in teſtamento ſeptem teſtes neceſſarii ſunt, ita hic plures teſtes, & nobiles, atque probatæ perſonæ ſemper Principi adfuiſſe exiſtimādi ſunt. Et quamuis illi ex poſtfacto deficere poſſint: tamen qua ratione ſemel publicati teſtamenti fi-
7 des † non intercidit, *l. proxima, & l. 2. hoc tit.* eadem ratione illud teſtamentum in controuerſiam vocari nō poteſt, quod poſt oblationem Principi factā in ſcrinio ipſius aſſeruetur. Quæ conſideratio ſubuertit & ſecundum argumentum, quod Princeps ſe legibus alligatū dicat; item tertium & quartum, quod iure naturali & diuino vni teſti non credatur. Sed negotium faceſſunt vltima legis noſtræ † verba, quod oblatas pre- 8
ces ſecundum voluntatem defuncti idoneis teſtibus approbare poſſit. Qua de cauſſa gl. *in verb. teſtibus*, verſando rem in partes contrarias, nihil certi conſtituit. Bartolus † au- 9
tem *num. 1.* requirit duos teſtes, idem etiam facit Caſtr. *num. 2.* Cyn. *num. 5.* Alberic. *num. 2.* quamuis dubitanter loquatur Corn. *num. 17.* Salyc. *num. 9.* Alexand. *num. 5.* vbi ait, Doctores hanc ſententiam communiter ſequi Bald. *num. 1.* Fulgoſ. *num. 2.* Iul. Clar. *lib. 3. ſent. §. teſtamentum, q. 56. num. 7.* Hippol. Riminald. *Inſt. de donat. §. 1. num 359.* Qui in re cauendum erit ab eodem Riminaldo, deinde Did. Couar. *in rubr. de teſtam. part. 2. nu 5.* contendentibus, Bartolum, Bald. & Alex. aſſerere, quod hi teſtes ſint de ſolemnitate, cum tamen Bald. & Alex. contrariū aperte profiteantur, vt etiam faciunt Caſt. Corn. Fulg. Clar. Bartolus autē, vt pene omnes alii indiſtincte loquantur. Requirunt itaq; duos teſtes, non quidē ad ſolemnitatem, vel ſubſtantiam ipſius teſtamēti, ſed vt cōſtare poſſit, Principi has preces oblatas fuiſſe, ſi fortaſſe hoc in dubium reuocetur, qui, auctore Baldo, duo complecti ſuo teſtimonio debent, ſcilicet actus, quod interfuerint, & notorietatis, vt vocat, quod coram Principe illud factum ſit: addit Fulg. hos teſtes etiā deponere debere de ipſa diſpoſitione, ſiue voluntate teſtatoris, quod ſcilicet ante legerant ipſam ſupplicationem, & memoria repetant, quod ibidem contineatur.

Hanc ſententiam † refellunt hoc loci Iaſon *num. 15.* quamuis ibidem de teſtium inſcriptione loqui videatur. Did. Couar. *in rubric. de teſtam. p. 2. n. 4.* & multo apertius Donell. *num. 9.* qui conſtituit hoc, & falſum & periculoſum eſſe: Falſum, cum nulli alii teſtes requirantur, quam Imperator, & ipſius proceres, quodque ſufficiat, ſcriniorum fides: Periculoſum, quod facile duo teſtes ſubornari poſſint, qui dicerent, huiuſmodi preces Principi inſinuatas fuiſſe. Et hanc opinionem veriorem eſſe conſtituo: non admitto tamen vltimam Donelli conſiderationem; ſi enim ſufficit ſcriniorum 10

Digitized by Google

auctoritas, abundans cautela adhuc duos teſtes requirentis nocere non poterit, *l. teſtamenta, ſup. hoc tit.* vnde etiam infero, hanc vltimam interpretationem eſſe tutiorem, quod, quamuis præſumendum non ſit, falſas vel imaginarias preces in ſcrinia Principis recondi: tamen quod magiſtri ſcriniorum, & qui eidem operam accommodant, non ſemper illa diligentia ſint præditi, quam tam ſublimis cura efflagitat: ideo huiuſmodi adminicula non putarem eſſe contemnenda: Præterea admonendos nos hoc loco exiſtimaui, videri ita demum hanc definitionem procedere, ſi manu alicuius, qui ad id in ſcriniis deputatus eſt, libris memoriæ, vel ſimilibus monumentis hæ preces adſcriptæ ſint, & ita veram inſinuationis & publicationis formam habeant, *l. proxima, l. conſulta diualia, l. publicati, hoc tit.* alioquin ſatis periculoſa hæc ratio teſtandi eſſet, cum etiam extraneus eo loci rem deferre clam potuerit, de qua re copioſe ſcripſimus *in authent. ſi quis in documento, ſupra, de edend.*

His ita confirmatis videmur ex hac noſtra lege geminam exceptionem ad regulam generalem in omni teſtamẽto ſeptem
11 teſtes requiri, colligere. Vna, quod † in vltima voluntate, quę apud Principem inſinuata ſit, hæc neceſſitas remiſſa videatur. Ita enim declarant omnes Doctores ſupra à me commemorati aduerſante Angelo *hic nu. 1.* qui ſeptem teſtes requirit, accedunt Ferd. Vaſq. *de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 24. limit. 19. nu. 6.* Mich. Graſ. *in theſ. com. opin. in verb. teſtamentum, q. 54. num. 17.* Iul. Clar. *lib. 3. ſent. §. teſtamentum, q. 56. nu. 7.* Sed ſane, ſi rem ad viuum reſecare velimus, non video, quomodo hæc declaratio exceptionibus recte accepto ferri poſſit, cum, vt antea rem digeſſimus, abſurdum videatur, ſi apud Principem minus, quam ſeptẽ teſtes fuiſſe dicamus. Animaduertendum tamen eſt, hoc eſſe diſcriminis, quod in aliis teſtamentis de veritate quæratur, non autem de præſumtione, deinde hic non eſſe neceſſariam rogationem teſtium, de qua *in l. heredes, §. fin. ff. qui teſtam. facer. poſſ.* item non deſiderari ſubſcriptionem, & ſigna, & id genus alia.

12 Secunda exceptio eſt, quod † teſtamentum apud acta cõfectum etiam hac lege ſolutum videatur, *vt hic, & l. ſancimus, infr. hoc eodem tit. Bart. hic num. 2. Caſtr. num. 3. Fulg. n. 1. Corn. num. 5. Alex. num. 4. Cyn. num. 2. Iaſon num. 15. Ferdin. Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 24. limit. 19. num. 17. Roland. a Vall. conſil 70. nu. 28. Viuius in theſ. com opin. in verb. teſtis, Michael Graſ. in verb. teſtamentum, q. 55. num. 19.* Ceterum † diſſentit Alberic. *hic num. 3.* qui con- 13
ſtituit, tale teſtamentum non valere, niſi ſeptem teſtes adfuerint. Quod & ipſum videtur probare Ang. *hic nu. 1. circa fin.* item Nic. de Mateſil. relatus a Baldo *nu 3.* Ipſe autem Bald. ad minus tres teſtes requirit, quod & ipſum probat Salyc. *n. 8.* in qua repugnantia opinionum non facile eſt conſtituere, quid quis amplecti debeat. Et quidem ſi Alberici & Angeli opinionẽ probare vellemus, poſſemus cõtendere, quod cum in omni teſtamento ſeptem teſtes exigantur, *l. proxima, & l. ſi vnus, h. t.* & non inueniamus, quod in actis Iudicis quid noui cõſtitutum ſit, ab eadem etiam nos diſcedere non debere. Nam quod ad noſtram legem attinet, eadem facilem conciliationem reciperet, ſi illam reuocaremus ad intellectũ legis proxime præcedentis, item *l. publicati, 2. ſupr. hoc eodem tit.* vt intelligamus ſcilicet de publicatione, quę poſt teſtamentum fieri ſolet. Porro ad *l. ſancimus, inf. eod. tit.* etiam reſpondere liceret, ex eadem lege nihil aliud colligi, quam ꝙ acta videantur eam vim habere, quam depoſitiones triũ teſtium. Sed quia repugnat, aliorum Doctorum auctoritas, cedere cogimur, quamuis inter illos non ſatis bene conueniat, cum Caſt. Fulg. Iaſon, Corn. Cyn. in locis allegatis, item Ferd. Vaſquius *d. §. 24 n. 8.* Hieron. Schurff. *conſ. 71. nu. 1.* conſtituant, nullos teſtes neceſſarios eſſe, *argum. l. in donationibus, infr. de donat.* Alexander vero *nu. 4.* requirit duorum teſtium ad minus deſcriptionem in tali inſinuatione, vt quemadmodum inſtrumentum a tabellione confectum publicum dici non poteſt, niſi duo teſtes adſcripti ſint, *§. oportet, Nouell. de teſtib. §. 2. extr. de fide inſtrum.* ita etiam probandum ſit in cauſſa inſinuationis conſiderata præ iudicii grauitate. Et hanc ſententiam quoq; comprobare videtur Thobias Nonius *in §. fin. verſ. decimo primo, Marian. Socin. Iun. conſil. 138. num. 10. Laurent. Kirchouius in theſaur. com. opin. in verb. teſtamentum, verſ. teſtamentum coram Principe,* dum ait, cõmunem Doctorum opinionem eſſe, vt ad minus † duo 14
teſtes requirantur: tamen hi tres nullã mentionem faciunt requiſitæ deſcriptionis. Huc referri poteſt Iul. Clar. *lib. 3. ſentent. §. teſtamentum, q. 56. n. 8,* item Did Couar. *in rubr. de teſtam. part. 2. num. 4.* dum conſtituunt, receptiorem eſſe ſententiam, vt ad minus duo neceſſa-

Digitized by Google

duo neceſſarii ſint, quod communi calculo cõprobatum eſſe fatetur Hieron. Schurff. *d. conſ. 71. n. 1.* Sed obſeruandum eſt, Caſt. Fulg Ferd. Vaſq ita ſententiam ſuam moderari: declarant enim duos teſtes ratione ſolẽnitatis neceſſarios non eſſe, ſi per confeſſionem aduerſæ partis, vel alio modo de veritate conſtaret. Quod ſi vero factum ipſum in controuerſiam vocetur, eo caſu teſtibus opus eſſe, quæ traditio haud ſcio, vtrum cõueniat, cum *l. in donationibus, infr. de donatio.* geſtorum fides per ſe ſufficere videatur. Quidquid autem ſit, cum tractetur de tam graui præiudicio, exiſtimarem illum recte, atque ordine facere, qui etiam ſeptem teſtes adhiberet, vel ſi illud circumſtantię non concedant, aut omiſſum ſit, ſaltem duos teſtes adſcribi, vel ad minus adhiberi curet, cum maiorem partem Doctorum in hanc ſententiam inclinare videamus.

15 Plane cum tanta actorum † conſtituatur eſſe auctoritas, exſtitit illa iuris controuerſia, *an idem probandum ſit, ſi Prætor, vel conueniens Magiſtratus, vna cum actuario, ſiue tabellione iudiciali, & vno vel duobus teſtibus ad ædes ægroti, vel decumbentis deflectant, vt ſcilicet teſtamentum ex eo infringi nequeat, quod ſolemnis numerus teſtium adhibitus non ſit.* Et quidem Hieronym. Schurff. *conſil. 71. centur. 2. num. 1.* item Matth. Weſenbec. *in ſuis paratit. cap. qui teſtam. facere poſſ. num. 10.* conſtituunt tale teſtamentum, ex eo impugnari non poſſe, allegat præſentem legem, item *l. curent, ff. de teſtibus.* Præterea vtuntur auctoritate Salyceti, *in l. pacta nouiſſima, ſup. de pact. num. 2.* item Iaſonis *in l. 2. C. de edend. num. 4.* Baldi *in l. illud, num. 3. ſup. de ſacroſ. eccleſ.* Sed ſane, ſi rem iuſta ratione perpendere velimus, non video, quomodo hãc ſententiam in tuto quis collocare poſſit. Etenim certum eſt, pronuntiatione actorum, de quibus hic mentio fit, proprie archiuum, vel illum locum deſignari, vbi Ius reddatur, & acta etiam propoſita ſint, *l. eum pro quo, 17. ff. de in ius vocan. l. nouiſſima, 12. ſupr. de pact. l. ſiue apud acta, ſupr. de tranſact. l. 1. ſupr. de ſatiſdand. l. 1. infr. de iuſt. reorum.* Quo pertinet obſeruatio Cuiacii, *ad librum 4. ſentent. Paul. tit 6. circa principium*, vbi pulchre modum inſinuandi deſcribit. Nec mouet auctoritas Iaſonis, aut Baldi. Nam concedo, pronuntiatione actorum etiam acta extraiudicialia poſſe ſignificari: ſed illud Weſenbecio expediendum erat, quod hæc verba, quibus declaratur aliquid apud acta factum, aut actis inſinuatum eſſe, alium locum deſignẽt, quam illum, qui iudicii proprius ſit. Quod vero ad Salycetum attinet, non inuenio, quod quidquam tale defendat in loco ab ipſo Weſenbecio deſignato, cum ibidem nulla de hac re mentio fiat. Immo quod magis eſt, idem Salycetus in præſenti lege, *numer. 7.* prorſus eo caſu ſeptem teſtes requirit, quem referunt, & ſequuntur Alexan. *hic num. 4.* item Corne. *num. 6.* & in qua ſententia etiam eſſe videntur Baldus *hic num. 3.* qui tamen meo iudicio, in impreſſione Veneta corrupte legitur, Caſtrenſ. Iaſon, Fulgoſ. dum ſimpliciter hoc conſtituunt procedere, ſi apud acta teſtamentum factum ſit. Et ſane ſi rationem ipſam, qua noſtri Doctores adducti, hanc exceptionem admiſerunt, ſcilicet, quod ſemper præſumatur apud Iudicem eſſe multitudo teſtium, excutere velimus, non animaduerto, quomodo hæc opinio defendi poſſit, vbi certum ſit, minorem teſtium numerum adfuiſſe: cedit enim omnis præſumtio veritati, & iuſtæ probationi, *l. non epiſtolis, l. non nudis, ſupra, de probation. cap. per tuas, extr. eod.* Quamuis enim neceſſitatis habenda ſit ratio, vt ſolemnitas aliquo modo infringatur, vt ſcilicet Magiſtratus adire ægrotum poſſit, non tamen conueniendi numeri neceſſitas ſublata eſt, *l. caſus 8. hoc tit.* ex quibus apparet, ſatis periculoſam eſſe hanc Schurffii, & Weſenbecii interpretationem, niſi conſuetudinem ſuffragari proponamus.

Conſtitutum axioma Imperatores † inſigni additamento exornant, vt quæ di- 16
cta ſunt, obtineant, quamuis reſcripta Imperatoris nihil de eadem voluntate reſponderint, oſtendentes, illud propterea ſæpe fieri, ne poſt reſcriptum commutationis arbitrium inhibitum videatur, cum hoc ipſum, quod per ſupplicationem Imperatori inſinuetur, ita ratũ ſit, ſi defunctus contra iudicium ſuum poſtea non veniſſe detegatur. Ex quibus verbis colligimus, ne dum huiuſmodi voluntatem reuocari poſſe, ſi Princeps nihil reſponderit, verum etiam,
† ſi reſcripto ſuo eandem reuocarit, quod & 17
ipſum noſtri Doctores ad quotidianã quæ-
ſtionem accõmodant, an ſtatuta † vel leges 18
municipales cõfirmata auctoritate Rectoris, vel Principis poſſint ab his, qui ius habebant, ſtatuta cõdendi ſine conſenſu Rectoris vel Principis reſcindi, & Bart. quidẽ *n. 3.* Ang. *n. 3.* Alc. *n. 3.* Caſt. *n. 6.* id cõcedere vidẽtur: ſed ꝙ obſtet *l. ſi vt proponis, ſup. de nupt.*

Digitized by Google

idcirco idem Angel.item Fulgoſ.*hic num.2.* Salyc. *num.3.& ſequ.* Alexand.*num.3.* Corn. *n.12.& ſeq.* Iaſon *n.6.& ſeq.* conuenienti diſtinctione rem expediunt, intereſſe, an in ſtatuendo neceſſaria ſit auctoritas ſuperioris, an minus, vt hic procedant illa, quæ ex præſenti conſtitutione colliguntur, illic vero aliud probandum ſit, *argum.d.l.ſi vt proponis, item l.ſi ab emtione, ff.de pact.* niſi, vt admonent idem Corneus & Iaſon, hoc modo reuerterentur ad definitionem iuris communis, *argum.l.ſi vnus*, §.*pactus, ff.de pact.* quod tamen cum Angelo intelligo eo caſu, quo nullum præiudicium ſuperioris verſaretur.

Sequuntur in textu hæc verba: *Ne quid*
19 *ſane prætermiſiſſe credamur.* Quæ † in hac actione commemorantur, ſatis obſcura ſunt, triplicem enim intellectum admittunt. Vnum, quem perſequitur gloſſ. *in verbo, bonorum*, quam commendat Angel. *hic num.5.* & tanquam plane ſingularem extollit Fulgoſ. *num.4.* Alex. *num.6.* vbi gloſſæ expoſitionem communi calculo approbari dicit Philip.Corn. *num.19.* vbi ait, omnes Doctores gloſſæ ſententiam comprobare, & ab ea recedendum non eſſe, quod ſcilicet is, qui huiuſmodi inſtrumento eſt inſtructus, non indigeat bonorum poſſeſſione, in caſibus, in quibus hereditas de iure ciuili adiri nō poſſet, citra tale adminiculum, vt in caſu *l.poſthumus, ff.de iniuſt.rup.& irrit.fact.teſtam.* §.*nō tamen, Inſt.quibus mod.teſtam.infer.l.2.* §.*ſi ſub conditione, ff.de bonor.poſſeſſ.ſecund.tab.* Porro alium intellectum, eumque conuenientiorem inſinuant Cynus *hic num.5. circa finem*, Alberic. *num.3.poſt Richard. de Malumbr.* Iaſon *num.14.& 16.* Paul.Caſtrenſ. *nu.7.* quod in quibus caſibus teſtamentum de iure ciuili non valet, neceſſaria ſit bonorum poſſeſſio, *& in l poſthumus, & l.filio, ff.de iniuſt.rup. & irrit.fact.teſtam.* ita etiam hic idem probandum videretur; ſcilicet neceſſariam eſſe bonorum poſſeſſionem. Hunc ſcrupulum Imperatores voluiſſe tollere, conſtituentes, non opus eſſe tali bonorum poſſeſſione, ſed ſufficere beneficium huius legis, cuius vigore, non admiſſa etiam bonorum poſſeſſione, pro heredibus ſe gerere poſſunt.

Lex, Nolumus, 20.

SVMMARIA.

1 *Intellectus gloſſæ, circa explicationem huius legis.*

2 *Alia interpretatio Baldi.*

3 *Expoſitio auctoris,*

4 *An quæ hic de teſtamento in ſcriptis commemorantur, quod illud per teſtamentum nuncupatiuum, in quo Princeps inſtitutus eſt, reuocari non poſſit, locum habeant, ſi nullum teſtamentum ſcriptum ſit, ſed heredes ab inteſtato hereditatem vindicent?*

5 *An Princeps ea, quæ ad vnam cauſſam deſtinata ſunt per teſtatorem, in alios vſus conuertere poſſit?*

ANimaduertimus noſtros Doctores circa explicationem huius legis admodū deſudare, & diſcordes eſſe. Gloſſ. † enim in 1
verb. *ſcriptum*, Bart. *in ſuo ſummario*, Alberic. *num.2.* (quamuis diffidenter loquatur) conſtituunt legem noſtram, quæ neget deficientium ſcriptas & ſolemnes voluntates ex eo conuelli poſſe, quod nonnulli exſiſtant, qui contendant, aliud quoddam morientis ſupremum, & non ſcriptum proceſſiſſe arbitrium, quo teſtator patrimonium ſuum Principi reliquiſſet, eſſe intelligendum de teſtamento nuncupatiuo, minus ſolemni. Sed cum hoc modo futurum † ſit, vt hæc lex 2
nihil noui conſtituat, ſed eadem duntaxat repetat, & complectatur, quæ comprehenſa ſunt *in l cum heredes 7. ſupr. tit.prox. & l.ex imperfecto 3.h.t.* Idcirco Bald. *num.2.* Angel. *num 1.* Caſtr. *num.2.* Cyn. *num.3.* Franciſcus Aret. *in princ.* Salyc. *num.1.* Alex. *num.1.* Fulg. *num.1.* Iaſon *num.1.* Donell. *nu.2.* Godofred. *in gloſſis*, longe aliter rem digerunt, vt ſcilicet hæc eadem conſtitutio locum habeat, ſiue ſecundum teſtamentum ſit ſolemne, ſiue minus, modo ſcriptura non interuenerit. Quamuis enim regulariter definitum ſit §. *poſteriore, Inſtit. quib.mod.teſtam infirm.* vltimam voluntatē derogare priori, & eandem vim habere videatur teſtamentū nuncupatiuum, quam habet elogiū ſcripto cōprehenſum, §. *fin. Inſt de teſtam.* tamen quod multi adulatores inueniantur, qui per ſummum ſcelus inſinuare ſe in gratiam potentum ſolent; idcirco hoc iure ſingulari receptum eſſe videtur, ne teſtamentum in ſcriptis per nuncupatiuum infirmetur. Baldus hanc decidendi rationem tradit, quod tabellio non ita facile ſubornari poſſit, vt teſtes, idemque affirmat Angel. & quidam alii. Sed eadem mihi nullo modo probari poteſt, quod facilius vnius fides labefactari poſſit, quam multorum, vt rei euidentia illud coarguit, atque tabellio ſecundum noſtra iura, vt diximus *in l.2.h.t.* non habuerit ius publicandi teſtamenta, *vt l.18.h.tit.* Qua de cauſſa conſtituo, legem † noſtram intelli- 3
gendam de teſtamento in ſcriptis, quod a ſeptem teſtibus ſubſcriptum & ſignatum ſit, vt nimi-

vt nimirum per alios ſeptem teſtes, qui teſtamento nuncupatiuo ſe adfuiſſe dicant, ſubuerti nequeat.

Admiſſa hac interpretatione Fulgoſ. *hic n.1.* Caſt. *n.2.* in dubium reuocant, an idem
4 probandum ſit, ſi nullum teſtamentum † in ſcriptis proferatur, ſed propinqui ab inteſtato hereditatem aſſerant; & tandem conſtituunt idem eſſe, quod ratio legis, & hic interueniat. Accedit Iaſon *verſic. quid autem eſſet, ſi nudum procederet teſtamentum*, vbi in eandem ſententiam refert Cynum, Albericum, Iacobum de Aren. qui tamen tam aperte non loquuntur. Contrarium autem defendunt Bald. *hic num.2.* Salyc. *num.2.* Alexand. *num.2.* quod lege *non dubium, hoc tit.* intelligamus Imperatorem nõ debere eſſe deterioris cõditionis, quam ceteros. Et hãc ſententiam puto veriorem eſſe, quod correctio legum non ſit facile adiuuanda interpretatione, *l. præcipimus, infr. de appellat. in fin.* & quod cum hodie nulla pene teſtamenta in ſcriptis conficiantur, non debeamus inire rationem, qua Imperatorem, & magnates malitioſe, & contra ſententiam legis excludamus.

Excutienda hoc loco illa quæſtio eſt, *an cum Imperator toties profiteatur, ſe in cauſſa teſtamenti nullam prærogatiuam ſibi velle aſſerere, vt hic, & l. ex imperfecto, l. cum quis, & l. ſeq. ſupr. tit. proxim. adeo, vt l. ſi teſtamentum, hoc t. teſtetur, etiam auctoritate reſcripti ſui nihil in præiudicium illius admitti debere, an ſi teſtator facultates ſuas ad certam cauſſam deſtinarit, poſ-*
5 *ſit ſupremus Princeps † huiuſmodi legatum vel fideicommiſſum ad alios vſus definire?* Et videtur quod poſſit, *argum. l. legatum, 16. ff. de vſufruct. legat. & c. l. quia contingit, de religioſ. domibus.* Contrarium tamen defendunt Fulgoſ. *in l. ſi teſtamentum, hoc titul.* item Roman. & Corn. vbi ait, hãc ſententiam communem eſſe. *Didac. Couarr. variar. reſolut. lib.3. cap.6. num.5. & ſeq.* Et facilis quidem reſponſio eſt ad *l. legatum*, cum ſolutio ex ipſo textu colligatur. Ad c. l. vero, *quia contingit*, reſpondet, illud reſeruatum eſſe poteſtati Pontificiæ, vt deſtinata ad opus pium in aliud opus conuertere poſſit, cum in beneficialibus ſummam habeat poteſtatem, *cap. licet, de præbend. Didac. Couarr. in loco ſupra commemorato, Felin. in cap. cum acceſſiſſent, de conſtitut. num.17.* De qua re paulo aliter Arrius Pinell. *in l.2. de reſcindend. vendit. in prima parte rubricæ, cap.2. num.19.*

Lex, Hac conſultiſſima, 21.

Svmmaria.

1 *Teſtamentorum duo eſſe genera, vnum in ſcriptis, aliud vero nuncupatiuum.*
2 *In teſtamento nuncupatiuo neceſſarium eſſe, vt teſtes voluntatem teſtatoris exaudiant.*
3 *An in teſtamento in ſcriptis ante tempora Theodoſii & Valentiniani teſtes cognoſcere voluntatem teſtatoris debuerint?*
4 *Etiam Græcum in teſtem adſcribi poſſe, quamuis latinam linguam non teneat.*
5 *Cauſſa præſentis legis promulgandæ.*
6 *Tredecim conditiones relatæ, quæ in clauſo teſtamẽto requirantur.*
7 *Ardua quæſtio, an ſi teſtator clauſum teſtamentum fecerit, & omnes ſolemnitates teſtamenti ſcripti non adhibuerit, poſſit valere in vim nuncupatiui.*
8 *Argumenta & auctores, per quos negatiua ſententia confirmatur.*
9 *Contrariæ ſententiæ, interpretes, & fundamenta.*
10 *Conſideratio auctoris.*
11 *Teſtamentũ in ſcriptis diſtinctionem ſuam recipere, vt vnum ſit apertum, aliud vero clauſum.*
12 *Teſtamentum clauſum in cauſſam teſtamenti nuncupatiui conuerti non poſſe, & rationes.*
13 *An ſeptem teſtes ſint de ſolemnitate formali?*
14 *Huius inquiſitionis vtilitas.*
15 *Auctores & fundamenta aientis ſententiæ.*
16 *Contrariæ ſententiæ defenſores, & argumenta.*
17 *Diſtinctio auctoris.*
18 *Quædam pertinere ad ſubſtantiam teſtamenti, quædam ad formam, plurima ad ſolemnitatem, nonnulla ad probationis cauſſam, pleraque ad naturam & effectum ipſius teſtamenti, nonnulla tandem ex eorum mixtura cõſiſtere, vltimo eſſe quædam, quæ adiuncta vocari poſſent, & quænam illa ſint.*
19 *Vtramque interpretum ſententiam ſatis periculoſam eſſe, cum certa earum declaratione.*
20 *Exceptiones propoſitæ regulæ, quod ſeptem teſtes neceſſarii ſint in teſtamento.*
21 *Auctoritate contraria legis ſolemnem numerum minui poſſe.*
22 *Priuilegio Imperatoris etiam hoc induci.*
23 *Conſuetudine eo rem reuocari poſſe.*
24 *Legem municipalem etiã ad hoc proficere ſecundum multos.*
25 *Teſtamentum Principi oblatum, & actis inſinuatum, etiam in illa cauſſa videri.*
26 *Quid de teſtamento condito tempore peſtis.*
27 *Teſtamentum militum coram duobus factum valet.*
28 *Idem priuilegii habent illi, qui tempore expeditionis in hoſtili ſolo verſantur.*
29 *An peregrinantes cauſſa religionis hanc prærogatiuam habeant?*
30 *In piis cauſſis teſtamenti ſolemnitas non conſideratur.*
31 *In omnibus ditionibus, quæ Pontifici parent, ſufficit parochus cum duobus teſtibus.*
32 *Teſtamentum ruri coram quinque teſtibus factum, valet.*

Digitized by Google

33 *Promiſſio heredis teſtamentum minus ſolemne confirmat.*

34 *In omni neceſſitatis cauſſa ſufficere minorem numerum ſecundum multos.*

35 *Cum pater inter liberos teſtatur, hac ſolemnitas neceſſaria non eſt.*

1 CVm teſtamentorum duo † ſint genera, vnum in ſcriptis, aliud vero nuncupatiuum. In teſtamēto quidē nuncupatiuo pla-
2 ne neceſſariū eſt, vt teſtes † voluntatē ipſius teſtatoris exaudiant, § *per nuncupationem, h. noſt. lege, item l. heredes palam, in princ. ff. de teſtam.* Porro ipſa nuncupatio in teſtamēto in
3 ſcriptis † neceſſaria nō fuit, cum teſtator etiam teſtibus abſentib. dictare ſuū teſtamentum potuerit, *hac noſt. leg. § in omnibus*, putamus tamen opus fuiſſe, vt vſque ad tempora Theodoſii & Valentiniani, ſaltem teſtibus de voluntate ipſius teſtatoris conſtaret, ſiue quod teſtamentum prælegeretur, ſiue quod ipſi illud antea perluſtrarēt, cum de re ignota non viderentur poſſe teſtari, § *ſin aūt quis, Inſt. de pupill ſubſt.* ex quo intelligimus eum, qui pupillares tabulas clauſas conficere velit: debere tamen vulgarem ſubſtitutionem palam facere, ita vt in pupillaribus tabulis eo tempore, quo floruit Caius Iuriſconſultus, illud ſingulari iure receptū fuiſſe videatur. Non præterit tamen me, non plane neceſſarium eſſe, vt teſtes omnia teſtamenti ver-
4 ba intelligāt, cum etiam Græcus † in teſtem adhiberi poſſit: quamuis teſtamentum latine ſcriptum ſit, vt conſtat ex fragment. Pauli *lib. 3. tit. 4. §. 13.* item ex *l. qui teſtamento, 20. §. non tamen, ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Quamuis enim hic latinam linguam non teneat, ſatis tamen eſt, quod ſaltem ſenſu percipiat, cui rei adhibitus ſit: tamen hinc conſectarium non eſt, quem clauſis tabulis teſtari potuiſ-
5 ſe. Porro cum Theodoſius † animaduerteret, non ſolum pupillum multorum inſidiis patere, *vt l. 2. in fine, ff. vbi pupill. educar. deb. l. ſed ſi hac, §. pen. ff. de adopt.* ſed eadem pene incommoda ex deſignatione heredum, qui ex primis tabulis ſucceſſuri eſſent, impendere, *l. de fideicommiſſo, 11. ſup. de transactio.* quodque matura iudicii publicatio, æmulationem inter filios, vel propinquos parere poſſet, dum vni maior pars fortaſſe aſſignatur, quam reliquis, *Nouell. de nuptiis, § fin. & § 1. Inſtit. par quas perſon. nobis acq.* idcirco communi quodam beneficio omnes mortalium munire voluerunt, vt ſcilicet quis conſignatam, vel ligatam, vel tantum incluſam inuolutamque poſſit proferre ſcripturam, ita, vt nemini teſtium, quid eadē conſtituerint, in ſpecie aperiat.

Qua in re † perpendēdæ nonnullæ con- 6
ditiones ſunt, quæ in hoc teſtamēto deſiderentur. Primo, ꝙ voluntas ipſius teſtatoris ſcriptura comprehēdatur, ſiue manu ipſius teſtatoris exarata, ſiue cuiuſcunq; alterius, *vt in hac noſt. leg. in prin.* Secundo, ꝙ teſtator profiteatur in tali ſcriptura ſuū teſtamentū contineri, *vt hac eadem lege.* Tertio, ꝙ teſtes ſint ſeptem numero, *vt hic, & §. ſed cum paulatim, Inſt. de teſtam.* Quarto, ꝙ omnes rogati ſint, *l. heredes, 21. §. in teſtamentis, ff. qui teſtament. fac. poſſ.* Quinto, vt ſint puberes, *vt hic & § teſtes, Inſtit. de teſtam.* Sexto, vt ſint ciues Romani, quod noſtri quidem Doctores interpretantur, quaſi idem ſit, perinde atq; ſi quis dicere velit, ꝙ ſint ingenui, quam non puto mentem noſtrarum legum eſſe, quod inter ciues & ingenuos magna ſit differētia, vt apparet *Inſt. de ingenuis, in princ. & l. 1. ff. ad leg. Falcid.* Septimo requiritur, vt ſe ſubſcripſerint, *vt hic, & d. §. ſed cum paulatim, l. antepen. ff. qui teſtam fac. poſſ.* Octauo, quod etiam ſigna ſua impreſſerint, *vt hac ead. l. & d. §. ſed cum paulatim, l. ſi vnus, hoc eodem tit.* Nono, ꝙ etiam teſtator ſe ſubſcribat, & ſignum ſuum adiiciat, *l. iubemus, hoc tit.* Decimo, quod hæc vno contextu fiant, *vt d. §. ſed cum paulatim, Inſtit. de teſtam. & l. cum antiquitas, hoc eodem tit.* Vndecimo, vt aliquis heres inſtituatur, *Inſtit. de hered. inſtit. in princ.* Duodecimo, vt liberis conueniens portio titulo inſtitutionis relinquatur, vel ex iure cognitis cauſſis exheredentur, *Inſt. de exhered. lib. in prin.* Decimotertio, vt teſtamentum ſit clauſum, vt hic, quæ quidem conditio non eſt neceſſitatis, ſed arbitrii. Poteſt enim teſtator teſtamentum in ſcriptis facere, quod omniū oculis expoſitum ſit: poteſt etiam clauſis tabulis teſtamentum condere; neceſſitatis tamen hæc conditio ex eo cenſetur, quod alias tale nomen habere non poſſit. Sunt præterea multæ aliæ conditiones, quæ ex præcedentibus legibus, *vt l. ſi non ſpecialis, l. ſi vnus, item & ſequent. ſuo loco* explicantur.

Sed hic ardua quædā exoritur † quæſtio, 7
an ſi teſtator clauſum teſtamentum fecerit? & omnes has ſolemnitates, quas ſupra propoſui, non obſeruarit, illas tamen adhibuerit, quæ teſtamento nuncupatiuo conuenire poſſint: an huiuſmodi teſtamentum defendi, vel iure ſuſtineri queat? Et ſane † non videtur, cum duo- 8
rum alterum neceſſe eſt, vt ſtatuamus, vt valeat,

Digitized by Google

valeat in vim teſtaměti nuncupatiui, vel teſtamenti in ſcriptis: Non poteſt autem nuncupatiuum cenſeri, ex quo heredem palam minime nuncuparit, *l. heredes palam, 21. ff. qui teſtam. fac. poſſ. in princ. l. iubemus, h. t. & hac noſtra lege, §. per nuncupationem.* Non poteſt etiam vocari teſtamentum in ſcriptis, cũ fortaſſe ſubſcriptiones teſtiũ, vel ſigna deſiderentur, *l. ſi vnus, 12. h. tit. & hac noſt. lege, item l. ad teſtium 22. §. ſi quis ex teſtib. l. ſingulos, 30. eod. tit. §. ſed cum paulatim, Inſt. de teſtam.* Secũdo, auctoritate *l. 1. ff. de iure codicill.* ꝗ is, qui putet ſeſe teſtamentum facere, nec voluit hoc, vt codicillos valere, videri nec codicillos feciſſe. Tertio pugnat pro hac ſententia *l. non codicillum, 14. h. t.* vbi ex ipſo actu colligitur, vtrum aliquis habuerit animum, teſtamentũ faciendi, an codicillos. Porro, ex quo clauſum teſtamentũ conficit, facile colligimus, illum habuiſſe animũ condendi teſtamentum in ſcriptis, nõ aũt nuncupatiuũ. Quarto vrget definitio *l. 1. §. ſi quis ita, ff. de verb. oblig.* ex quo edocemur, illum, qui ſtipulanti non verbis reſpondit, ſed capite annuit, ne naturaliter quidem obligari, cum tamen iure pacti illud valere potuiſſet, cum nihil referat, quomodo voluntatẽ noſtram declaremus, *l. Labeo, ff. de pact. l. nutu, ff. de legat. 3.* Quinto huc referri poteſt generalis definitio, *c. ſi ſuper, ext. de off. deleg. & l. genero, ſupr. de iur. dot.* non voluiſſe, quem quod potuit, & non potuiſſe quod voluit, cum formã iure præſcriptam non ſeruarit. Sexto, ꝗ quando ipſe teſtator profeſſus eſt, ſe velle in ſcriptis vltimũ ſuũ arbitrium cõponere, & non interuenerint omnes ſolemnitates, huiuſmodi teſtamentũ merito reſpuendũ ſit, quãuis vt teſtamentum nuncupatiuum potuiſſet valere, vt colligitur ex princip. noſtræ legis, deinde ex *l. contractus, ſup. de fid. inſtr.* ita Franc. Mantic. *de coniect. vlt. volun. lib. 1. tit. 7. n. 3.* vbi ait, hũc caſum omni ſcrupulo dubitationis carere, & allegat in hanc ſententiam Angel. Socin. Alex. & alios. Et hanc ſententiam, ꝗ tale teſtamentum nullo modo valeat, ſecuti ſunt Caſt. *in §. per nuncupationem, nu. 2. & l. heredes palam, ff. de teſtam. in prin. Corn. d. §. per nuncupationem n. 3. Donel. n. 6. Alex. conſ. 176. n. 8. lib. 5. Crot. l. 1. §. ſi quis ita, n. 34. ff. de verb. obl. Ruin. conſ. 193. n. 10. lib. 2.*

9 Diſſentire autem † videntur Cyn. *in hac noſtra lege, §. per nuncupationem, n. 1. circa fin.* vbi tamen declarando ſuam mentem diſtinguit intereſſe, vtrũ appareat per expreſſam voluntatem teſtatoris, quod in ſcriptis teſtamentum ſuum facere voluerit, an per coniecturas, vt primo caſu nõ valeat teſtamentum: ſecundo autem aliud dicendum ſit, *Alberi. ibid. n. 7. Iaſ. n. 3* qui tamen non loquitur illo caſu, quo expreſſe de voluntate nõ conſtaret, *Fulg. n. 1. Alex. n. 2. Roman. l. profeſſio, nu. 13. hoc tit. Durand. Gualdenſ. de art. teſtand. tit. 2. caut. 1. num. 3. Boer. quæſt. 240. nu. 5. Iacob. Menoch. lib. 4. de præſumt. c. 2. nu. 16.* vbi plures refert Ferdin. Vaſq. *lib. 2. de ſucceſſ. creat. §. 2. n. 3. & ſeq.*

Pro defenſione huius opinionis quatuor potiſſimum argumenta conſiderantur. Primo, quod nemo videatur elegiſſe viam, quã teſtamentũ ſuum impugnet, *l. 3. ff. de teſtam. milit.* Secundo, quod ſi teſtator fuiſſet interrogatus, veriſimiliter ita reſponſurus videatur, quod in dubio ſequendum eſt, *l. tale, §. final. ff. de pact.* Tertio, quod abundans cautela non ſoleat nocere, *l. teſtamentum non ideo, h. t.* Quarto magis ad propoſitum facere videtur, quod teſtator, dicendo, ſe illum heredem facere, qui hac ſcriptura clauſa contineatur, videatur eundem ſatis nuncupaſſe, *arg. l. ſi ita ſcripſero, 38. ff. de cond. & demonſt. itẽ l. inſtitutio, 10. ff. de condit. inſt. t. item l. aſſe toto, 73. ff. de hered. inſt. l. hoc articulo, 29. eod. tit. l. quẽ heredi, 25. ff. de reb. dub.* in quibus videtur teſtator illum teſtamẽto expreſſiſſe, quem in codicillis ſcripſerit, modo implicita relatio de eodem in teſtamento facta fuerit.

In hoc diſſidentium certamine, † nõ facile fuerit, vel hanc, vel illam ſententiam, citra ſcrupulum approbaſſe: cum tamen ingenue, quid quis ſentiat, expromendũ ſit, ſtatuo priorem ſententiam eſſe præferendam, ſaltem in facto a nobis propoſito. Qua in re tamen dolendum eſt, Interpretes noſtros in eo verſari errore, quod putent teſtamenta in ſcriptis eo nomine a teſtamento nuncupatiuo diſtingui, quod hic voluntas teſtatoris aperienda teſtibus ſit, illic non ſit, *vt Cynus, Albericus, Caſtrenſ. Menoch. Mantic. in loc. alleg.* quamuis hoc ipſum ad ſubſtantiam teſtamenti minime pertinere aliqui eorum fateantur, nominatim autem Alexand. *in §. nuncupationem, hac lege, num. 2.* quæ res in tantum inualuit, vt etiam is, qui nomine Imperatoris Maximiliani conſtitutionem Coloniæ anno 1512. editam concepit, in titulo, *de teſtamentis*, plane eadem labe ſe inquinarit, quod exiſtimet teſtamentum in ſcriptis illud eſſe, quod clauſum & inuolutum teſtibus offeratur, cum ex hac noſtra lege aperte deprehendatur, huiuſmodi teſtaměti 10

formam primo a Theodoſio & Valentiniano introductam fuiſſe.

11 Sciendum itaque eſt, teſtamentum in † ſcriptis diſtinctionem ſuam recipere, vt vnũ ſit apertum, aliud autem clauſum. Quæ ſeparatio, vtrum ſpecies conſtituat, an minus,
12 in præſentia non inquiro. Si itaque quis † requirat, an teſtamentum clauſum conuerti in cauſſam teſtamenti nuncupatiui poſſit? reſpondebo, non poſſe. Primo, quod repugnet præſens noſtra conſtitutio, quæ hanc teſtandi rationem induxit cum ſua forma, a qua ſi recedamus, teſtamentum nullum eſt, *l. teſtandi, 13. hoc tit. l. nemo poteſt, ff. de legat. 1.* Secundo, quod obſtent omnia argumenta, quæ pro defenſione primæ partis adduximus. Tertio, quod hæc teſtandi ratio periculoſiſſima ſit, & omnibus fraudibus obnoxia contra *l. iubemus, hoc noſt. tit.* Si enim ponamus, teſtes non adſcripſiſſe ſua nomina huiuſmodi teſtamento, qua ratione apparere poterit, ſcriptum, de quo quæratur, eſſe voluntatem ipſius teſtatoris? idque conſtabit a ſufficienti partium enumeratione: neceſſe enim eſt, vt ea, quæ pro teſtamento proferuntur, aut teſtator ſcripſerit, aut tabellio, aut tertius. Primus caſus plus coloris habet, quam ceteri: tamen maximis incommodis obnoxius eſt, cum multi inueniantur, qui efformare manum alienam poſſint, de qua re diſſeruimus *in l. comparationes, ſupr. de fide inſtrum.* Vnde etiam non inuenimus hanc teſtandi rationem receptam eſſe, niſi inter liberos, cum forma, quæ præfinitur, *in authent. quod ſine, hac lege.* Secunda ratio plus ſcrupuli habet, quod hoc modo futurum ſit, vt vltima voluntas ab vnius tabellionis pendeat arbitrio, vt teſtes venti vicem impleant, tabellio autem ſcribere poſſit, quæ velit. Et quamuis Iulius Clarus *lib. 3. ſentent. quæſt. 4. num. 3.* §. *teſtamentum,* item Franciſc. Mantic. *lib. 1. coniectur. vltimæ voluntatis, tit. 7. nu. 7.* putent, ad tollendam dubitationem, quæ inde exſiſtere poſſit, ſatis eſſe, quod tabellio ſcripturæ clauſæ tẽpus & nomina teſtium adiiciat; tamen illos ſine lege, imo ratione loqui conſtituo. Nam quod ad legem *ſi ita ſcripſero,* item *l. aſſe toto,* atque alias leges ſupra a nobis commemoratas, attinet, illis ſatisfaciemus *in* §. *per nuncupationem, h. t.* vbi etiam diſſeremus de illa doctrina Bartoli, & aliorum Doctorum, an valeat tale eius arbitrium, ſi teſtator diſponat, prout in ſchedula continetur, quæ apud præſidem alicuius monaſterii depoſita ſit. Tertio caſu longe ſuſpectior ratio teſtandi eſt, quod nihil prohibeat loco vnius ſchedulæ, quamuis aliam ex poſtfacto confingere, vt illud cuius patere poteſt.

His ita enucleatis, † operæpretium eſſe 13
videtur, vt, quod alibi nos facturos eſſe promiſimus, hic paucis exſequamur, vt ſcilicet, an ſeptem teſtes, qui hac noſtra lege requiruntur, ſint de ſolẽnitate formali & ſubſtantiali, an vero de neceſſitate probatoria, paucis inueſtigemus. Huius † inquiſitionis 14
vtilitas magna eſt: ſi enim ſint de ſolemnitate formali, teſtamentum nulla ratione valebit, etiamſi conſtet de rei geſtæ veritate, per alias indubitatas probationes, vel per cõfeſſionẽ ipſius heredis, *l. fin. inf. de fideicom.* Eſſe de ſolemnitate † formali, tradiderunt Bald. 15
in l. ſi vnus, h. t. nu. 1. Iaſon *n. 5.* Corn *n 3.* Bartol. *in l. nemo poteſt, ff. de legat. 1.* Did. Couarr. *in c. cum eſſet, ext. de teſtam.* vbi ex Albert. Bruno hanc ſententiam communem profitetur, vt etiam facit Ferd. Vaſq. *de ſucceſſ. creat. lib. 1. §. 1. ſect. quo ad quintum, nu. 2.* vbi multos allegat. *Alciat. lib. 6. paradox. c. 7. Clar. lib. 3. ſentent.* §. *teſtamentum, q. 56. n. 2.* vbi pariter hanc ſententiam communem dicit.

Pro cõfirmatione huius ſententiæ multæ leges & rationes cõſiderari poſſunt. Primo, *l. quæſtionem, fin. infr. de fideicom. & §. fin. Inſtit. de fideicom. hered. in verb. cum enim res per teſtium ſolemnitatem oſtenditur, Iaſon in d. l. final. n. 19. Mynſ. d. §. fin. n. 2.* Secundo huc referri poteſt textus vulgaris *lib. 2. tit. 32.* qui teſtes ſint nececeſſarii, vbi aperte cauetur, quod ſi per confeſſionem ipſius domini conſtet, inueſtituram eſſe factã de feudo nouo, & parium tanquam teſtiũ ſolemnitas non adfuerit, illam nullius eſſe momenti. Tertio, illud confirmatur ex hac noſtra lege, §. *ex imperfecto,* dum ait: *ex imperfecto teſtamento voluntatem teneri defuncti, niſi inter ſolos liberos a parentibus vtriuſque ſexus habeatur, nõ volumus.* Quarto id fulciri poteſt *l. 12. hoc tit.* quæ declarat, teſtamentum iure deficere, ſi vnus de ſeptem teſtibus defuerit. In his autem, quæ interlita eſſent, non ad iuris ſolemnitatem, ſed ad fidei quæſtionem pertinere. Quinto, his reſpõdet *l. teſtandi 13. hoc tit* quod teſtandi facultas certis legibus conceſſa ſit: inter alias leges ſeptem teſtes requiruntur, *vt in princ. noſtræ legis.* Sexto, his finitima eſt *l. dictantibus, 22. h. t. in verb. ſequentib.* Teſtibus etiam ad efficiendã voluntatẽ adhibitis, pro ſuo libito, ꝙ voluerit teſtator relinquere, nõ ꝓhibetur. Septimo, nõ aliena eſt definitio *l.*

ſi quis

Digitized by Google

quis legatum, 6.ff.ad leg.Cornel. de falſ. quæ negat illud teſtamentum dici, quod perfectũ, vel ab omnib.teſtibus ſignatũ non ſit. Octauo, huc referri poteſt definitio teſtamẽti in dictione *iuſta*, de qua ſuperius ſuo loco diſſerui. Nono, ꝙ id coarguat, *c.cũ eſſes, de teſtam.* vbi,prꝫter duos teſtes,etiã de iure canonico exigitur perſona parochi ratione ſolẽnitatis. Decimo,huc referri poteſt *l.codicillis*, §. *fin.ff.de legat.2.alias incipit Lucius 88.* Vndecimo *l.cum pater 77.§ filius,ff.de leg.2.* quos duos textus Ferd.Vaſq. ſingulares in hac materia eſſe conſtituit, quamuis meo iudicio nõ admodum vrgeant. Duodecimo, Alciat.*lib.5. paradox.c.17.* addit adhuc aliam rationem,ꝙ lex præſumat eum,qui tot numero teſtes nõ adhibuerit, videri luſorium actum conſtituiſſe:nullã legem tamen allegat, quo hoc dictum fulciat, poſſet tamen meo iudicio non intempeſtiue adferri *l.non ſolum, ff. de oblig. & act.item l.ſi quis, in prin.ff.de legat.3.*

16 Diſſentiunt autem, & contrariam † ſententiam tuentur Bart. *in l.1.ff. de cond.indeb. n.10.verſ.quædam eſt forma probationis, Aret.in l.nemo poteſt,ff de legat.1.& ibid.Franc.Rip.nu. 17.& plures alii, quos referunt Ferd.Vaſq.& Didac.Couar. in loco ſuperius deſignato.*

Pro confirmatione huius contrariæ ſententiæ allegant *l.fin.inſ.de fideicom.& §.final. Inſt.eod.* dupliciter hanc legem inducendo: Primo ſeruandam eſſe voluntatẽ teſtatoris, ſi conſtet de ea per confeſſionem, vel iuramentum heredis: deinde,ꝙ ex eadem lege colligamus teſtium numerum adhiberi ſolere ad euitãdas falſitates, in hæc verba: *Lex etenim ne quid falſitatis incurrat, per duos forte compoſitum teſtamentum, maiorem numerũ teſtium expoſtulat, vt per ampliores homines perfectiſſima veritas reueletur.* Tertio, Ferd.Vaſq. pro hac opinione adfert cõmunem concluſionem,de qua Iaſ.*in l.interdũ,n.4.ff.de cond. indeb.* Did.Couar.*in c.cum eſſes, de teſtam.n.5.* ex teſtamento non perfecto, naſci naturalẽ obligationem. Quarto, auctoritate *l.1.ff.de lib.& poſth.hered.inſt.* vnde intelligimus, pro forma exheredationis requiri, vt nomen, prænomen, & cognomen filii comprehendatur: & tamen alia demõſtratio, vel vnum ex his, modo certum ſit, ſufficit, *d.l.1.* Quinto, *l.curent, ff.de teſtib.* vbi Venuleius IC. ait: *Magiſtratus cuiuſq. loci, teſtari volentibus, ſe ipſos & alios teſtes, vel ſignatores præbeant, quo facilius negotia explicentur, & probatio rerum ſalua ſit.* Sexto, *l.hac cõſultiſſima, ſup. qui teſtam. fac.poſſ.* vbi Imperator teſtatur, ſe propterea tot teſtes requirere, vt nullus locus inſidiis relinquatur,ſed omnis res in tranquillo verſetur,tot oculis ſpectatata, tot inſinuata ſenſibus.

In hoc diſſidentiũ ſcriptorum † certami- 17
ne, ſtatuo rem paulo altius repetendam eſſe,vt certa ratione componi poſſit.

Sciendum itaq; eſt,quædã † eſſe,quę per- 18
tineant ad ſubſtantiã ipſius teſtamenti,quædam aũt ad formam, plurima ad ſolemnitatem, nonnulla aũt ad probationis cauſſam. pleraque ad naturam & effectũ totius teſtamenti,nonnulla tandem ex earum mixtura conſiſtere, vltimo eſſe quædam, quæ adiuncta vocari poſſunt, vt in contractibus leges. Subſtantiam teſtamenti metimur ex poteſtate legis, teſtamenti factionem cõcedentis, *l.ſi quæramus,ff.qui teſtam.fac.poſſ.* & ex voluntate teſtatoris: vnde ſi ea perfecta nõ ſit, teſtamentum nullo modo valet, *l.ſi is qui 25. ff.qui teſtam.fac.poſſ.l.fideicommiſſa,11.§.1.ff.de legat.3.* Formam teſtamẽti deſinimus ex inſtitutione heredis, *Inſt.de hered.inſt. in princ.* ſcripta, ſi teſtamentum in ſcriptis ſit, *vt hac noſtra lege,& §.ſed cum paulatim,Inſt.de teſtam.* nũcupata, ſi teſtamentum ſit nuncupatiuũ, *vt hac eadem lege, §.per nuncupationem, l.iubemus,h.eod.t.l.heredes palam, 21.ff.qui teſt.facer. poſſ. §.fin. Inſt.de teſtam.* item ex vno cõtextu totius diſpoſitionis, *l.cum antiquitas,28.h.t.§. ſed cum paulatim,Inſt.de teſtam.* Solemnitatẽ aũt cõſtituimus in ſubſcriptione teſtiũ, in ſignatura,in annuli impreſſione, *l.ſi vnus, h.t. & d.§.ſed cum paulatim,l.ſingulos teſtes,30.ff.qui teſtam.fac.poſſ.l.ad teſtium, §.ſi quis ex teſtib.& §.ſignum,* in ſubſcriptione ipſius teſtatoris, *l. iubemus,h.t.* in deſignatione certorũ teſtiũ, vt quod ciues ſint Romani, *vt hac lege,nõ mulieres, §.teſtiũ, Inſt.de teſtam.* Ad probationis cauſſam pertinent teſtiũ depoſitiones, qui poſt mortẽ teſtatoris vocati,agnoſcũt ſigilla ſua, & quæ acta ſunt, cõmemorant, *l.4.& l. ſeq.ff.teſtam. quemad.aper.* itẽ tabellionis ſcriptura in teſtamento nuncupatiuo,prætereà etiam in teſtamento in ſcriptis, quæ tamen ex conſuetudine potius recepta eſſe, quam iure noſtro oſtendimus *in l.2. h.t.* cum eadẽ requirant monumenta magiſtratuũ, *l.teſtamẽta,h.t.* Ad naturã aũt,& effectũ teſtamenti referri debet teſtamẽti aditio *l.ſi nemo,181. ff.de reg.iur.* item quod fiat particeps omniũ cõmodorum & incõmodorum hereditatis, *l.heredem,59.ff.de reg.iur.l.in pari,§.1.eod.tit.l. qui in ius,177.eod.Inſt.de fideicom.hered.in prin.* Porro numerus ſeptẽ teſtium mixtã quan-

Digitized by Google

dam naturam obtinere videtur, vt ne dum ad cauſſam probationis, ſed etiam ſolemnitatis neceſſaria ſit, *d.l.fin. infr. de fideicom. l.ſi vnus, h.t.* facta collatione cum *l.curent, ff. de teſtib.* Quo referri etiam poteſt teſtamentum cæci, vbi & ſcriptura, & nuncupatio cõiunctim requiritur. Inter adiuncta recenſemus, legata, fideicommiſſa, dationes tutelæ, & id genus alia præcepta, ſine quibus teſtamentum, quamuis non intercedant, ſubſiſtere poſſit. Si tamen interueniant, etiam teſtamenti cauſſam moderantur, *§.ſed ſi non fecerit, Nouell.1.* vt in contractibus leges, *l. contractus, 23. verſ. niſi quid amplius conuenit.*

19 Quibus ita cõſtitutis facile † apparet, neq; primam, neq; ſecundã noſtrorũ Interpretũ ſententiam ſine difficultate procedere; ſi tamen ipſius rei effectũ conſiderare velimus, an ſcilicet cõfeſſio, vel aliæ probationes ſupplere poſſint, quod ſolẽni numero teſtium deſit, hic prima ſententia probãda ſit, vt nequeat ſarciri, niſi teſtator elegerit fidem heredis, forte promittentis, ſe, quæ in minus ſolemni voluntate relicta eſſent, præſtiturum, *vt d.l.fin.inf.de fideicom.* vel cum ab initio aliquid legatum eſſe impudenter negaſſet, delato iureiurando ad confeſſionem compulſus eſſet, vel denique ſi heres ſponte voluntatem teſtatoris cautione interpoſita agnouerit, *l.fideicommiſſum, 62. ff. de cond. indeb.* De qua re copioſius ſupra *in l.ſi vnus, hoc titul.* & quo referri etiam poteſt reſponſum Plinii *lib.2. epiſtol ad Annianum,* vbi conſtituit, ſe codicillos alia ſolemnitate defectos, ex eo tueri velle, quod teſtatoris manu conſcripti eſſent.

Hæc de ſolemnitate ſeptem teſtium ſufficerint. Ceterum cum nulla iuris conſtitu-
20 tio ſit, quæ ex † cauſſis ſuam emendationẽ, vel interpretationem non recipiat, ita etiam hæc definitio comparata eſt. Qua de cauſſa aliquot memorabiles exceptiones ordine complectemur.

Prima igitur ſit illa, quæ in cõtrouerſiam incidere non poteſt. Contraria lege intro-
21 duci poſſe, † vt minor numerus teſtium ſufficiat, cum enim hæc ſolẽnitas iure ciuili introducta ſit, cõtrario imperio, ſiue lege tolli poteſt, *§.fin. Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* vt in ditione Pontificia factum videmus, *c.cum eſſes, de teſtam.* Quo pertinet cõſtitutio Imperatoris Leonis Iunioris in ſuis Nouel. de qua mentionem facit Vigl. *in §.ſed cum paulatim, n.7. Inſtit. de teſtam.* quinque teſtes ſufficere, apud ruſticos tres. Sed cum eadem conſtitutio in Occidente recepta non ſit, eandem Græcis relinquimus.

Secundo extra dubitationem † eſt, etiam 22
Imperatorẽ huiuſmodi priuilegium concedere poſſe, vt quis coram minori numero teſtium vltimam voluntatem promulgare poſſit, *l.ſi non ſpeciali, 9. h.t.* Qua de cauſſa in Belgio in multis locis vſurpatum eſſe animaduertimus, vt teſtamentum facturi, huiuſmodi reſcriptum impetrent.

Tertio etiã cõſuetudine, † eo res deduci 23
poteſt, vt teſtamentum ſolẽni numero carens, ratum ſit, *arg. l.2. inf. quemad. teſtam. ape. item l. de quibus, ff. de legib.* Sed cum hæc aſſertio ſatis periculoſa ſit, quod implacabiliter repugnet *l.fin.h.t.* idcirco non facile admitterem conſuetudinem, niſi quæ hominum memoriam excedat, quæque vim priuilegii habeat, *cap.ſuper quibuſdam, de verb.ſignif.* De hac re tamen vlterius diſſeremus *in l.fin.h.t.*

Quarto ſunt, qui arbitrentur, † illud et- 24
iam lege municipali confirmari poſſe, *argu.l.ſi non ſpeciali,* vbi nonnullos auctores in vtramque partem allegaui. Accedunt Bart. Bald. Salycet. & multi alii, quos refero *in l. cunctos populos,* qui hanc ſententiam defendant: quam etiam communem eſſe profitetur Vaſq. *de ſucceſſ. creat. §.1. ſect. quoad quintum, num.20. Viuius in theſaur. commun. opin. in verb. ſtatutum vel conſuetudo, Boer. deciſ.228. num.6. Michael Graſ. in verb. teſtamentum, q. 54. n.23. Andr. Geil. 2. obſer.123. Anton. Gabr. 4. commun. concl. tit. de teſtam concluſ.4.* Diſſentiunt multi, quos refert idem Vaſq. *in loc. ſupra deſignato,* & alii, quos commemoro *in d. l. cunctos populos.* Sane ad euitandam omnẽ difficultatem ſecurius eſſet, ſi reſcripto Principis huiuſmodi ſtatuta confirmata eſſent, *argum. l.fin. hoc tit. & c.cum M. Ferrarienſis, de conſtitut.*

Quinta & ſexta exceptio † depromi po- 25
teſt ex *l.omnium, 19. h.tit.* in teſtamento coram Principe facto, & quod apud acta conditum ſit.

Septima autem † ex *l.caſus, 8. hoc tit.* in te- 26
ſtamento facto eo tempore, quo peſtis incruduiſſet. Quo pacto autem hæ leges accipiendæ ſint, nos ſuo loco non diſſimulauimus.

Octaua exceptio ſit in † teſtamento mi- 27
litum, vt ſcilicet coram duobus teſtibus factum teneat, *l.1. & l.diuus, 24. ff. de teſtamento milit.* Sed hanc prærogatiuam hactenus vindicare poſſunt, quoad expeditionibus militaribus occupati ſunt, *l. final. ſupra, de teſtam.*

Digitized by Google

teſtam. milit. in prin. Ratio autem huius priuilegii *in d. l. 1.* exprimitur, ſcil. id tributũ eſſe propter nimiam imperitiã. Ceterum cum mulieres minores 25 annis, itẽ ruſtici multo ſimplicius verſati ſint quã milites, etiam illis hoc priuilegii concedẽdum videretur, contra *l. ſi. h. t.* Quare nonnulli ab hac ratione diſcedunt vt Decius *in l. quanquam, ſupr. de teſtam. mil.* dum conſtituit hanc prærogatiuã iis cõceſſam eſſe ob publicã vtilitatem, & ob pericula quæ milites ratione Reipub. adire ſolent, *l. licet, ſupr. de pact. l. 1. de veteran. lib. 12. l. milites ſup. locat.* Sciẽdum itaque eſt, non eſſe diſcedendũ a ratione ipſius textus, quam meo iudicio recte interpretatur Vigl. *Inſti. de teſtam. milit. in prin. nu. 6.* imperitiam militum nõ eſſe conſtituẽdam ex quadam ruſtica ſimplicitate, cũ ea non ſufficiat, cum peritiores conſulere potuerint, *l. 10. ff. de bonor. poſ.* ſed ex militari occupatione, & expeditionis diſcrimine, quæ concedere non ſolent, vt vel omnia memoria atque iudicio complecti, vel etiam peritiores conſulere poſſint.

28 Secundum quam cõſiderationem † occurrit nona exceptio, quæ eandẽ prærogatiuam omnibus tribuit qui in hoſtili ſolo tẽpore expeditionis, quamuis milites nõ ſint, verſantur, modo tamen ad cauſſam expeditionis pertineãt, vt ſunt illi, qui commeatus militibus ſubuehere ſolent, *l. ſi. ff. de teſtamen. mil.* præterea militum præfecti, tribuni, præſides, qui vt milites mitti non ſolent, *l. quod conſtitutum 21. eod. tit.* idq; ex reſcriptis Principum, qui eiuſdem rationis æquitate moti, hoc omnibus in hoſtico verſantibus indulſerunt *l. 1. ff. de bonor. poſſeſſ. ex teſtam. milit. & ibid. Bart. atque alii Doctores, Ferd. Vaſq. libr. 3. de ſucceſ. creat. lim. 19. § 24. nu. 9.*

29 Decimo Ang. *in authen. omnes* † *peregrini, infra commun. de ſucceſ. num. 2. Caſtr. in l. nutritoribus, eod. tit. num. 5. Iaſon. hic num. 4. Alex. in l. fin. hoc tit. nu. 6. Rip. in tract. de peſte, de priuil. vlt. volum. num. 8. Ferdinan. Vaſq. de ſucceſ. creat. lib. 3. §. 24. limit. 19. numer. 4.* excipiunt etiam peregrinantes cauſſa religionis, idque defendunt argum. dict. authent. omnes peregrini, quam accipiũt de his qui religionis ergo Romam vel Compoſtellam in Hiſpanias proficiſcuntur, cum & illi videantur militare, ſecuti cœleſtem peregrinationem. Sed ſane hæc interpretatio, ne quidem Ferdinando Vaſquio ſecura viſa fuit, qui ingenue profitetur, ſe non legibus hoc tribuere, ſed auctoritati interpretum: nam quod ad authent. omnes peregrini, attinet, illa ſuam interpretationẽ recipit *a l. ſi quando, C. de inoffic. teſtamen* & generaliter intelligi debet de omnibus peregrinantibus, ſiue id animi cauſſa faciant, ſiue negotiationis & lucri gratia: ſiue denique religionis cõtemplatione.

30 Vndecima exceptio eſt, quod † in piis cauſſis hæc teſtamenti ſolemnitas non conſideretur, *cap. relatum 11. de teſtamen.* ex quo intelligimus, illud non ſolum procedere in ditione pontificia, ſed etiam ipſius Imperatoris, aut cuiuslibet Principis *Did. Couar. d. cap. relatum, num. 1. Henricus Caniſius tit. de teſtamẽtis, ſectione 3. in ſua ſumma iuris Canonici,* de qua re nos copioſe diſſerimus, *in l. 1. ſupra de ſacroſanct. eccleſ.*

31 Duodecima cauſſa eſt, quod in † omnibus ditionibus, quæ Pontifici parent, ſufficiat duorum teſtium præſentia cũ parocho, *c. cum eſſes, de teſtam.* vbi Did. Couar. *num. 23.* relatis multis auctoribus, hanc ſententiam communem eſſe teſtatur, neque referre, vtrum ad pias cauſſas teſtamẽtum pertineat, vel alias, *accedit Roland. a Valle, conſi. 32. numer. 41. vol. 3. Cephal. conſ. 32. nu. 18 Michael Graſ. in verb. teſtamentum, q. 56.* Sed magnæ contentionis eſt an loco parochi poſſit alius teſtis ſuccedere. Et ſunt, qui illud negent, & duorum alterum ipſum facere debere prædicent, vt aut parochũ adhibeat, & duos teſtes, aut teſtamentum ſolemne coram ſeptem teſtibus conficiat, quos videre licet apud Ferd. Vaſq. *lib. 3. de ſucceſ. creat. §. 21. nu. 1. verſ. contrariam tamen ſententiam.* Sed tamen receptior videtur eſſe ſententia, quod loco parochi poſſint conſtitui duo teſtes, adeo vt coram quatuor teſtibus teſtamentum factum ratum ſit, vt teſtatur Did. Couar. *d. cap. cum eſſes, num. 25. poſt Anton. Panorm. Dominic. Corn. & multos alios, Iul. Clar. lib. 3. ſentent. §. teſtamentum, quæ. 52. Roland. a Valle conſil. 32. num. 42. volum. 3 Ferd. Vaſq. loco ſupra allegato, numer. 1.* cum regulariter loco vnius teſtis duo ſuccedere poſſint, quamuis prior teſtis magnæ auctoritatis ſit, *cap. licet, & cap. cum nobis, de teſtibus, & cap. quoniam, contra, de probationibus.*

32 Decimatertia † exceptio traditur, *in l. fi. h. t.* teſtamẽtum ruri factum, vbi hominum penuria ſit, valere, ſi quinque teſtes a ruſticis adhibeantur.

33 Decimaquarta exceptio colligi poteſt ex *l. final. infra de fideicom.* ſi heres † teſtatori promiſerit, coram non ſolemni numero

teſtium quod ſeruare vellet ea, quæ teſtator iuſſiſſet, vt in duobus caſibus ibidem a Doctoribus deſignatis.

34 Decimoquinto ſunt, qui exiſtiment † in omni neceſſitatis cauſſa, quando plures teſtes cogi non poſſunt, ſufficere minorem, numerum, *ita Ferd. Vaſq. libr. 3. de ſucceſ. creat. §. 23. num. 3. & 5. Michael Graſ. in verb. teſtamentum, q. 54. num. 12.* Sed hãc exceptionem veram non puto ex cauſſis quas retuli, *in l. caſus. ſupra hoc titul.* & quas adhuc perſequar, *in l. ſi. hoc tit.*

35 Eſt deinde † decima ſexta exceptio, quãdo parentes inter liberos teſtantur, de qua *in proximo §.*

§. Ex imperfecto.

Svmmaria.

1 Repetitio regulæ ſupra propoſitæ & exceptionis, quod pater inter liberos, etiam coram duobus teſtibus teſtari poſſit.

2 Quamuis exceptio confirmet regulam, non tamen tollit definitiones vel exceptiones alibi expreſſas.

3 Excuſſa diuerſa iura, quæ de parentibus inter filios diſponentibus loquuntur.

4 Ratio quod Imperator Conſtantinus ſingulare ius in patris teſtamento conſtituerit, qua in re expenditur ſententia Andreæ Gail.

5 An imperfectum teſtamentum inter liberos valeat iure teſtamenti, an vero ab inteſtato, an denique cuiuſdam voluntatis, quæ tertium nomẽ obtinet.

6 Sententia gloſſæ & Iaſonis, qui exiſtimant, tale teſtamentum improprie teſtamentum dici.

7 Aſſertores diuerſæ opinionis, quod hæc voluntas proprie teſtamentum ſit.

8 Imperfectio dupliciter conſiderari poteſt, vno modo ratione legis talem ſolemnitatem communiter requirentis, alio modo reſpectu vnius cum altero.

9 Vtilitas inueſtigationis, an teſtamentum inter liberos proprie teſtamentum ſit.

10 Tutor non iuſto teſtamento datus, confirmationem requirit, aliud autem obtinere in præſenti teſtamento ex ſententia gloſſæ, quam auctor cõtra alios interpretes confirmat.

11 An duos teſtes in teſtamento nuncupatiuo patris inter filios ſufficiant.

12 Sententia gloſſæ & aliorum Doctorum, qui id defendant.

13 Contraria ſententia Fulgoſii, Salyceti, & Alberici.

14 Diſtinctio auctoris.

15 An nuda ſchedula parentis ſecundũ formã authenticæ, quod ſine, conſcripta abſque teſtium adminiculo valeat, diuerſa Doctorum ſententia.

16 Confirmata ſententia affirmatiua.

17 Quid iuris ſi ſcheda alterius manu cõſcripta ſit, quã pater aut mater ſubſcripſerint.

18 Auctores qui defendant tale teſtamentum valere.

19 Difficultates circa propoſitam aſſertionem.

20 Conſideratæ aliæ vtilitates, an quid valeat iure teſtamenti, an vero ab inteſtato.

21 An teſtamentum paternum nõ ſolemne ratum ſit, ſi filii inæqualiter ſint inſtituti.

22 Defenſores negatiuæ ſententiæ, potiſſimum ſi maxima inæqualitas interceſſerit, & argumenta.

23 Propugnatores contrariæ ſententiæ & argumenta.

24 Confirmata vltima ſententia cum certa diſtinctione.

25 Declarationes aliquot circa propoſitam regulam, quarum prior eſt, quod hæc prærogatiua ad extraneos non porrigatur.

26 Quid iuris ſit, ſi legata & fideicommiſſa illis adſcripta fuerint.

27 Teſtamentum paternum imperfectum ratione voluntatis ratum non eſt.

28 Filii naturales ad beneficium noſtri §. nõ pertinent, ſecundum magis probabilem ſententiam.

29 Si pater vnum ex filiis præterierit, diſpoſitio huius §. non proderit.

Confirmant Imperatores † regulam a 1 nobis ſupra propoſitam, quod in omni teſtamento ſeptem teſtes, & aliæ ſolemnitates, de quibus ſupra meminimus, requirantur. Excipiunt autem caſum, quãdo parentes inter liberos teſtãtur, inter eos enim ſolos teſtamentum minus ſolemne valere. Hic obſeruandum eſt, quod quamuis † ex 2 generali definitione exceptio cõfirmet regulam, *l. quæſitum*, §. *denique*, *item Nouell. de non alien. reb. eccleſ. 7.* §. *vt autem, cap. 2. extr. de coniug. lepro.* quod tamen caſus alibi diſerte comprehenſos nõ excludat, vt animaduertere licet ex his, quæ ſupra ordine digeſſimus: idque eo notabilius eſt, quod etiam dictio taxatiua ſolum, *tantũ*, *duntaxat*, omnes alios caſus ſubmouere ſoleat, *l. 2. ſupr. de patribus, qui fil. diſtrax. cap. cum eccleſia Sutrina, de cauſ. poſſeſ. & propriet.* Sed & ipſa conſtitutio ſuas declarationes habet, vt ſcilicet per alias leges expreſſim contrarium conſtituentes conuenientem interpretationem recipiat, §. *in bonæ fidei Inſtit. de actionib.* facta collatione cum *l. fin. C. de compenſat. item l. contractus, ff. de regul. iur.* ſi coniungatur cum *l. 1. §. fin. l. quod Nerua, ff. depoſit.*

Pro declaratione præſentis † reſponſi, quod 3 inter filios teſtamentum imperfectũ valeat, ſciendum eſt, diuerſa iura, quæ de parentib. inter filios diſponentibus loquuntur, inueniri. Nam cum generaliter in omni teſtamento ſolemnitates præſcriptæ requirantur, eadem ratio quoque in teſtamento inter liberos obtinuiſſe videtur, *l. qui a patre ff. de confirmand. tutor. l. peto, 69. §. mater. ff. de legat. 2.* Vnde priores fuiſſe videntur Diocletianus & Maximinianus, qui *l. filii 16. ſupra famil. erciſcund.* ſtatuiſſe credantur, vt ſi tale teſtamentum aut codicilli circa ſolemnitatem

tem laborarent, tamen declaratio quibuſcunque verbis facta ſufficeret. Porro Conſtantinus Imperator, quæ a præceſſoribus ſtatuta fuerunt, *l. fin. eodem tit.* ita auxiſſe videtur, vt nedum locum haberent in teſtamentis aut codicillis conueniente ſolemnitate diſtitutis, ſed etiam in quauis epiſtola, vel alia ſcriptura quibuſcunque verbis vel indiciis expreſſa. Porro cum idem dũtaxat locũ haberet in perſona patris, Imperatores Theodoſius & Valẽtinianus hac noſtra lege, idem etiam matri & auiæ, & in ſumma parentibus vtriuſque ſexus conceſſerunt. Ceterum cum Iuſtinianus Imperator animaduerteret conſtitutionem Imperatoris Conſtantini, etiam quibuſcunque indiciis hanc facultatem tribuentẽ, admodum periculoſam eſſe, eandem moderandam eſſe exiſtimauit, & conſtituit, vt ita demum huiuſmodi ſcriptura rata eſſet, ſi parens ſe ſubſcripſiſſet, vel omnes ipſius liberi, *Nouell. de trient. & ſemiſ. 18. §. quia ſæpe, & auth. ſi modo ſup. famil. erciſc.* ſubſcriptionem filiorum requiri eo caſu conſtituo, quo parens ſcribere non poſſit, ſiue quod literas neſciat, ſiue quod valetudine prohibeatur. Superuenit denique vltima prouiſio ipſius Iuſtiniani, nam cum dies harum conſtitutionũ vulnera aperuiſſet, quod quælibet indicia, *vt ante dictum eſt*, patre ſubſcribente ſufficerent, & hinc etiam notæ atque ſigna incerta admitterentur, *Nouella ſua 107. de imperfect. teſtam. §. nos igitur*, vnde deſumta eſt auth. *quod ſine*, declarauit hæc ita demum probanda, ſi parens manu propria totam ſchedam conſcribat, & in ipſius ſubſcriptione tempus deſignat, deinde complectatur filiorum nomina propria, & ex quib. vnciis illos heredes ſcripſit, non ſignis numerorum, ſed literarũ conuenienti ſerie, idemque etiam procedere, ſi certarum rerum diuiſionem facere voluerit.

Cognitis huius iuris auctoritatib. & cauſſis, quæ vt aliquid vel adderẽt, vel mutarent hortamento fuerunt, hæc ipſa materia tanquã quotidiana paulo accuratius enucleanda videtur. Et primo † requirenda eſt ratio, 4
quæ Conſtantinum Imperatorem mouerit, vt ſingulare ius in patris perſona conſtitueret: tres cauſſas perſequitur Andr. Gail. *lib. 2. obſeru. 112. n. 1.* Vna eſt, quod paternum teſtamentum coniunctam habeat, ſiue vi ſua complectatur clauſulam codicillarem, ſecundum gloſſam *in l. cohæredi, §. cum filia, ff. de vulg. & pup ſubſt.* Secunda, quod in teſtamentis inter liberos non obſeruemus ſolemnitates iuris ciuilis ſed gẽtium, *l. fi. §. cum enim res, infr. de fideico.* Ceterũ ſi rẽ iudicio & conſiderate perpendere velimus. Prima ratio per ſe concludens nõ eſt, accedit quod vtraque cõuenienti auctoritate legum deſtituatur. Sed tñ, ſi illa admittere velimus, cauſſa reddenda eſt, quare huiuſmodi teſtamentum ſolemnitatem iuriſgentium duntaxat requirat, aut vim clauſulæ codicillaris obtineat. Hæc nimirũ illa eſt, quam tertio loco propoſuit, quod ratio naturalis filiis parentum hereditates addicat, *l. cũ ratio, ff. de bon. damn. l. ſcripto, §. ſi. ff. vnde liber. l. nam etſi 15. ff. de inoff. teſt.* Vnde viuo parente quodammodo domini bonorum ipſius intelligũtur, *l. in ſuis ff. de liber. & poſth. hered. inſt.* Hæc igitur conſideratio a legiſlatoribus Conſtantino, Theodoſio, Valentiniano, & Iuſtiniano impetrauit, vt legis auctoritate eo res deduceretur, vt duntaxat ſolemnitatem iuriſgentium in iiſdem præſcriberẽt, itaque duæ priores cauſſæ effectum continent. Vltima ratio vera cauſſa eſt, ſi cum legis auctoritate coniungatur.

His ita expoſitis, cum §. noſter inſinuet imperfectum teſtamentum inter † liberos 5
valere, quæri poſſet, quo iure valeat, an iure teſtamenti, an ab inteſtato, an denique cuiuſdam voluntatis, quæ tertium nomen obtineat. Etenim gloſſ. hic *in verb. liberos, Iaſ. nu. 15.* conſtituunt huiuſmodi teſtamentum improprium † vocari, idq; defendunt arg. 6
l. fin. ſupr. famil. erciſ. item l. 2. §. 1. ff. teſta. quemad. aper. præterea huius §. *ex imperfecto*, ſi enim imperfectum ſit, proprie teſtamentum dici nõ poteſt, cum forma & conſummatio rei, denominationem ſibi vindicent, *l. ſi is, qui quadringenta, 80. ff. ad leg. Falcid.* Huc referri poteſt, *l. miles ſi teſtamentum 35. ff. de teſtamen. mil.*

Diſſentiunt autem † & contrariam ſen- 7
tentiam defendunt Bar. *hic nu. 1. Caſtr. nu. 4. Alex. n. 2. Fulg. n. 1.* vbi hanc ſentẽtiam communem eſſe dicit, Curt. Iun. *nu. 23. Bald in l. filii, ſupr. fam. erciſ. nu. 4. Salyc. n. 3. Imol. l. filius, qui in poteſtate, nu. 4. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. Ferd. Vaſq. lib. 3. de ſucceſ. creat. §. 21. limit. 6. num. 47. Mich. Graſ. in theſaur. com. opin. in verb. teſtamentum, quæſt. 2. Iulius Clar. §. teſtamentum, quæſt. 13. num. 1 Andr. Gail. d. obſeru. 112. num. 13.* & plures alii quos allegant Alexan. & Graſ. Pro confirmatione huius opinionis poſſunt allegari. Primo §. *nos igitur, de imperfect. teſtam. Nouell. 107. in ver. ſint firma*, nihilo minuenda eo, quod videantur

in charta ſcripta, reliquam obſeruationem teſtamentorum non ſuſcipientia. Secundo illud ex eo corroborari poteſt, quod ad teſtamenti perfectionem ſolemnitatis maior obſeruatio non faciat, ſi lex minorem ſolemnitatem permittat, vt videre licet, *in l. 1. ff. de teſtam. mil. in l. fin. eod. tit. in c. relatum, & c. cum eſſes, extr. de teſtam. in l. omnium, & l. fin. hoc tit.* Nec mouent leges & auctoritates in

8 cōtrarium adductæ, cum † imperfectio dupliciter intelligi debeat. Vno modo ratione legis talem ſolemnitatem requirentis, vt cōmuniter fieri ſolet, *vt hac noſt. leg. in princ.* qua de cauſſa ſi illa non interuenerit, teſtamentum nullius momenti eſt, *l. teſtandi h. tit.* alio modo intelligitur reſpectu, & ex collatione vnius teſtamenti cum altero: teſtamentum enim inter liberos coram duobus teſtibus factum, ſi conferatur cum alio teſtamento imperfectum dici poteſt, non ratione ſui, ſed cōmunis atq; receptæ formæ. Ratum tamen eſt atq; perfectum, ſi formā propriam, quam leges indulſerunt, intueamur, vnde vt ſcapha quamuis mediocritate a naui oneraria diſtet, nō minus nauis eſt, & nauis appellatur, ita teſtamentum illud, quod propriam formam, eamq; perfectam habet, non minus verum teſtamentum dicitur, ꝙ minorem ſolemnitatem habeat, quā teſtamenta formæ communis: & quemadmodū abſurdum eſt teſtamenti nomen abrogare teſtamento nuncupatiuo, de quo *in § per nuncupationem, h. t.* quod careat ſolemnitatibus in teſtamento ſcripto requiſitis, vt in principio noſtrę legis, item qua ratione alienum eſt contractum mutui, vbi quinque teſtes neceſſarii ſunt, *vt l. fin. & auth ſeq. ſup. de reb. cred. ſi cert. pet.* aut contractum emtionis, in quo ſcriptura requiritur, *l. contractus ſupr. de fid. inſtrum*, ſolos, eo nomine appellare, cū alii contractus, vbi duntaxat duo teſtes interueniunt, æque proprie contractus ſint: ita quoque idem probandum arbitramur in præſenti quæſtione, cum ſuam formam talis voluntas habeat, & propterea etiam conueniens nomen vendicet, *l. ſi is qui quadringenta. ff. ad l. Falcid.*

9 Vtilitas huius conſiderationis † in eo cōſiſtit, vt ſi lege municipali mentio fiat de teſtamentis, ſcire poſſimus vtrum etiam deſignare voluerint vltimam voluntatem inter liberos *Iaſ. hic n. 14. Alex. n. 10.* Eſt deinde, & alia, vtilitas, quam obſeruauit gloſſ. hic in verb. liberos, quod quamuis *l. qui a patre ff. de*

10 *confirm. tut.* comprehendatur † tutorem nō iuſto teſtamento datum confirmandū eſſe, antequam tutelam gerere poſſit, id ſtatuamus ex diſpoſitione huius legis declarationem ſuam recipere, adeo vt nulla confirmatio amplius requiratur, modo teſtamentum habeat ſolemnitates inter liberos requiſitas. Et quamuis hāc gloſſæ obſeruationem damnet Bart. *num. 1.* Cynus autem, *numer. 1.* Bald. *num. 9.* Ang. *circ. fin.* Caſt. *num. 5.* Salyc. *num. 7.* Fulg. *num. 2.* Corn. *num. 14.* Curt. *num. 26.* Sichard. *num. 6.* & Iaſon *num. 15.* qui hanc communem dicit, Donell. *num. 5.* Iul. Clar. *lib. 3. ſent. §. teſtamentum q. 10. nu. 3.* diſtinguant an extranei ſubſtituantur, an vero vnus ex liberis, vt hic tutelæ datio valeat, illic autem reſpuatur, quod priuilegium alicuius non debeat redundare in detrimentum alienum, *l. impuberi 4. ff. de adminiſt. tut. vel curat.* Ego tamen opinionem gloſſæ ex eo defendendam puto, quod eo tempore, quo iuriſconſulti floruerunt, intelligamus teſtamentum minus ſolemne inter liberos non valuiſſe, *d. l. qui a patre, ff. de confirm. tut. item l. peto 69. §. mater, ff. de legat. 2.* quippe, quod a Cōſtantino Imperatore, & reliquis de quibus mentionem fecimus, primum parentibus talis prærogatiua conceſſa ſit. Vnde cū hæc teſtamenti forma nunc temporis iuſta ſit, non animaduerto, cur ceſſante cauſſa nō ceſſet effectus, & tale teſtamentū, quod nomen veri & proprii teſtamenti receperit, nō habeat etiam illas prærogatiuas, quas reliqua teſtamenta: cum ſemper interpretatio paſſiua, *vt loquuntur*, admiſſa ſit, *Nicol. Euer. in ſuis locis legalib. in loco a ratione legis Larga, num. 39.* vbi hanc inſpectionem multis exemplis illuſtrat. Accedit, quod ratio a Doctoribus allata plane ſuperflua, aut ridicula reddatur, vt etiā animaduertit Iaſ. *hic nu 15.* Quid enim refert, an citra confirmationē, an poſt confirmationem adminiſtrare cogatur, cum vtrobique idem periculum propoſitum ſit, & legiſlatores in probando tutore non tam illi, quam pupillo, ne ex minus conſiderata diſpoſitione læderetur, cōſulere voluerint. His addere liceret alias vtilitates, & magis ad propoſitum facientes, ſed eas hactenus complecti ſuperſedebo, quoad illa excuſſero, quæ noſtri interpretes circa hanc rem memoriæ prodiderunt. Sūt enim ſecundum eos multi alii effectus, qui ex hac obſeruatione oriantur, quorū præcipuus eſt, quod huiuſmodi † teſtamentum, 11
factum coram duobus teſtibus, valeat. Etenim † gloſſ. *in auth ſeq. in verb. quod ſine, Bart.* 12
hic

hic num.3.Bald.nu.7.Ang. verſ. nam ipſe am-
pliauit Paul. Caſtrenſ.num. 2.Philip.Corn.num.
13.Alexan,num 5.Sichard.nu.1.Iaſon.num.7.
Donell.num.1.Cyn.in authen.ſeq.nu. 2. Alberic.
ibid.num. 2.Boer.deciſ.240.num.2.Ferd.Vaſq.
lib.3.de ſucceſ.creat.§.21. limit.7.num.58.Did.
Couar.in c.relatum, 1.de teſtamen. num.4.& 5.
Andr.Gail obſer.112.num.6.Iul. Clar. § .teſta-
mentum,quæſt.8.num.2.Gratus conſ.90.num.3.
libr.2. Mich.Graſ.in verb.teſtamentum,quæſt.
11.num 4.Franciſ.Mantic.lib.coniect.6.cap.2.
exiſtimant,duos teſtes,etiam in nuncupati-
uo teſtamento, admittēdos, imo quod ma-
gis eſt, conſtituunt etiam ſufficere duas fœ-
13 minas. Ceterum † repugnant Fulg.*hic nu.2.*
& apertius *in auth.ſeq.num. 1. & ibidem etiam*
*Salyc.num.1.*poſt Martinum antiquum gloſ-
ſatorem, Alberic.*num.1.Cyn.num.2.* & hanc
vltimam ſententiam potiorem eſſe conſti-
tuo. Enimuero cū, vt *antea admonui*, non in-
ueniamus teſtandi ſolemnitatē parentibus
remiſſam, quā ex quo Diocletianus & Ma-
minianus, *l.filii, ſupr.famil.erciſ.* vel, vt alii vo-
lunt, Conſtantinus vltimam cōſtitutionem
eodem titul. promulgauit, quæ de ſcriptura
paterna, ſiue teſtamēto, ſiue codicillis, ſiue
aliis quibuſcunque ſchedis comprehēſa ſit,
duntaxat mentionem faciat, & deinde in
authen *ſi modo, eod. tit.* aperte comprehen-
datur, non tenere huiſmodi ſcriptnram, ni-
ſi pater illam ſubſcripſerit, aut omnes ipſius
liberi loco ipſius. Et deinde hic noſter §.co-
hereat ſuperioribus, vbi de teſtamento in-
ſcriptis tractatum fuit, & dūtaxat quædam
ſuppleat circa perſonam parentum. Deniq;
authen. *quod ſine*, ſolemnem formam præ-
ſcribat, qua parens voluntatem ſuam com-
plecti debeat, non animaduerto, quo iure
nos id, quod duntaxat in vno caſu & ſpecie
relaxatum ſit, ad diuerſam ſcilic teſtamenti
nuncupatiui transferre velimus, vbi non ea-
dem ratio deprehendatur, cum facilius ſit
duos teſtès corrumpere, qnam totam teſta-
menti ſeriem adulterare, *l.teſtiū, ſup.de teſtib.*
Diſceptatio igitur mea eo redit, vt exiſtimē
teſtamentum nuncupatiuum ſolis duobus
teſtibus committi non poſſe, aliud tamen
eſſe ſtatuens, ſi de nuda diuiſione bonorum
agatur, illud enim citra teſtamēti ſolemni-
tatem poſſe parentem, coarguit *l. quotiens,*
l. ſi cogitatione, ſup.famil.erciſ. l.ex parte, §.1.ff.
14 *eod.tit.* Porro, quia † periculoſum eſt a com-
muni ſententia temere diſcedere, maxime
cum æquitatis ſpeciē habeat, & conſidera-
ta abſurditate, quæ contrariam ſententiam
conſequi poſſet, ſi omnes parētes qui ſcribe-
re neſciant, quorum maximus numerus eſt,
fraudare hoc beneficio velimus: idcirco ꝓ
illa ſuſtindēa, aliud adminiculū nō video, ꝙ
vt dicamus legem filii, dum mentionē facit
teſtamenti & codicillorū, quæ aliqua parte
deficiant, intelligi poſſe, tam de teſtamento
nuncupatiuo, quam de eo, ꝙ in ſcriptis cō-
fectum ſit, & idem etiam poſſe defendi de *l.*
fin.eod tit. dum de quibuſcunq; verbis & in-
diciis mentionem facit, quāuis eadem lex,
vt antea dixi, reuera aliud ꝑſeferat. Et hæc
meo iudicio difficultatem habere non poſ-
ſunt, admiſſa communi ſententia, ſi modo
certum ſit, patrē hoc voluiſſe. Etenim ſcri-
pturam & obſeruationem authent. ꝙ ſine,
Iuſtinianus nō ſolemnitatis cauſſa, ſed pro-
bationis ergo requirere videtur. Vnde ſi te-
ſtimoium duorum in controuerſiam a libe-
ris vocaretur, hic probāda ea eſſe exiſtima-
rem, quæ in ſequenti quæſtione ſubiicio.

Sed e contrario quæritur, † an nuda pa- 15
rentis ſchedula manu ipſius, ſecundū formā
authenticæ, quod ſine, conſcripta, abſq; te-
ſtium adminiculo valeat. Nō valere, conſti-
tuit Cuiac.*Nouell.107.item conſ.1.* idem quoq;
vidētur ſentire Salyc. *in hoc noſtro §. itē Alex.*
conſ.76.n.12.lib.3. dum requirunt, vt eadem
ſchedula corā teſtibus legatur. Contrarium
autem pronuntiant Iul.Clar.*q.14.n.1.* Ioh.
Dilect.*de arte teſtandi, tit.2 caut.2.in fi.Bal.in*
proxim.auth.quod ſine, in prin.& n.1.Bart. in l.
ſi is qui, nu.14.ff. de teſt.Iaſon in d. auth. quod ſi-
ne, num.1. vbi ait ita magis cōmuniter teneri,
Alex.ibi.nu.4.Fulg.in prin.Caſtr.n.1.Sichard.
nu.3. Nattan 44.Alex.conſ.105.in fin.libr.7.
Andr Gail libr.2.obſer.112.num.7.Zaſ conſ.1.
vol.1.Michael Graſ.§.teſtamentum, q.16.n.4.
Iac.Menoch.lib.4.præſumt.7.nu.5.Guil.Bened.
in c. Raynutius in verb. teſtamentum, num.85.
Andr.Fachin.illuſtr.quæſt.libr.4.cap.1. Mo-
uentur autem Cuiacius, & alii ſupra a nobis
relati, quod teſtamentum proprie dicatur,
quo quis animi ſui mentem coram teſtibus
declaret, item quod legatum nutu relinqui
poſſit, *l.nutu, ff.de legat.3.* neque tñ inde con-
ſectarium eſſe, quod teſtes adhibendi non
ſint. Fachinei † & aliorum argumenta ni- 16
tuntur auctoritate *l.ſi. ſupr.famil. erciſc.* vale-
re huiuſmodi diſpoſitionem, etiamſi ſole-
lemnitate legum deſtituta fuerit. Secundo,
quod illud ſatis aperte præſeferāt verba No-
uellæ conſtitutionis *107.§.nos añt*, vbi tunc
demum teſtes requiruntur, ſi extraneæ per-
ſonæ quid relinquatur, quod etiā verius eſſe

Digitized by Google

conſtituo, addita tamẽ moderatione, quod ſi manus ipſius teſtatoris in controuerſiam vocetur, tunc ad imponendam fidem etiam teſtibus opus ſit, *gloſſ. in dict. Nouell. 107. in verb deciſionem Alexand. in authen. ſeq. quod ſine, num. 4. Iaſon in d. authen. quod ſine, num. 1. Boer. deciſ. 14. num. 12. Alexan. conſ. 76. num. 5.* quamuis Iacob. Menoch. *libr. 4. præſumt. 7. num. 7.* putet vel duos teſtes ſufficere, vel cõparationem teſtium, quod etiam conſtituit Natta *d. auth quod ſine num. 8. Mich. Graſ. in theſ. commun. opin. q. 16. in verb. cõſtitut. nu. 6.* Ego tamen arbitror vtramque rationem ſatis dubiam eſſe, itaque arbitrio boni iudicis illud committendum, ſecundũ ea quę diſſeruimus *in l. comparationes, ſupra. de fid. inſtrum.* quid enim ſi in fida defuncti cuſtodia inueniatur, quid ſi omnimoda characterũ ſit ſimilitudo, & diſpoſitio non improbabilis? hic ſane comparationem admitterem: quid cõtra ſi characteres ſint diſſimiles, & diſpoſitio aliena ab officio patris? non ſtatim vtique duos teſtes admitterem, cum talis ſcriptura non adiuuare ſed onerare proferentem videatur, maxime, ſi ſequamur illam interpretationem, quam veram eſſe conſtituo, quod teſtamentum nũcupatiuum inter liberos non valeat.

Cum itaque conſtat ſchedã a parente cõſcriptam ſufficere, modo reuocata fuerit ad diligentiã authẽticæ ſequẽtis, vlterius quæ-
17 ritur, ſi † manu alterius exarata fuerit, & pater aut mater dũtaxat ſubſcripſerint, an idẽ
18 hoc caſu defendendũ ſit? Putant Iaſon † *in d. auth. quod ſine, n. 1. Natt. ibi. n. 44. & 48. Caſt. conſ. 93. num 2. libr. 1. Iul. Clar. §. teſtamentum, quæſt. 14. num. 4. Guil. Benedict. in c. Rainutius, de teſtam. in verb. teſtamentum, n. 78. Iac. Menoch. lib. 4. præſumt. 7. nu. 6. Andr. Gail. d. obſer 112. nu. 9. Mich. Graſ. in verb. teſtamentum, q. 16. num. 6.* ſuadet tamen Iul. Clar. *in d. q. 14.* vt in ipſa ſubſcriptione mentio fiat, quod teſtamentum ſubſcribat, quamuis Natta & Menoch exiſtimẽt generalem ſubſcriptionem ſufficere, modo teſtator legat ipſam ſchedam, cum alias facile alia ſcheda ſubiici poſſit, addit tamen Iul. Clar. generalem ſubſcriptionem, ita demum ſufficere, modo aliæ coniecturæ vel argumenta ipſam ſubſcriptionem commendent. Hanc concluſionẽ de auctoritate ſubſcriptionis confirmãt *§. quod ſæpe, Nouell. de trient. & ſemiſ. item, authent. ſi modo ſupr. famil. erciſcund.* quo etiam referri poteſt, *l. filii, eod. tit.*

19 Ceterum ſi rem ad viuũ reſecare † velimus, non carebit hæc interpretatio ſua difficultate, quod, vt meo iudicio nõ male obſeruauit Alberic. *in authent. ſequen. num. 1.* dicta authentica potius intelligenda eſt de diuiſione bonorum, quæ ab inteſtato facienda ſit, quam quæ ex teſtamento inſtituatur, vt coarguunt verba, *dict. leg. fin.* & oſtendit etiam Cynus *in dict. authen. quod ſine, num. 2. Fulg. hic num. 1.*

Quod ſi autem quis putet parum interintereſſe, an valeat iure diuiſionis ab inteſtato, de qua *d. l. fin. & l. filii, & l. ſi cogitatione, eod. tit.* an vero iure teſtamenti? Is ponderare debebit, longum inter hæc † eſſe diſ- 20
crimen. Nam vt omittamus duas vtilitates, de quibus ſupra mentionem fecimus, ſcilicet ſi lege municipali mentio fiat de teſtamento, item ſi tutor cõſtituatur, exheredatio filiorum fieri nõ poteſt, niſi in teſtamento, *l. non codicillum, hoc tit.* vt declarant Corn. *hic num. 5. Ferdin. Vaſq. de ſucceſ. creat. & progreſ. libr. 3. §. 21. dub. 7. num. 79. Iul. Clar. §. teſtamentum. q. 13.* idem obtinet in ſubſtitutione pupillari, *l. moribus, 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. & ibi Bart. in 6. requiſit. Ripa, Iaſon, Socin. Alciat. in §. quiſquis, dict. l. 2. num. 4 Iul. Clar. §. teſtamentum, q. 13.* Eſt præterea & alia vtilitas, quod ſi valeat iure teſtamenti poſſit quis mitti in bonorum poſſeſſionem ex *l. fin. infra, de edict. Diui Adrian. toll.* vbi illud tradiderunt Bart. *num. 18. Alberic. num. 12. Mantua nu. 210.* quos refert, nec non ſequitur Menoch. *ibid. num. 313.* inter diſpoſitionem, *l. fin. item authent. ſeq.* diſtinguens, vt hic audiendus ſit, illic autem aliud probandum videatur. Ex his igitur videretur inferendum eſſe ſubſcriptionem ſolam non ſufficere, niſi quis pro defenſione communis ſententiæ conſtituat, *dict. l. fin.* cum diſtinctione accipiendam, vt ſiquidem codicillos facere voluerit, ab inteſtato ſucceſſio locũ habeat: ſin autem teſtamentum, aliud ſeruemus: quod ſane probabile eſſe videtur, & ſi communem ſentẽtiam tueri velimus, neceſſariũ. Alia enim eſt cauſſa ipſius qui codicillos facere velit, *l. 1. ff. de codicill.* alia eius qui teſtamentum condere deſtinauit, propter effectus, quos ſupra propoſuim⁹, & hoc modo bene videbitur cohærere noſter §. vt bona ſit oppoſitio ad ea, quæ præceſſerunt, vbi de teſtamentis loquitur, idque coarguit etiam cauſſa inſtitutionis, quæ duntaxat in teſtamento fieri ſolet, *l. heres. ff. de codicill.* adhibita & illa conſideratione, quod Doctores noſtri in authen. ſequen. diſtinguant

inter

inter inſtitutiones extranearum perſonarum, & legati & fideicommiſſi cauſſa, vt etiam ipſe textus ſatis innuit, vt legata & fideicommiſſa valeant etiam extraneis relicta, nullo autem modo inſtitutiones.

Circa hanc inſpectionem ſeſe offert ad-
21 huc alia quæſtio, an teſtamentũ † paternum ratum ſit non facta diſtinctione vtrum filii æqualiter, an æqualiter ſint inſtituti. Qua in re diuerſæ ſunt Doctorum opiniones. Sunt
22 enim qui † exiſtiment teſtamentum duntaxat ſubſiſtere, ſi æqualitas ſit ſeruata, *vt Decius conſ. 105. nu. 6. Roman. conſ. 179. num. 16. Did. Couar. in cap. Rainutius*, §. 1. *Tiraquell. de primogen. q. 4. num. 4.* Rurſum nonnulli ſunt, qui putẽt hoc locum habere, ſi maxima intercedat inæqualitas, Curt. Iunior *in h. §. nu. 2. Socin. conſi. 5. volum. 4. Carol. Molin. conſil. 168. lib. 5. Iaſon. hic nu. 2. Specul. in tit. de inſtrumen. edit. §. compendioſe, verſ. quid ſi pater habens tres filios, R pa in l. centurio, nu. 86. Socin. Iunior conſ. 147. nu. 33. & 30. Anton. Gabriel. concluſ. 6. num. 5. Didac. d.* §. 1. *nu. 6.* vbi ait ad minus hanc opinionem iure procedere, accedunt alii relati ab Antonio Gabriele, *d. conſil. 6. num. 1.*

Argumenta autem, quibus mouentur ſubiicimus. Primo, *l. fin. ſupr. famil. erciſ.* dum ait, inter omnes duntaxat heredes ſuos, ex quolibet venientes gradu, dum tamen pares eſſe videantur. Secundo argum. noſtræ legis, §. *ſi quis aũt, verſ. niſi forte,* vnde intelligimus non ſatis eſſe, quod vnus ab inteſtato vocetur, ſed omnes qui erant in primo gradu. Tertio auctoritate *l. verum, § fin. ff. de minor. in integ. reſtit.* quod priuilegiatus contra pariter priuilegiatum ſuo priuilegio non vtatur. Quarto, quod propterea minor ſolemnitas, in paterno teſtamento requiratur, quod illis debeatur hereditas, & propterea ceſſet fraudis ſuſpicio: ceterum ſi magna inter filios ſit inæqualitas, hic illam cauſſam ceſſare. Quinto, huc referri poteſt, *l. illud, ſupra de collat.* quæque de cauſſa inæqualitatis diximus in authent. *ex teſtamento, ſupra de collation.*

23 Diſſentiunt autem & contrariam † ſententiam ſine vlla diſtinctione, an magna ſit inæqualitas, an minus, veriorem eſſe conſtituunt, Iulius Clarus §. *teſtamentum, quæſt. 14. num. 8. Bald. in l. fil i, ſupra famil. erciſcund. numer. 5. Salyc. numer. 4. Boer. deciſ. 240. numero 10. Franciſ. Mant. de coniect. vltim. vol. lib. 6. tit. 2. nu. 12. Caſt. Cuman. & multos alios,* vbi tamen animaduertendum eſt, quod nonnulli Doctores ab eo allegati, maxime in hoc §. nõ aſſerant ea, quæ illis adſcribuntur, *Ferdinand. Vaſq. de ſucceſſ. creat. libr. 3. §. 21. numer. 67.* vbi tamen ab eodem cauendum, dum allegat Iaſonem, *hic numer. 4.* Decium *num. 37.* item Aretin. Caſt. in hoc eodem §. ex imperfecto, qui ſaltem in meo codice nihil tale commemorat, *Michael Graſ. §. teſtamentum, quæſt. 11. num. 8. Andr. Gail. obſeru. 112. num. 24. Andr. Fachin. libr. 4. illuſtr. controuerſ. cap. 2.* Mouentur autem argumentis ſequentibus. Primo, auctoritate noſtri §. *ex imperfecto,* qui non diſtinguit, & propterea generaliter accipiendus videtur. Secundo argum *l. filii, & l. fin. ſupr famil. erciſcund.* ex quibus colligitur, quod ſufficiat, quod filius retineat quartam ex Senatuſconſulto Trebelliano. Tertio, quod, vt ait Mantica teſtamentum imperfectum inter liberos, magis valeat fauore parentum, quam liberorum, quod illis obedientia debeatur, *l. veluti, ſupr. de iuſt. & iur. & l. fin. C. de in ius voc.* & verecundia paternę auctoritatis & iuſtę affectionis, de qua leges confidunt. *l. fin. ſup. de curat. furioſ.* illud inductum videatur *Nouell. 107. de teſtam. imperfect. in verb. in tantum erga parentes, lex verecunda eſt.* Quarto, quod vt ait Fachin. illud colligatur ex *dict. Nouell. §. nos autem, & authent. proxime ſequen.* dum iubet parentes vnciarum deſignationem facere, quod ſane abſurdũ iudicari poſſet, ſi æqualiter inſtituendi eſſent. Quinto, quod etiam parenti permiſſa ſit illibata diuiſio, modo filios legitima portione non defraudet, *l. quotiens, l. ſi cogitatione ſupra famil. erciſcund. l. ex parte 39. § inteſtato ff. famil erciſcun. l. cum pater 77. §. euictis, de legat. 2.*

In hac interpretationis varietate, † ſtatuo 24
vltimã ſententiã potiorem eſſe, modo conſtet de voluntate parentis, nimirum quod ſeruata ſit forma, quæ auth. *quod ſine*, definitur, & eius fides a liberis in controuerſiã non vocetur, nam ſi parenti illud licet citra teſtamenti ſolemnitatem, ex nuda diuiſione, *l. quotiens, & l. ſi cogitatione, infr. fam. erciſ. l. fili, & l. fin eod.* vt eaſdem accipiunt Alberic. *in auth. quod ſine n. 1. Cyn. ibid. nu. 2. Fulg. num. 2.* multo magis licebit in teſtamento. Quod ſi vero eadẽ in dubiũ vocetur, ſubſiſto, quod ceſſent hic omnes illæ rationes, quæ minorem ſolemnitatem inter liberos ſuaſerint, & nihil prohibeat adulterinam patris manum exhibuiſſe. Quamuis enim coniunctio fraterna non facile huiuſmodi ſuſpicionẽ admittere videatur, tñ ſæpe animaduertimus

Digitized by Google

huius neceſſitudinis rationem non haberi vt in exemplo, *ſororem, infra de accuſat.* & contentiones inter eoſdem fratres feruentiores eſſe quam extraneos, §. *igitur, Inſt. per quas perſon. nob. acq.* itaque hoc caſu ſolemne teſtamentum, quod ſeptē teſtium numero nitatur, requirerem, aut arbitrio iudicis rem cōmittendam putarem, vt is conſideratis perſonarum qualitatibus, & inæqualitatis ratione, comparationis ſimilitudine, teſtium adminiculis, ceteriſq; circumſtantiis conſtituat, quę cauſſæ negotio conuenire videantur. Qua in re non eſt, ꝙ nos moreantur ea, quæ de diuiſione diximus. Nam cum ibidem factum diuiſionis commendet voluntatem parentis, res in dubium vocari nō poteſt, quod ſi vero diuiſio inter ſcripturæ fines conſtitiſſet, idem quod in hoc caſu probandum exiſtimarem.

His ita definitis cōſequens eſſe videtur, vt aliquot exceptiones pſequamur, quarum vna eſt, q̄ hoc noſtro textu cōprehenditur,
25 hanc † prærogatiuā ad extraneos porrigendam non eſſe, ꝙ & ipſum etiam cōfirmatur, *l. fi. ſupr. fam. erciſ.* Et quidem ſi fingamus extraneum per inſtitutionem coheredem datum, res cōtrouerſiam non habet: vnde niſi ſolemnitas teſtamenti in cōmuni forma adhibita ſit, huiuſmodi inſtitutiones pro nullis habentur, & liberis accreſcunt, Iul. Clar. *lib. 3. ſenten. §. teſtamentum, q. 10. n. 1. Vaſq. de ſucceſ. creat. §. 14. n. 118. Mich. Graſ. in § teſtamentum,*
26 *q. 14. n. 1.* Porro, ſi legata & fideicōmiſſa † eiſdem adſcripta fuerint, aliud dicendum erit, modo pteſtes rei geſtæ fides impleri poſſit. Sed hæſitare qs in eo poſſet, quot teſtes adhibendi ſint, duos ſufficere conſtituit Bald. *in pr. itē Fulg. in prin. Corn. nu. 5. Natta n. 37. Iaſ. n. 1. idem Iaſ. in hoc noſtro §. nu. 10. Caſt. in l. ſi is, qui, n. 3. ff. eod. tit. Alex. conſ. 76. n. 14. lib. 3. Zaſ. conſ. 6. n. 25. lib. 1. Ang. & Cuiac. in d. Nouell. 107. §. nos autem, Iac. Menoch lib. 4 præſumt. 7. n. 8.* vbi plures refert. Ratio quibus mouentur eſt, quod vbi numerus teſtium non eſt definitus ibi duo ſufficiant. Sed obſeruandū eſt, non improbabilē videri animaduerſionem Alberici *in auth. quod ſine, n. 2. h. t.* retorquentis hoc fundamentum in alios interpretes, quod cum in codicillis certus numerus teſtium conſtitutus ſit, vt ad minus quinque interueniant, *l. fi. §. fi. infr. de codicill. & Inſt. de codicill.* per conſequens quoq; illum numerum tacite deſignatum videri. Accedit ꝙ illud quod fauore liberorū introductum eſt, non debeat in odium illorum retorqueri, *l. quæ fauore. ſupr. de legib.* mihi tñ religio eſt a priori ſentētia recedere, ꝙ eandem cōmēdent verba Iuſtiniani, dum requirit duo, vt hæc ſchedula teſtātis manu propria ſit ſcripta; deinde vt dicta ſint coram teſtibus. Etenim ſi quinq; teſtes exigerentur, non eſſet neceſſaria ſcriptura. Porro eo caſu ſententia Alberici fortaſſe probanda eſſet, quo filii & ſcripturam & teſtes ſuſpectos haberent, & probabiles coniecturæ concurrerent.

Eſt deinde & ſecunda exceptio quæ ex aliis legibus depromi poteſt, ſcilicet ex *l. ſi is qui, 25. item l. ex ea ſcriptura 29 ff. qui teſtamen. fac. poſ. l. fideicommiſſa 11. §. 1. ff. de legat. 3.* ſcilicet † vt teſtamentum imperfectum ratione 27
voluntatis, ne quidem inter liberos valere ſtatuamus, veluti ſi parens cum in vnius filii perſona conſtituiſſet quæ vellet, & idem in aliis facere conaretur, morte oppreſſus, vel interſepta loquela, voluntatem ſuam abſoluere non potuerit, de qua quæſtione gloſſa, *in d. l. ſi is qui, & ibid. Bart. Aretin. & alii, Ioh. Dilect. de arte teſtandi tit. 1. caut. 11. Iul. Clar. §. teſtamētum q. 9. n. 1.* vbi hanc cōmunem dicit Caſt. *hic n. 3. Cor. n. 1. Ale. n. 3. Iaſ. n. 4. And. Gail. obſer. 112. nu. 14 Mynſ. cent. 5 obſer. 28. n. 1. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. creat. §. 21. n. 67. And. Fach. lib. 4. contr. illuſt. c. 4.* Qua in re notandum eſt, non propterea videri imperfectam voluntatem teſtatoris, quod, cum teſtamētum ſcriptum eſſet per teſtatorem vel ab alio ipſius mandato, huiuſmodi ſcriptura non ſit lecta, coram notario & teſtibus, *Mynſ. d. obſeruat. 28. cent. 5 num. 5. Boer. deciſ. 240. num. 4. & ſeq. Bar. in d. l. ſi is qui, Michael Graſſ. §. teſtamentum q. 12. num. 3.* cum recitatio ipſius ſcripturæ nihil faciat ad perfectionem voluntatis: circa quam quæſtionem ſi quis plura deſideret, is adire poterit noſtra commētaria ad legem. *1. ſuper de ſacroſanct. eccleſ.* Sed animaduertendum eſt circa hanc inſpectionem nonnullos emergere ſcrupulos. Primo ex *l. fin. infr. famil. erciſ.* quæ declarat teſtamentum cœptum & non impletum inter liberos valere, idemq; tradi videtur *in l. filii, eod. tit.* Tertio vrget, *l. ſi teſtamentum infr. de inſt. & ſubſt. ſub cond. fact.* ex qua edocemur, quod ſi teſtator aliquem heredem inſtituerit ſecūdum conditiones infra ſcriptas, non propterea vitiari teſtamentum, quamuis nullas conditiones poſtea expreſſerit. Prima & ſecunda difficultas ceſſabūt, ſi meminerimus teſtamēta duob. modis imperfecta dici, ratione ſolēnitatis & volūtatis. Porro noſtra exceptio priori caſu locū non hēt, ſed poſteriori. Tertius

ſcrupulus

Digitized by Google

pulus non adeo facilem explicationem habet, quod repugnet *l. quotiens 9.* §. *tantũdem, ff. de hered. inſti. & aliæ leges ſupra a nobis allegatæ.* Qui de cauſſa hanc antinomiam ſuo loco ſeruabimus.

Tertia exceptio eſt, quod quamuis pronuntiatio liberorum generalis videatur, *l. liberorum, ff. de verb. ſign.* tamen hoc benefi-
28 cium ad non iuſto † matrimonio quæſitos non pertineat, vt conſtituunt Alex. *hic nu. 6. Ang. in prin. Corn. nu. 6 quamuis nu. 7.* nonnihil dubitet, *Iul. Clar. q. 12. num. 1. Boer. deciſ. 240. nu. 13. Vaſq. de ſucceſ. progreſ. libr. 3.* §. *21. limit. 7. num. 53. Andr. Gail. d. obſeru. 112. nu. 18. Michael. Graſ.* §. *teſtamẽtum, q. 15.* quod cum appellatione filii illi intelligantur, qui ex iuſtis nuptiis ſunt procreati, *l. filium, ff. de his, qui ſui vel alien. iur. ſunt.* idem quoque in dubio intelligere debeamus in pronuntiatione liberorum. Negotium tamen faceſſit *l. naturalibus, ſupr. de confirmand. tut.* in verb. damus licentiam patribus, vt naturalibus liberis in iis rebus, quas quocunque modo eis dederint, vel reliquerint tutores dare poſſint. Deinde, *l. ex facto 17.* §. *ſi quis rogatus,* vbi conditio, ſi ſine liberis deceſſerit, defeciſſe videtur, ſi naturalem filium quis reliquerit. Tertio, contrariam ſententiam confirmare videtur *l. parentes, ff. de in ius vocand.* Et hanc opinionem defendunt Specul. *de inſtrumen. edit.* §. *compendioſe, Caſtr. hic num. 6.* & in eandem ſententiam quoque inclinat Corneus, *num. 6.*

Subductis omnibus, conſtituo priorem ſententiam veriorem eſſe, cum ex *l. humanitatis, ſupr. de natural. liber.* appareat, quod eo tempore quo Theodoſius & Valentinianus imperii habenas tenuerint, naturales liberi iure ciuili cogniti non fuerint, adeo, vt non ſolum ab inteſtato non potuerint ad ſucceſſionem aſpirare, ſed ne quidẽ ex teſtamento, niſi ad tres vncias, quo caſu parens nullas legitimas proles aut matrem haberet: deinde, quod hæc lex ſecundum receptiorem opinionem interpretetur *l. fin. ſupr. fam. erciſ.* vt etiam facit Nouell. 107. in qua cum filii ſui & emancipati, duntaxat numerentur, & hæ qualitates filiis naturalibus non conueniant, conſequens quoque eſt, vt noſter §. & authentica proxime ſequens de iiſdem minime intelligantur, idque etiam ſuadet ratio, quam ſecuti Imperatores ſolemnitatem vſitatam minuerunt, his enim ab inteſtato nulla debetur hereditas, *dict. leg. humanitatis.*

Quibus poſitis, non eſt, quod fluctuemus metu legum, quæ a contraria parte ſtare videntur. Lex enim naturalibus nullã de modo teſtandi mentionem facit, nec mouent verba, *quocunque modo eis dederint aut reliquerint.* Intelligimus enim ſiue dederint per modum diuiſionis, ſiue donationis cauſſa mortis, ſiue per codicillos, ſiue denique per teſtamentum, vt tamen legitimus numerus teſtium in conficiendo teſtamẽto cogatur. Accedit, quod cum eadem lex ſit poſterior, & quæramus de ſenſu noſtræ conſtitutionis, abſurdum videatur, quod Imperatores noſtri eo reſpicere potuerint. Quod ſi autẽ quis putet, per eandem legẽ quid iuris noui eſſe introductum, huic non facile aſſentiar, quod obſtet notiſſima definitio noſtri iuris, *l. ſancimus, h. t. l. præcipimus, infr. de appellat. & id genus aliæ leges.* Lex *ex facto,* §. *ſi quis rogatus,* multiplicem habet interpretationem, itaque eius rei diſquiſitionẽ ſuo loco, nempe, *l. generaliter,* §. *1. infr. de inſtit. & ſubſtit.* relinquo. Lex *parentes,* intelligitur de reuerentia naturali, quæ omnibus parẽtibus debetur, quæ inſpectio cum noſtra quæſtione nullam affinitatem habet, nam filiis naturalibus non debetur hereditas, *d. l. humanitatis,* ſed duntaxat alimenta, *authen. licet, ſupr. de natural. liber.*

Sciendum præterea eſt, hanc cõſtitutionem non tam effuſe accipiẽdam, vt omnes aliæ ſolemnitates omiſſæ intelligantur, vnde ſi parens † vnum ex filiis prætererit, non 29
tamen propterea hoc teſtamentum ſuſtinebitur, contra *l. maximum vitium, infra. de liber. præter. item Inſti. de liber. exhered. in princ. vt oſtendit hoc loco Corn. nu. 4. poſt Bald. Ang. Imol. Raph. in hoc allegatos Alex. num. 9. Natta num. 109. Iul. Clar.* §. *teſtamentum, q. 8. nu. 6.* vbi hanc opinionem communem dicit, Mich. Graſ. §. *teſtamentum, q. 11.* hinc etiam contra ſententiam Azonis & Iaſonis *hic nu. 4.* conſtituunt iidem interpretes, non valere tale teſtamentum, niſi filio aliquid relictum ſit iure inſtitutionis, *vt Iul. Clar. d. q. 8. n. 7. Ferd. Vaſq. d.* §. *21. num. 68.* vbi plurimos idem ſentientes referunt, And. Gail. *d. obſer. 112. nu. 10.* quod hoc introductum ſit fauore filiorum *Mich. Graſ. d. q. 11. nu. 10.*

Authent. quod ſine.

SVMMARIA.

1 *Quamuis notæ in aliorum teſtamentis tollerẽtur, tamen in teſtamento inter liberos diuerſum eſt.*

2 *Etſi ſcriptura priuata regulariter non requirat diei*

Digitized by Google

deſignationem, tamen in hoc teſtamẽto dies adſcribi debet & ratio.

3 *Extraneis in huiuſmodi teſtamento legatum relinqui poteſt.*

4 *Teſtamentum paternum ipſius manu totum deſcribi debet.*

TRia ſingulariter notanda ex præſenti authentica, de qua ſupra certa ratione diſſeruimus, colligimus. Primo quod quam-
1 uis notæ in teſtamentis † alias nõ repudientur, *l. Lucius Titius 40. ff. de militar. teſtamen. l. quotiens 9. §. ſed etſi quis, ff. de hered. inſtit.* quod tamen Iuſtinianus Imperator in teſtamento inter liberos hanc facultatem ſuſtulerit, quod obſcuritatis cauſſam, & falſi occaſionem præberent, vnciæ igitur non per numeros, qui facile mutari poſſent, ſed per cõuenientem literarum ſeriem exprimendæ ſunt. Idem quoque in deſignatione nominum requirit, quod & hic eadẽ ratio interueniret. Secundum deinde eſt quod quam-
2 uis ſcriptura † priuata ad ſui firmitatem non requirat dici deſignationem, *l. cum tabernam 34. §. 1. ff. de pignorib.* quod tamen hic neceſſario tempus adſcribendum ſit, quod eſſe notabile obſeruarunt Bald. *hic num. 4. Ang. num. 2. Corn. num. 4. Iaſon num. 3. Franc. Aret. num. 2.* Ratio illa ponderari poteſt, quod ſi diuerſæ ſchedulæ deprehenderentur, ſciri nõ poſſit, quæ ſcheda vltimo exarata fuiſſet, ſi forte vna cum alia pugnaret, cum nouiſſima ſcriptura præualere ſoleat, *leg. ſi quis in*
3 *prin. ff. de legat. 3.* Tertium † eſt, quod de extraneis commemorat, ſcilicet illis in tali diſpoſitione legari, & per fideicommiſſum relinqui poſſe, quod intelligere debemus, *ſecundum ea quæ ſupra propoſuimus.* Eſt & quar-
4 tum quod meo iudicio quam † maxime notabile videtur, hanc facultatem inter liberos citra vſitatam formam teſtandi, non eſſe cõceſſam niſi illis parentibus qui literas edocti ſint, & ſcribere poſſint. Vnde etiam requirit vt totum teſtamentum ipſius manu deſcribatur, nec ſatis ſit, quod alius mãdato ipſius hoc faciat, quod defendunt hoc loco Bald. *num. 1.* expreſſius autem Fran. Aret. *in princ.* Fulgoſ. *num. 1. & 2.* Salyc. *nu. 2.* & inclinat in eam ſententiam Alberic. *num. 1.* Cyn. *nu. 2.* quamuis Iaſon *num. 1.* diſſentiat, admittit tamen hanc differentiam, quod etiam ſi de mandato parentis cõſtaret, & ſcheda aliena manu eſſet conſcripta, extraneis nullum legatum debeatur, quod ſane bene notandum eſt, pro declaratione communis ſententiæ, quæ admittit etiam teſtamentum nuncupatiuum coram duobus teſtibus factum, item ſchedam aliena manu ſcriptam, modo parẽs eam ſubſcripſerit, nam neutro in caſu legata extraneis præſtanda erunt, vt conſtat ex §. *præced. ex imperfecto*, deinde *d. l. fin. ſup. famil. erciſcund.*

Authent. Hoc inter.

SVMMARIA.

1 *Ad reuocandum teſtamentum inter liberos conditum, an ſemper ſolemnitas in forma cõmuni neceſſaria ſit.*

2 *Diſtinctio Baldi.*

3 *Difficultas circa hanc diſtinctionem.*

4 *Alia diſtinctio auctoris, cum argumentis quibus eadem confirmetur.*

5 *Clauſula derogatoria, de qua in hac noſtra authent. quando neceſſaria videatur.*

6 *An parens teſtamentum coram ſolemni numero ſeptem teſtium conditum in non ſolemni voluntate tollere poſſit.*

7 *Sententia Cornei hoc caſu parem ſolemnitatem neceſſariam.*

8 *Exploſa contraria ſententia Caſtrenſis & Alexandri.*

9 *An teſtamentum inter liberos vim clauſulæ derogatoriæ habeat.*

10 *Quid hoc caſu obtineat, ſi extranei cum liberis inſtituti ſint.*

DVriſſima ſecundũ plurimos videri poſſit definitio prӕſentis authenticæ, quod parens, ſi ſemel voluntatem ſuam ad eum, quem intelleximus modum † conſcripſerit, 1
nullum ius eius reuocandæ habeat, niſi adhibeat ſolẽnitatem in forma cõmuni præſcriptam, id eſt, vt coram ſeptem teſtib. voluntatem ſuam declaret, & inſuper priori teſtamento expreſſim deroget, vt hunc noſtrum textum accipiunt Cynus *nu. 1.* Alber. *nu. 1.* poſt Iacobum de Rauenna ab eodem allegatum, Natta *num. 3.* Corn. *num. 3.* Qua de cauſſa Bald. *hic num. 4.* diſtinguit † vtrum 2
in poſteriori teſtamento inſtituantur liberi an extranei, vt hic ſolemnis obſeruatio teſtamenti requiratur, illic vero referat vtrum ſuperuenerit iuſta aliqua cauſſa mutandi teſtamenti, an minus, vt priori caſu ſtatuamus poſterius teſtamentum valere, *arg. l. 3 ſup. de inoff. teſtam. & l. ſi cum Cornelius, ff. de ſolut.* poſteriori autem ſpectandum eſſe, quod fauorabilius ſit, vt illud præferatur: ne, quod fauore liberorum introductum eſt, in odium eorũdem retorqueatur, *l. quod fauore, ſupr. de legib. Baldo ſubſcribunt Ang. n. 1. Caſt. n. 3. Fulg. in fin.* Salyc. *nu. 2.* Iaſon *n. 1. verſ. & per hoc infero primam limitationẽ,* Sich. *n. 7.* & vix audet ab eadẽ recedere Corneus, quamuis ingenue fateatur illam auctoritate legum deſtitutã, *Ale. conſ. 134. n. 5 lib. 1. Rom. conſ. 179. n. 20. Dec. conſ. 475. n. 11 Iac. Menoch. lib. 4. præ. 166 n. 62. verſ. 3. eſt opinio, Pariſ. cõſ. 35. n. 23 Did. Co. in*

ſua

Digitized by Google

rub de teſtam. part. 2. num. 65. Mich. Graſ. in verb. teſtamentum, quæſt. 86. num. 7. vbi etiam plures recenſet, vt facit etiam Iac. Menoch. Porro gloſſ. *d. Nouell 107.* §. *nos autem*, præterea Rom. *conſ. 385. n. 2.* indiſtincte ſcripſerunt teſtamentum poſterius inter liberos conditum aliud teſtamentum reuocare.

3 Et quamuis † hæc ſententia benignitatis commendatione ſeſe legentium animis inſinuet, tamē ſi iuſtæ interpretationi plus tribuere velimus quam ſplendori & auctoritati interpretū, non video quo pacto eandem aſſerere, aut ſalua verborū proprietate, ſiue Græcum textum, ſiue etiam Latinam verſionem intueri velimus, defendere ſuſtineamus. Verū enimuero tota Nouella 107. de teſtamētis inter liberos loquitur, nullam autem de extraneis, niſi quod ad legata & fideicommiſſa mentionem facit, inſcriptio Nouellæ, id etiā coarguit, deinde abſurdum poteſt & debet iudicari, ſi ponamus aliquē extraneos heredes inſtituere, qui liberos adhuc ſuperſtites habeat, contra *l. maximum vitium, infra de liber. præterit.* & *Inſtit. de lib. exhered. in prin.* ex quibus conſtat huiuſmodi teſtamētum, vbi filii præteriti ſunt, nulla ratione valere, ſiue ſolemnitas communis ſit adhibita, ſiue minus. Relinquitur itaque eandem noſtram authenticam, *& Nouell. 107.* §. *nos autem*, vnde eadem deſumta eſt, plane de teſtamēto inter liberos intelligendam. Quæret igitur aliquis, anne propterea probem intellectum Alberici & Cyni? reſpondeo me eandem non reſpuere, ſed ne quid durius hanc interpretationem conſe-
4 qui videatur, certa diſtinctione † rem moderari, vt ſiquidem aliqui ex liberis contendere velint, voluntatem ſcriptam per teſtamentum nuncupatiuum reuocatam, & conentur fortaſſe duos aut tres teſtes adducere, *vt in l. ſancimus, h. t.* audiendi non ſint. Quod ſi vero parens aliam ſchedam conſcripſerit, eamque exegerit ad diligentiam, §. *præced.* aliud probandum eſſe moueor ex fundamentis, quæ inſequens ſpatium exhibebit.

Primo, quod in *dict. Nouell. 107. de teſtam. imperfect.* non ſcripturæ, ſed teſtiū fiat mentio, in verba ſequentia. Nullus poſtea deducet teſtes, quia voluit forte talem voluntatem commutare.

Secundo quod, vt anteà, quamuis diffidenter propter interpretum auctoritatem, admonui, non putem inter liberos teſtamentum nūcupatiuum, quod ſolemne non ſit, ſubſiſtere, *argumen. authent. quod ſine, hac lege, & aliarū legum, quas ibidem deſignauimus.*

Tertio, quod ex *l. nolumus, 20. h. tit.* edoceamur teſtamentum inſcriptis per ſecundum teſtamentum nuncupatiuum, in quo Princeps heres declaratus ſit, non conuelli, ſed exigi teſtamentum eiuſdem ſolemnitatis in ſcriptis.

Quarto, quod regulariter definitum ſit contractus & diſpoſitiones, quæ ex ſcriptura conſiſtant per teſtium depoſitionem de facto ſolutionis, vel ſimili deponentium non facile infringi, niſi nomine duorum teſtium, qui regulariter ſufficere ſolent, *l. vbi, ff. de teſtibus*, quinque adhibeantur *l. teſtium, ſupr. de teſtibus*, cum teſtium fides facilius expugnari poſſit quam contexi aliquod ſcriptum, quod nulla ſui parte ſe prodat, aut ſuſpectum videatur, vt diximus *in l. comparationes, ſupr. de fid. inſtrum.*

Quinto, quod cum nihil tam naturale ſit, quam eodem genere quodque diſſolui, quo colligatum eſt *l. nihil, 35. ff. de reg. iur.* & prius teſtamentum per poſterius tollatur, §. *poſteriore*, præterea taſtamentum militis per aliud militare teſtamentum ſubmoueatur *l. eius militis, 34. §. fin* quod etiam conſentaneum videatur, vt teſtamentum parentum certa ſolemnitate confectum, poſſit reſcindi per aliud teſtamētum quod eandem obſeruationem habeat, cum nemo intelligatur ſibi huiuſmodi legem impoſuiſſe, a qua recedere non poſſit, *l. ſi quis in principio, ff. de legat.* 3.

Quibus ita ſubductis, non abſurda iudicari debet ſententia Angeli hanc ſolemnitatem ſeptem teſtium in reuocatione, duntaxat eo caſu admittendam, quo parens in
ſcriptis teſtatus eſſet, nam † ſi coram duo- 5
bus teſtibus voluntatem ſuam expreſſiſſet, hic clauſulam illā derogatoriam nō ſubaudiri, & etiam duos teſtes in reuocatione ſufficere. In quam ſententiam quoque inclinare videtur Alexand *num. 2.* quamuis ſibi non cōſtet, propter auctoritatem diffidentium, qui tamen, vt quod inde naſci poſſet abſurditatis, effugiant, hoc de extraneis intelligunt, vt dictum eſt.

Confirmata itaque hac noſtra, quamuis noua interpretatione, occurrit alia controuerſia, qua diſtinctio Baldi fortaſſe proce-
dere poterit: quid † iuris ſit, ſi parens coram 6
ſeptem teſtibus teſtamentum inſcriptis vel nuncupatiuum condiderit, an illud reuocare poſſit in non ſolemni voluntate. Et qui-

7 dem Philip. Corn. *nu. 4.* † aperte defendit hoc caſu æqualem ſolemnitatem requiri, quod & ipſum quoque videntur probare Fulg. *in §. ſi quis autem. hac leg. num. 3. Alberic. in tertio notabili Iaſon. nu. 2. Sichard. num. 2. Franciſ. Aret. in princip. Alex. nu. 10. & 11. Io. Andr. in addit. ad Specul. titul. de inſtrumen. editio. §. compendioſe, verſ. ſi primum. Antonius Gabr. libr. 3. tit. de teſtam. concluſ. 7. num. 2. Andr. Fachin. illuſt. q. lib. 4. c. 6.*

Pro confirmatione huius opinionis adduci poteſt. Primo, §. *ſi quis autem, hac noſtra lege*, vbi de eadem re vlterius diſſeretur. Secundo, auctoritas legis *eius militis, 34. §. 1. ff. de teſtament. milit.* quæ manifeſtat militem intra annum miſſionis teſtamentum cœptum non perficientem, non infirmare teſtamentum iure communi factum: aliud autem obtinere, ſi iure militari ſcriptum fuiſſet. Tertio, quod nihil tam naturale ſit, quam eo genere quodque diſſolui quo colligatum eſt, *l. nihil, trigeſima quinta, ff. de re-*
8 *gul. iur.*

Et quamuis † Caſt. *conſil. 327. libr. 1. Corn. conſ. 18. num. 15. libro 2. item conſi. 77. numer. 4. libro primo, Alexand. conſ. 131. lib. 7. nu. 3. Pariſ. conſi. 34 volum. 2. num. 34. & 36.* facta collatione cum *num. 5.* item *conſ. 35. num. 23.* ſi coniungatur cum *nu. 11.* & plures alii quos refert & ſequitur Michael Graſ. *in §. teſtamentum, quæſt. 86. num. 8.* contrarium aperte decidant, tamẽ poſſunt videri id feciſſe ducti ſtudio & gratia illorum, qui tres priores conſuluerant, vel quod magis placet, intelligẽdi ſunt eo caſu, quo vltimum teſtamentum fauorabilius eſt, *vt declarat Salyc. in hoc noſtro §. num. 3.* quem ſequitur ibidem Alex. *in fi. & in §. ſi quis autem, n. 11.* vt etiam ſeipſum interpretatur Paul. Pariſ. *dict. conſ. 35. numer. 25. & 31.* & ante illos Iaſon *hic num. 1. Did. Couar. in rub. de teſtam. part. 2. num. 65. Iul. Clar. §. teſtamentum, quæſt. 98. nu. 2.* vbi in hanc cauſſam allegat Socin. Iunior. Riminald. Pariſ. & alios, Bald. *in hoc noſt. §. num. 5.* vbi idem tradit in teſtamento poſteriori coram ſeptẽ teſtibus ſolemniter facto, quod clauſulam derogatoriam non contineat, idemque probat ibid Salycet. *num. 3.* item Bald. poſt Cyn. Rainut. Fulgoſ. in hanc ſententiam laudatos.

9 Pro cuius rei euidentiori declaratione ſciendũ eſt, noſtros interpretes vltimæ † voluntati, inter liberos vim clauſulæ derogatoriæ adſcribere, de qua *in l. ſi quis, in princip. 22. ff. de legat. 3.* idque colligunt ex hac noſtra authentica, & *Nouell. 107. de teſtam. imperfect. §. etſi quidem*, in verba ſequentia, *Hoc enim concedimus ei agere, hoc ipſum expreſſim ſignificanti ſub præſentia teſtium ſeptem. quia etſi fecerit quandam talem voluntatem, non tamen eam vlterius valere vult, ſed aliam facere:* quæ verba Græce paulo aliter & ſignificãtius cõcepta ſunt. τοῦτο γὰρ ἐφίεμεν αὐτῷ πράττειν αὐτὸ τοῦτο ῥητῶς ἐπισημαινομένῳ ἐπὶ παρουσίᾳ μαρτύρων ἑπτά, ὡς καὶ πεποίηταί τινα τοιαύτην βούλησιν, οὐ μὴν κρατεῖν αὐτὴν ἐπιβούλεται, ἀλλ᾽ ἑτέραν ποιήσασθαι. Ita enim hanc authenticam accipiũt Bald. *in prin. Ang. num. 1. Caſt. num. 1. Fulg. nu. 1. Franc. Aret. in fin. Alberic. n. 1. Salyc. nu. 1. & 2. Alex. nu. 1. Iaſon. nu. 1. Ioan. Sichard. nu. 2. Douel. num. 1. Philip. Corn. num. 2. Franc. Mantic. lib. 6. coniecturar. cap. 2. num. 19. Guil. Benedict. in cap. Rainutius. in verb. teſtamentum, 2. nu. 20. extr. de teſtam. Couar. in rub. de teſtam. part. 2. num. 65. Iul. Clar. lib. 3. ſenten. §. teſtamentum, quæſt. 98.* adeo vt ad tollẽdum huiuſmodi teſtamentum, ſatis nõ ſit, ſi quis aliud teſtamentum, etiam ſolemne faciat, ſed etiam neceſſarium ſtatuatur, vt ſpecialiter priori teſtamento deroget.

Sed hic rurſum † exoritur & reſuſcitatur 10
prior illa cõtrouerſia, an hoc duntaxat procedat in teſtamento, quo extranei inſtituti ſunt, an etiam quo filii heredes ſcribuntur, obtineat, priori enim caſu res dubitationem non habet, ſi forte valeret teſtamentum ex cauſſa exheredationis liberorum, vel ſimili ratione, puta quod extranei cum liberis eſſent inſtituti. Secundo autem res expedita non eſt. Et gloſſa quidem *in verb. perfecta, in §. etſi quidem, Nouell. 107. item Bald. hic nu. 4. Caſt. nu. 6. Salyc. num. 2. Alex. num. 2 idem Alex conſ. 134. vol. 1. Did. Couar. in rub. de teſtam. part. 2. num. 65.* vbi hanc opinionem communem dicit, Franciſ. Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib. 6. cap. 2. num. 20. verſ. ſed contrariam opinionem*, vim clauſulæ, de qua mentionem feci huic teſtamento adſcribunt, quam explicationẽ vt indiſcriminatim concepta eſt, veram eſſe non puto, ſed reuocandam ad diſtinctionem cuius ſupra mentionem feci, vt ſcilicet interſit an teſtamentum nuncupatiuum condiderit, an vero ſecundum formam authenticæ, *quod ſine*, præſcriptam, vt hic opus ſit ſpeciali derogatione, illic autem ea non requiratur, quod vtraque eiuſdem poteſtatis eſſe videatur. Maior itaque difficultas eſt, an, ſi primum teſtamentum expreſſam clauſulam derogatoriam complectatur, idem quoque pronuntiare debeamus, de qua quæſtione, *in § ſi quis autem, hoc tit.*

§. Per

Digitized by Google

§. Per nuncupationem.

SVMMARIA.

1 *In teſtamento nuncupatiuo etiam ſeptem teſtes requiri, item vt vno contextu fiat.*
2 *In teſtamento nuncupatiuo heres palam deſignandus eſt.*
3 *Dictio* palam, *quam ſignificationem admittat.*
4 *An valeat inſtitutio ad hunc modum concepta, inſtituo heredem eum, quem in ſchedula apud talem præſulem depoſita, deſignaui.*
5 *Auctores qui id defendant.*
6 *Argumenta pro hac aſſertione,*
7 *Defenſores repugnantis ſententiæ, cum legum & rationum ſubſidiis.*
8 *Conſideratio auctoris.*
9 *Priorem ſententiam poſſe admitti, ſi conſtet de fide ipſius ſchedulæ, & quæ ad hoc requirantur.*
10 *An teſtamentum in ſcriptis, ſi non habeat omnes ſolemnitates, poſſit valere in vim teſtamenti nuncupatiui.*
11 *Diſtinctio interpretum intereſſe an conſtet de expreſſa voluntate teſtatoris, vt illam ſequamur?*
12 *Diſtinctio eorundem interpetum, eo caſu, quo dubia eſſet voluntas teſtatoris.*
13 *Teſtamenta, quæ hodie frequentantur, plerunque eſſe nuncupatiua.*

CVm duo ſint teſtamentorum genera, vnum in ſcriptis, aliud aũt nuncupatiuũ, & Imperatores de teſtamẽto in ſcriptis hactenus quæ res expoſceret, diſpoſuerint, cõuenienter quoque aperiunt, quę obſeruatio in teſtamento nuncupatiuo adhibenda ſit,
1 oſtendẽtes, & hic ſeptem † teſtes cõuocandos eſſe, & præterea requiri, vt vno & eodẽ tempore teſtatoris voluntatẽ ſine ſcriptura teſtamentũ faciẽtis, audierint. Differt itaq; hæc teſtamenti ſpecies a præcedenti, quod ibidẽ ſcriptura res explicetur, hic vero heres
2 † voce deſignandus ſit, vel, *vt ait IC. in l. heredes, 21. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* palam nuncupan-
3 dus, ita vt exaudiri poſſit. Hæc dictio † *palam*, duplicem ſignificationẽ admittit. Primo, vt idem demonſtret, quod publice facere, vt dum dicimus, mulierẽ palam quæſtũ facere, *l. palã, 43. ff. de ritu nup. l. ſed ſi pupillus, §. proſcribere, ff. de inſtitor. act.* Secundo autem modo ſignificat idẽ quod clare & aperte *l. 1. ff. de ædilit. edict.* dum ædiles venditorem iubent palam enuntiare, ſi iumentum aliquid haberet vitii. Quam diſtinctionem eleganter inſinuat Vlpian. *in d. l. heredes, 21. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* dum ait: *Quid eſt palam? non vtique in publicum, ſed vt exaudiri poſſit*, addit Iuriſconſultus, *non vtiq; neceſſe eſſe, vt omnes exaudiant, ſed ſufficere, ſi ſolemnis numerus teſtium forte pluribus adhibitis, exaudiat.* Cum itaque vtrobique in teſtamento nuncupatiuo auditum exigi videamus, quæſtio eſt, an † va- 4
leat nuncupatio ad hunc modum cõcepta, *Inſtituo heredem eum, quem in ſchedula apud talem præſulem*, ſiue, vt noſtri Interpretes loquuntur: *apud Guardianum Minoritarum depoſita, deſignaui*, valere tradunt † Caſt. *hic n. 3.* 5
Iul. Clar. in §. teſtamentum, q. 36. nu. 2. Did. Couar. in c. cum tibi, extr. de teſtam. nu. 6. Bald. in l. aſſe toto, ff. de hered. inſtit. & ibid. Ang. Natta in præcedenti authent. quod ſine, num. 26. Ferd. Vaſquius de ſucceſſ. creat. §. 17. n. 53. vbi plures refert, Pariſ. conſ. 19. nu. 13. lib. 3. Anton. Gabriel libro 4. commun. concl. tit. de teſtam. concl. 11. nu. 4. Barthol. Socin. in l. ſi ita ſcripſero 38. ff. de condit. & demonſtr. num. 3. verſ. quare ſuccedit tertius caſus dubitabilis, Maſcard. concl. 1352. n. 73. Fran. Mant. de coniect. vlt vol. lib. 4. tit. 3. nu. 11. Boer. deciſ. 240. n. 4. & 5. Gualdenſ. in tit. de teſtam. ordinand. caut. 4. num. 2. Mich. Graſ. in theſaur. commun. opin. in diction. inſtitutio, *q. 16. n. 3. & plures alii, quos referunt Vaſq. Mant. Ant. Gabr.* vnde etiam Iul. Clar. in loco deſignato hãc ſententiam magis communiter receptam commemorat.

Pro confirmatione † huius opinionis va- 6
riæ leges adduci poſſunt, *vt l. ſi ita ſcripſero 38. ff. de cond. & demonſt. l. inſtitutio 10. ff. de condit. inſtit. l. aſſe toto, 73. ff. de hered. inſtit. l. hoc articulo 29. eod. tit. l. quem heredi 35. ff. de reb. dub. l. ait prætor 5. §. fi. ff. de re iud.* quod paria eſſe videantur, vtrum quis expreſſim aliquid declaret, an vero per relationem in codicillis, vel ſimili ſcriptura factam: deinde cõfirmari hæc opinio poteſt per *l. Theopompus 14. ff. de dote prælegat.* vbi dotis conſtitutio, codicillis confertur in arbitrium, ſiue potius definitionem certi hominis.

Contrarium tamen defendunt † Iaſ. *hic* 7
num. 1. Ioan. Sichard. num. 3. Paul. Caſtr. ſecum pugnans *in d. l. ſi ita ſcripſero, num. 3. poſt Iac. de Belloniſo, Philipp. Corn. hic num. 3.* quamuis parum conſtanter, *Donel. nu. 9.* Et in hanc ſententiam quoque inclinat Franc. Aretin. *in l. heredes palam, n. 1.*

Hæc opinio ſuis fundamẽtis deſtituta nõ eſt. Etenim eandem cõmendat præſens noſter §. *qui requirit*, vt teſtes voluntatẽ teſtatoris audiuerint. Secũdo propius vrget *l. heredes 21. ff. qui teſt. fa. poſ.* ex qua intelligim' heredes, ne dũ ita nuncupãdos vt teſtes exaudire poſſint, ſed etiã vt illud fiat palã & clare. Tertio, q cũ expreſſa deſignatio alicuius rei pro forma requiritur, ibi per relationẽ defungi non poſſimus, *c. appellanti, de appell. in 6. c. pen. de iureiur.* Quarto, q cũ in vltima vo-

Digitized by Google

luntate, ne dum ad ſolemnitatẽ, ſed etiam ad cauſſam probationis ſeptẽ teſtes requirantur, vt ſupra oſtendimus, ita abſurdũ videatur, quod priuatam ſchedulam admittere velimus, & occaſionem falſitatis ſubminiſtrare, contra *l. iubemus, h. t.* Quinto, quod illud videatur euincere *l. quotiens, 9. §. ſi quis nomen, ff. de hered. inſtit.* vbi vel nomen heredis exprimendum eſt, vel demonſtratio indubitabili ſigno facienda.

8 In propoſita Doctorum & rationũ † repugnãtia, exiſtimarim vltimam ſententiam eſſe probabiliorem, neque rationes e contrario allatas, illã infringere, q; de teſtamento in ſcriptis loquantur, non autem de teſtamento nuncupatiuo, in quo formam ex ipſa nuncupatione metimur, quodq; Bart. cuius auctoritate pro maiori parte moti fuerunt, *l. ſi ita ſcripſero, ff. de cond. & demonſt.* de inſtitutione non loquatur, ſed de legatis & fideicommiſſis, & ſe ipſum declaret *in l. quæſtionem, num. 5. inf. de fideicom.* Sed quia periculoſum videatur ab ea ſentẽtia, quæ crebrius placuit, temere diſcedere, idcirco arbitrarer, illam amplectendã eſſe cum certa moderatione, vt ita demum valeat, ſi ſcriptura, quæ apud perſonam deſignatã aſſeruatur, indubitata ſit, *d. l. quotiens, 9. §. ſi quis nomen, ff. de hered. inſtit.* Et quamuis Michael Graſ. relatis in ſuam ſententiam aliquot auctoribus in dictione, *inſtitutio, q. 16.* putet, comparationem ſcripturæ ad conſtituendã fidem ſufficere, & in hanc ſententiam quoq; inclinet Bartholom. Socin. *d. l. ſi ita ſcripſero, num. 3.* quod comparatio literarum ante promulgationem *l. comparationes, ſupr. de fide inſtrument.* plenam fidem impetrare ſoleat; tamen ego hanc ſententiam ex eo non probabilem conſtituo, quod in aliis cauſſis duo teſtes ad plenam fidem faciendam ſufficiãt, *l. vbi numerus, ff. de teſtib.* Comparatio autem maiorem auctoritatem non habuit. Certũ vero eſt, ad teſtamenti probationem non duos, ſed ſeptem teſtes regulariter exigi, *vt in princ. noſtræ legis.* Multo autem ſuſpectior eſt ſententia Iulii Clari §. *teſtamentum, q. 4. n. 3.* item Franc. Mant. *lib. 1. coniect. c. 7. n. 7.* dum conſtituunt huic difficultati per illam cautelã quem mederi poſſe, vt tabellio nomen ſuum, & teſtiũ ſchedulæ adſcribat, loquentes tamen de alio caſu non multum diuerſo, ſi teſtator ſchedam quandam proferat in cõſpectum teſtium, quam ſuum teſtamentum eſſe dicat, cum hæc cautela in fumum reſoluatur, quod in poteſtate ipſius tabellionis ſit, quamuis aliam ſchedam conſcribere adiectis nominibus teſtium.

Vt igitur quid meæ ſententiæ ſit, paucis expromam, exiſtimarim huiuſmodi teſtamentum admitti poſſe, ſi de fide ipſius ſchedulæ † conſtaret, vel ex confeſſione ipſius 9
partis, vel multorum, qui eandem ſchedulam fortaſſe ſubſcripſerant, aut ſignauerant, teſtimonio, vt intelligitur *l. miles, 75. ff. de legat. 2.* aut ſi cum ipſa comparatione alię legitimæ cõiecturæ cõcurrerent, quæ, quod deeſſet comparationi, ſarcire poſſent, *vt in l. Theopompus, de dote prælegat.* vbi verba teſtatoris, item præcedens conſtitutio dotis, in perſona alterius ſororis, deinde ipſa rei veriſimilitudo facile impetrarunt, vt Polliano fides accommodaretur, dicenti, patrem voluiſſe, vt filia minor, eandem quantitatem acciperet, quam prior conſecuta erat. Plane non exiſtimo, neceſſarium eſſe, vt ea ſchedula per ſeptem teſtes confirmetur, cum aliud coarguant *l. illa inſtitutio, de condit. inſtit. l. aſſe toto, cum ſimilib. ff. de hered. inſt.* dum nomen heredis in codicillis exprimitur, ſed ſufficere, quod eadem ſcheda ſubnixa commemoratione teſtamentaria, comparationis, & aliarum coniecturarum adminiculis conuenientem & indubitatam fidem impetret, quod ſane ſatis difficile erit, *vt teſtatur hic Philipp. Corn. num. 5.* ita puto intelligi poſſe Didacum Couarr. *in c. cum tibi, de teſtament. num. 7.* dum requirit, vt fides, ne dum indubitata ſit: ſed ne quidem in controuerſiam vocetur, Franc. Aretin. *in d. l. heredes palam, n. 1.* dum in fine ait, *ſolam comparationem, vel ſolos teſtes non ſufficere in cauſſa inſtitutionis, ſed vtrumque requiri,* ita quoque poteſt intelligi Paul. Caſtr. *hic nu. 3.* dum deſiderat, vt de ſcriptura conſtet. Hinc infero, quod ſi quis ſcripturam clauſam proferat, & dicat, ſe illũ heredem nuncupare, qui tali ſcriptura deſignatus ſit, ita demum ſecure teſtari, ſi præter tabellionem etiã teſtes nomina ſua ſcripturæ adiecerint, vt dignoſci poſſint, & ita fortaſſe intelligendi ſunt Iul. Clar. & Mantic. *in locis alleg.* dum mentionem faciunt de teſtiũ nominibus. Nam ſi non ſufficit, q; tabellio nomen ſuum adſcribat, ſed etiam teſtiũ nomina adiicienda ſint, abſurdũ videri poſſit, q; id tabellioni permittatur, cum teſtes hoc modo profiteri nõ poſſint vtrũ ſcheda, quæ nunc pro teſtamẽto proferatur, ſit eadẽ, an vero alia, quam quis fortaſſe fabricauit.

Hac quæſtione expoſita, offert † ſeſe alia 10
controuerſia æque celebris, an ſi quis teſtamentum

mentum in ſcriptis cōponere cœperit, idq; munitum non ſit illis, quæ requiruntur ſolemnitatibus, forte quod vnus ex teſtibus nō ſubſcripſerit, aut nō ſignauerit, *l. ad teſtiū 22. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* §. *ſi quis ex teſtibus, &* §. *ſignum, & l. ſi vnus 12. h. tit.* an valere poſſit in vim teſtamenti nuncupatiui, puta, quod teſtator coram teſtibus voluntatem ſuam ore declarauerit, & deinde illud cōſcribendum curauerit, & adhibuerit alias ſolemnitates, quæ in teſtamēto in ſcriptis requiruntur, vel quod teſtamentum iam ſcriptum teſtibus

11 prælegerit. Et quidem † animaduertimus, Albericūm *hic num. 7.* Fulgoſ. *n. 1.* Caſt. *nu. 2.* Alex. *n. 2.* Iaſon *nu. 3.* Cyn. *n. 2.* Sichard. *nu. 1. & 2.* Bart. *in l. fin. ff. de iure codicill. verſ. quaro vtrum iſta nominatio, Imol. in l. 1.* §. *ſi autem, ff. de hered. inſtit. Iul. Clar. lib. 3. ſent.* §. *teſtamentum, q. 4. num. 2. Ludouic. de Lana in conſ. de forma nuncupatiui teſtamēti, n. 43. Boer. deciſ. 240. n. 6. Mich. Graſ. in theſ. comm. opin. in verb. teſtamentum, q. 11. Ferd. Vaſq. lib. 2. de ſucceſ. creat.* §. *11. nu. 12.* vbi plures more ſuo cōmemorat. Franc. Mant. *lib. 1. de coniect. vlt. volunt. tit. 7. n. 7. Iac. Menoch. lib. 4. præſumt. 2. n. 16. Matt. de Afflict. deciſ. Neapol. deciſ. 143. n. 6. Gozadin. conſ. 3. n. 11. Grammat. deciſ. 62. nu. 8.* in illa eſſe ſententia, quod ſi conſtet, ipſum teſtatorem voluiſſe, vt tale teſtamentum, quod teſtamenti ſcripti formam obtinere videbatur, etiā iure teſtamenti nuncupatiui valeret, vt illud ſequamur, atque teſtamentum ratum ſit; quamuis aliqua ſolemnitas deſit, quæ in teſtamento in ſcriptis neceſſaria eſſet, quod tamen intelligimus, ſi teſtator palā voluntatem ſuam declararit, plane ſi clauſum teſtamentum ſit, hic non diſcederem a ſententia Caſtrenſis *num. 2.* niſi poneremus huiuſmodi teſtamentum vel ſchedam omniū ſcripturis ad minus munitā eſſe, vt aliud teſtamentum ſubiici non poſſit, de qua re ſatis copioſe ſupra *in princip. noſtra legis.*

Quod ſi vero certum eſſet, teſtatorē noluiſſe illud teſtamentū valere, niſi iure ſcripti teſtamenti, hic nō verſabitur in poteſtate heredis, vt ad nuncupatiui teſtamenti interpretationem confugiat, *arg. l. 1. ff. de codicill. l. fin. eod. tit. l. 1.* §. *ſi quis ita, ff. de verb. oblig. Roman. in l. neque profeſſio, n. 13. hoc titul. Grammat. dec. 62. n. 26. Socin. Senior conſ. 142. n. 3. lib. 1. Franc. Mantic. lib. 1. coniectur. tit. 3. num. 6. Iacob. Menoch. lib. 4. præſumt. 2. num. 25.* Porro

12 † ſi dubium illud eſſe proponamus, tres caſus diſtinguēdi erunt. Etenim ſi ea ſolemnitas adhibita ſit, quæ vtrique teſtamēto conuenire poteſt, adeo, vt nihil, neque ex ſubſcriptione, neque ex ſignis, neque etiam ex cauſſa nuncupationis deſideretur, hic ſuſtinebitur teſtamentū ſecundum vtramq; formam, *Cyn. hic n. 2. Fulg. n. 1. Alex. n. 2. Caſt. n. 2. Vaſq. in tract. de ſucceſ. lib. 2.* §. *11. nu. 12. Michael Graſ. in verb. teſtamentum, q. 11. n. 3. Ang. in l. 1.* §. *ſin autem, ff. de hered. inſt. Iac. Menoch. lib. 4. præſumt. 2. n. 14. Matth. de Afflict. deciſ. Neapol. 144. n. 2. Franc. Mantic. lib. 1. tit. 7. n. 4.* Quod ſi vero illud teſtamentū ex ſolemnitatibus ita laborare ponamus, vt neutra forma ſeruata ſit, hic ſane nulla ratione ſubſiſtet, *vt hac noſtr. lege, in princ. & hoc noſtr.* §. *Franciſcus Mantic. d. tit. 7. num. 5. Iacob. Menoch. d. præſumt. 2. nu. 15.* Tertius caſus eſt, ſi aliquid deficiat in teſtamento ſolemni in ſcriptis, adhibita tamen ſit illa obſeruatio, quæ teſtamento nuncupatiuo conueniat, an hoc caſu teſtamentum in vim nuncupatiui valeat. Et quidem Gozadin. *conſil. 3. num. 11. & ſequ. Iacobus Menoch. d. præſumtion. 2. num. 16.* allegans in hanc ſententiam Socinum, Boer. Guil. Benedict. Vaſq. Grammat. præterea Cynum, Corneum, Iaſonem, & alios exiſtimant huiuſmodi teſtamentum valere: mihi tamen magis placet diſtinctio Cyni *num. 1.* Philip. Cornei *num. 7.* Pariſ. *conſil. 46. vol. 3.* Alex. *conſil. 176. volum 3.* & eiuſdem Alexan. *hic num. 2.* Franc. Mantic. *lib. 1. tit. 7. nu. 7. verſic. ſed aduertendum eſt,* vbi alios etiam allegat, intereſſe, vtrum ex coniecturis appareat, an teſtamentum in ſcriptis facere voluerit, puta, quod dixerit, ſe teſtamentum in ſcriptis condere velle, *vt l. contractus, ſupr. de fide inſtrum.* vel quod vocatis teſtibus petierit ab eiſdem, vt teſtamentum ſubſcriberent, & ſignarent, vt, quia inde colligitur, teſtatorem plane in ſcriptis teſtari voluiſſe, non valeat iure teſtamenti nuncupatiui, *arg. d. l. 1. & fin. ff. de codicill. l. genero, cum ſimilibus, ſupr. de iure dot. d. l. 1.* §. *ſi quis, ff. de verborum obligation. item l. contractus, ſupra de fide inſtrumentorum.* Quod ſi vero hæ coniecturæ ceſſent, aliud probemus.

Pro coronide admonendi † ſumus, teſtamenta, quæ hodie frequentantur, eſſe pleraq; nuncupatiua, vt etiam obſeruauit Caſtrenſ. *hic in princip. Philippus Corn. in* §. *ex imperfecto, numer. 13. Viglius in* §. *final. Inſtit. de teſtam. n. 3.* neque obſtare, quod tabelliones adhibeantur, qui ſcriptura teſtamentum ita nuncupatum excipere ſolent: hoc enim non eo conſilio fit, vt teſtamentum aliud nomen induat, ſed vt probationis cauſſa 13

Digitized by Google

tanto expeditior ſit, *l.contrahitur, ff. de pigno-
rib.l.4.ff.de fide inſtrum.* An autem deficien-
tibus poſtea teſtibus, ſine ſolemni publica-
tione, plane ſecuri reddamur, expoſui *in l.2.
hoc titulo.*

§. Si quis autem.

Svmmaria.

1 *Nihil tam naturale, quam eo genere quodque diſ-
ſolui, quo colligatum eſt.*
2 *Moderatio circa propoſitam regulam, quando in
primo teſtamento eſſent extranei inſtituti, in ſe-
cundo vero heredes ab inteſtato.*
3 *An §. noſter intelligendus ſit eo caſu, quo omnes he-
redes ab inteſtato, qui pari ſunt gradu, vocati ſunt,
an vero quo vnus.*
4 *Sententia Franciſci Aretini, quod ſatis ſit, vnum
ſcriptum eſſe.*
5 *Contraria ſententia Alexandri, quam auctor con-
firmat.*
6 *An quæ dicta ſunt de inſtitutione, etiam locum ha-
beant in cauſſa ſubſtitutionis, qua heredes ab inte-
ſtato, in locum extranei ſubſtituti vocantur.*
7 *Sententia Bartoli idem in cauſſa ſubſtitutionis ad-
mittendum.*
8 *Contraria ſententia Baldi & Angeli.*
9 *Tertia ſententia Fulgoſii.*
10 *Diſtinctio auctoris.*
11 *An quæ in hoc §. comprehenſa ſunt, etiam locum ha-
beant, ſi teſtamentum imperfectum ſit, ratione
præteritionis*

HActenus audiuimus, quæ ſolemnia ad
vtrumq; teſtamentum neceſſaria ſint.
1 Porro, cum nihil tam naturale ſit, quam v-
numquodque eodem † modo diſſolui, quo
colligatum eſt, *l.nihil, 35. ff. de reg. iur.* conſe-
quens quoque eſt, vt teſtamentum adeo ſo-
lemniter factum, nuda voluntate non tolla-
tur §. *ex eo ſolo, Inſt. quib. mod. teſtam. infir.* ſed
opus eſt pari ſolemnitate, & etiã teſtamenti
conſummatione, *vt hic & d. §. ex eo, & §. po-
ſteriore, Inſt. quib. mod. teſtam. infirm. l. ſi quis in*
2 *priore. ff. ad SC. Trebell.* Hanc generalem de-
finitionẽ Imperatores eo † caſu moderan-
tur, quo in priori teſtamento extraneus in-
ſtitutus eſſet: in ſecunda vero voluntate te-
ſtator eos ſcripſiſſet, qui ab inteſtato ad eius
hereditatem vocantur, tunc enim hãc ſcri-
pturam quamuis imperfectam, ſi quinq; te-
ſtes adfuerint, iure vltimæ voluntatis ab in-
teſtato præferendam eſſe.
3 Circa hanc caſus propoſitionem prima
controuerſia naſcitur, an † omnes illi, qui ab
inteſtato proximi ſunt, inſtituendi videan-
tur, an vero ſatis ſit, quod vnus ex omni nu-
mero ad ſucceſſionem inuitetur? Et quidem
4 Franc. Aret. † *in l. ſi filius qui in poteſtate 7. nu.
4. verſ. vel poteſt dici, & eſt melior reſponſio, ff. de
lib. & poſthum. hered. inſt.* auctor eſt, ſatis eſſe,
quod vnus heres ſcribatur, idque confirmat
etiam auctoritate *l.2. item l. poſthumus, 12 in
fin. princip. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſta-
ment.* Sed † tamen hiſce Franciſc. argumen- 5
tis nihil derogantibus, præferendam eſſe ar-
bitramur ſententiam Alexandri *hic num. 11.
Iaſonis num. 2. in 5. limitat. Raph. Cuman. in l. ſi
filius qui in poteſtate, ff. de lib. & poſthum. hered.
inſt. Ioan. Sichard. hic num. 4. And. Fachin. illuſt.
controuerſ. lib. 4. c. 6.* exiſtimantium id locum
habere, ſi omnes, qui ꝓpiori in gradu ſunt,
inſtitutos ponamus. Et hanc ſententiam et-
iam potiorem eſſe conſtituo, quod textus
noſter cõſideret, cauſſam inteſtati. Certum
autem eſt, eo caſu non vnum aut alterũ, ſed
omnes, qui eodem gradu ſunt ad ſucceſſio-
nem inuitari, §. *1. Inſt. de hered. quæ ab inteſtat.
defer. item §. ſi plures, Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.
item de ſucceſſ. cognat. in princ.* Secundo, quod
indefinita pronuntiatio lege prolata, pro v-
niuerſali accipienda ſit, *l.1. §. generaliter, ff. de
legat. præſtand.* quodque idem etiam locum
habeat in oratione indefinita ab homine
prolata, quando eadem ratio id ſuadet, *l. ſi
pluribus 44. ff. de legat. 2.* Tertio, quod ratio
requirendi ſolemnem numerum, de qua *in
l. iubemus*, etiam hoc caſu interueniat, cum
inter propinquos, ſi ius æquale nõ ſeruetur,
magna ſoleat eſſe æmulatio, *Inſt. per quas per-
ſon. nobis acquir. §. 1.* Quibus ita cõſtitutis pa-
rum negotii exhibebunt textus ab Aretino
allegati, quia, vt etiam Fachineus animad-
uertit, intelligi debent eo caſu, quo ſtatue-
remus, vnum eſſe gradũ extremum, deinde
nihil noui eſt, ſi ſingularem numerũ in plu-
ralem reſolui dicamus, *d. §. ſi plures, Inſt. de a-
gnator. ſucceſſ. Nic. Euerh. in loco a vi numeri, n.
8. facit l. in vſu, ff. de verb. ſign. item l. ſi cui lana,
ff. de legat. 3.*

Secunda quæſtio eſt, quam mouet hoc
loco Bart. *nu. 3.* an ſi teſtator filium in teſta-
mento ſolemni heredem inſtituiſſet, & ex-
traneum eidem ſubſtituiſſet, poſtea codicil-
lis factis, mutata opinione † proximos ab in- 6
teſtato ad hanc ſubſtitutionem vocaſſet, an
hæc vltima ſubſtitutio valeret. Repugnat e-
nim generalis definitio *l. illud, §. 1. ff. de codi-
cill. item l. ſi idem, inf. de codicill.* ex quibus col-
ligimus huiuſmodi inſtitutiones & ſubſtitu-
tiones directas, codicillis explicari non poſ-
ſe, † ipſe Bartolus tamen contrarium aucto- 7
ritate noſtri textus determinat, vbi fauore
eorum, qui ab inteſtato ſuccedere debent,
quinque

Digitized by Google

quinque teſtes cum reuocatione prioris teſtamēti admittuntur: allegat præterea *l. militis codicillis 36. ff. de teſtam. mil.* qua declaratur, militem codicillis heredem dare poſſe, Bartolo ſubſcribunt Caſt. *hic n.4. Fulg. nu.4. circa fin. Alex. num.7. Iaſon nu.2. verſ. & iſtam opinionem ſequuntur Sichard. num.4. Franc. Aretin. §. hoc inter, hac lege.*

8 Contrariam opinionē defendunt † Bald. *in §. ex imperfecto, n.5. h.t. Ang. in l.1. ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſt. n.3. Ioan. ab Imol. nu.4. Salyc. in l. fidei, ſup. famil. erciſ. Philip. Corn. in §. ex imperfecto hac leg. nu.21. Lud. Rom. conſ.179.* Et hæc ſententia defendi poteſt primo per *l. ſi idem, inf. de codicill. deinde per l.1. & l. fin. ff. eod. tit.* tertio arg. *l. filii, & l. fin. ſupr. famil. erciſc.* vbi pater qui codicillos fecit, inteſtatus decedere dicitur.

9 Eſt deinde & tertia † explicatio Fulgoſii, *hic in fin. Imol. in d.l.1. ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſtam. n.4. Alex. n.8. And. Fachin. lib.4. illuſt. quæſt. c.7.* quod ſi fingamus, huiuſmodi diſpoſitionem iure directo nō valere, quod ſaltem teneat iure codicillorum *l. Scæuola 76. ff. ad SC. Trebell.*

10 In hac varietate † opinionum arbitrarer diſtinguendum, an parēs ſe expreſſe ad codicillos reſtrinxerit, an vero eam nuncupauerit vltimam voluntatem, vt hic Bartoli opinio procedat, cum ſecundum *l. teſtamentū 17. h. tit.* nihil referat, an diuerſis nominibus ſuum teſtamentum nuncupet: vnde, ſi appellet eandem vltimam voluntatem mox codicillos, poteſt videri lapſus eſſe in pronuntiatione codicillorum, vt quoque ab hac ſententia alieni non ſunt Alexander & Corneus. Secundo vero caſu procedat opinio Baldi: in dubio autem admittēda videatur alia ſententia Fulgoſiii & Alexandri.

Quæ dicta ſunt de teſtamento imperfecto, in quo ſuccedentes ab inteſtato admittuntur, Doctores noſtri, *vt Fulgoſ. hic num.3. Angel. num.1. Caſt. num.2. Alex. nu.8. Corn. n.4. Iaſon num.2. Riminald. num.5. Clarus q.97. n.3. Michael Graſ. in verb. teſtamentum, quæſt.86.*
11 *num.4.* declarant, locum † non habere, ſi teſtamentum imperfectum ſit, ratione præteritionis, idque defendunt, *argum. l. ſi filius 7. ff. de iniuſt rup. & irrit. fact. teſtam. & §.1. Inſtit. de exhered. liber.* Et quamuis Bartol. *in l. ſi duobus 12. §.1. ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabul. Viglius Zuichem. in §. ex eo, Inſtit. quibus modis teſtam infirm. num.5. Cuiacius d.l.7. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* contrarium defendant, exiſtimantes etiam in eo caſu per ſecundum teſtamentum ſuperius non rumpi, *argum. d.l. ſi ex duobus, §.1. item l.2. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtamen.* Sciendum tamen eſt, *d.l. ſi ex duobus, §. ſi prius*, circa cuius interpretationem tantopere deſudant noſtri Interpretes, maxime Franc. Aretin. *in d. l. ſi filius 7. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* vt octo varios intellectus perſequatur, circumſtātiis ipſius legis bene ſubductis, nihil cum præſenti definitione habere cōmune. Hic illi, qui ab inteſtato ſucceſſuri erant, infirmato priori teſtamento, ex vltima voluntate admittuntur, illic vero non ipſi, ſed filius, qui priori teſtamento recte exheredatus erat, in poſteriore præteritus ad bonorum poſſeſſionem admittitur, tanquam prius, per hoc teſtamentum ruptum eſſet, & poſterius ex eo laboraret, quod ipſe præteritus fuiſſet. Præteritio autem tunc teſtamentum plane nullum ſolet conſtituere, quando filii cauſſa hoc modo læderetur. Ceterum quod repugnent adhuc *d.l.2. & l. poſthumus, ff. de iniuſt. rupt. & irrit fact. teſtament.* & de tali quæſtione diſſeram *in l. Gallus, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* exiſtimaui eo Lectorem reiiciendum: obiter tamen interea admonendum, multos ex auctoribus poſſe intelligi de iure ciuili, non prætorio.

Lex, Dictantibus, 22.

SVMMARIA.

1 *Dictantibus teſtamenta teſtator legatum adſcribere poteſt.*
2 *Inter dictantem & ſcribentem teſtamentum magnum eſſe diſcrimen.*
3 *Teſtibus in teſtamento legatum, vel fideicommiſſum relinqui poſſe, cum dubitandi rationibus.*
4 *Rationes decidendi.*
5 *Nihil intereſſe, an pauci, an vero omnes teſtes legato ornentur.*
6 *Difficultas circa hanc enuntiationem, ſi quæratur de teſtamento nuncupatiuo.*
7 *An legatarius, ſi de ipſius legato dubitetur, teſtis eſſe (poſſit?*
8 *Negatiua ſententia Baldi.*
9 *Contraria ſententia Viglii & Cornei, quam auctor amplectitur.*
10 *Heres, qui perſonam legatarii ſemel pro ſe probauerit, eandem contra ſe improbare non poteſt.*
11 *An idem quoque in codicillis admitti poſſit?*

DVo reſponſa ex præſenti lege eliciuntur. Primum, quod dictantibus teſtamenta, vel † aliam quamcunque volunta- 1
tem teſtator legatum adſcribere poſſit, idque valeat. Secundum, quod idem quoque in teſtibus non reſpuatur. Quod ad primam ſententiam attinet, habet non leuem dubitandi cauſſam, quod is, qui legatum

ſibi in teſtamento adſcribit, pœna falſi ex lege Cornelia teneatur, *l Diuus, ff. ad l. Cornel. de falſ. item l. 1. & 2. de his qui ſibi adſcripſer.*

2 Pro diſſolutione igitur † propoſitæ quæſtionis, animaduertendũ eſt, inter dictantẽ & ſcribentẽ longum eſſe diſcrimen. Etenim ſi teſtator nõ eius ingenii ſit, vt teſtamentũ per ſe conſcribere poſſit, iubetur conſulere iuriſperitum, *arg. l. 10. ff. de bonor. poſſeſſ. l. codicillis, § fin. alias legi caput eſt, Lucius 88. ff. de legat. 2.* qui nomine ipſius teſtamenta ad conuenientem formam redigat. Hoc enim in ſenſu accipi multæ leges poſſent, *vt l 40 ff. de teſtam. mil. in princ. l. quotiens 9. §. 2 ff. de hered. inſt. l. 2. inf. de his qui ſibi adſcrip.*

Cum itaq; omnibus legari poſſit, quibus illud nominatim prohibitum non eſt, §. *legari, Inſt. de legat.* conſequens quoque eſt, vt his, qui teſtamentum ad poſtulationem teſtatoris conceperint, quod ipſe pro ſuo arbitrio mutare & corrigere poterat, legatũ vel fideicommiſſum relictum, valeat.

3 In teſtibus vero † duæ potiſſimum dubitãdi cauſſæ interueniunt. Prima, quod cum heres hoc officio fungi nequeat, *l. qui taſtamento, ff. 20. de teſtam. §. ſed neq; Inſt. de teſtam.* idem quoq; in legatariis dicendum eſſe videretur. Secunda eaq; vrgentior ambigendi cauſſa eſt, quod ex *l. omnibus, ſupr. de teſtib.* item *l. nullus, ff eo. tit.* intelligamus, quod iura omnibus in re propria dicendi teſtimonium facultatem ademerint. Contrarium
4 tamen cum hic, † tum etiam *d. l. qui teſtamẽto 20. ff. eod. &* §. *legatariis, Inſt. eod.* ex eo definitur, quod iuris ſucceſſores non ſint, *d. l. legatariis.* Ceterum, quia hæc ratio a multis in controuerſiam vocatur, quod non videatur nobis præſtare ab earum legum impreſſione & periculo, quæ ſupra in cauſſam deductæ ſunt, obſeruandũ eſt, legatarium pro teſtamento deponentem, non videri ad ſui vtilitatem teſtimonium ferre, quod ſcilicet eo pertineat, vt inſtitutio heredis tenere poſſit, ad quod ſeptem teſtes requiri intelleximus ex *l. praced.* Itaq; teſtimoniũ eius, cum aliorum depoſitione coniunctum hoc impetrat. Neque ad rem pertinet, quod etiam & ipſe aliquod emolumentum ex huiuſmodi teſtamento conſequatur. Nam illud non principaliter, ſed per quandam conſequentiam illum referre videmus, quod alias tolerari ſolet, *l. 1. in fin. ff. de auctorit. praſtand.* Deinde ad confirmandam huius legati fidem, non conſiderãmus propriũ ipſius teſtimonium, ſed aliorum teſtium, quorum quinq; in legatis & fideicommiſſis ſufficiunt *l. fin. in fin. infr. de codicill.* Nec mouemur contraria argumentatione Aretini *l. qui teſtamento, n. 2. verſ. ſed ſalua reuerentia ſua,* vbi ait, hoc modo futurum, vt vnum & idem teſtamentum valeat, in vim teſtamenti, & codicillorum, contra *l. 1. ff. de codicill. & l. fin. inf. eod. tit.* Reſpondemus enim, quod qua ratione legata & fideicommiſſa codicillis dari, item data in teſtamento adimi poſſunt, *Inſt. de codicill. & l. heredes palam 21. §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* & in iis quinque teſtes ſufficiunt, quod etiam non prohibeat ad confirmationem legatorum ex teſtamẽto debitorum quinq; teſtes admittere. Eſt deinde & alia ratio, quæ tergiuerſantem heredem ſubmouere poteſt, quod ex quo teſtamentum in rem ſuã probarit, vbi huiuſmodi teſtis interuenit, quod nequeat illud in cauſſa legatarii improbare, etiamſi fingeremus, eius teſtimonium neceſſarium eſſe. Non poteſt enim ratione vnius & cohærentis actus teſtimonium ipſius pro parte approbare, & pro alia parte reprobare, *l. ſi quis teſtibus, ſup. de teſtib.* Præter has rationes, quas perſecuti ſumus, etiã alia occurrit, quæ legiſlatoribus hortamento videtur fuiſſe, vt legatarii perſonam non reſpuerent, quod, cum homines a ſuis negotiis ſine detrimento & captione non vſquequaq; auocentur, *l. ſi quis ex ſignatoribus, ff. teſtam. quemad. aper.* quod videantur certo præmio, vt tanto libentius hanc operam accommodarent, inuitandi fuiſſe, *l. ſi quis ita, ff. de rebus dubiis.*

Definitionem ad hunc modum † expli- 5
catam, quidam ita producunt, vt nihil interſit, an pauci, an vero omnes teſtes legato, vel fideicommiſſo ornentur. *Iaſon hic num. 1. poſt Ioan. Fabrum, & Abbat. ab illo allegatos, Ioan. Sichard. num. 5. Arg. in l. qui teſtamento, ff. qui teſtam fac. poſſ. num. 2. Ioan. ab Imol. num 2. Barthol. Socin. in d. l. ſi quis ita, num. 2. Proſp. Farin. lib. 2. de teſtib. tit. 6 q. 60. n. 291.*

Hæc diſpoſitio † difficultatem nõ habet, 6
ſi de teſtamento in ſcriptis quæratur, maxime, quod clauſum ſit, *l. hac conſultiſſima, 20. h. tit.* Quod ſi vero nuncupatiuum eſſe teſtamentum fingamus, hoc caſu diſtinguunt Ang. *in d l qui teſtamento, num. 2. Fel. n. in cap. inſuper, num. 11. & ibidem Abbas num. 9. Iaſon hic num. 2. & alii, quos refert Proſper Farin. d. q. 60. num. 316.* an illud publica tabellionis manu cõfirmatum ſit, an minus, vt hic idoneus teſtis non ſit, illic vero audiatur. Et hanc cõmunem eſſe ſententiam, quamuis ipſe repugnet,

Digitized by Google

pugnet, teſtatur Viglius *in §. legatariis, nu. 10. Inſt. de teſtam.* Sed hanc opinionem refellũt Caſtr. *hic num. 2. Salyc. num. 2. Corn. n. 7. Barth. Socin. d. l. ſi quis ita, num. 5. ff. de reb. dub. Viglius d. §. legatariis, num. 10. Mynſ. ibid. num. 7. Thobias Nonius ibid. num. 9.* vbi in hanc ſententiam allegat Ioan. Fabrum, Aret. Bart. Bald. Imol. Caſtr. & alios, idemq; defendit Franc. Aretin. *in l. qui teſtamento, ff. qui teſtam. facere poſſ. num. 2.* Campeg. *in tractat. de teſtib. regul. 63. in 2. fallent.* Proſper Farin. *d. q. 60. num. 307.* quod hoc modo futurum ſit, vt aut teſtes ſimus in propria cauſſa, aut totum teſtamentũ ex fide vnius tabellionis pendeat. In hac expoſitionis varietate neutram ſententiam ſcrupulo carere inuenio, maxime vero vltimam. Durum enim eſſe videretur, ſi, cum omnia teſtamenta hodie pene ſint nuncupatiua, noſtra interpretatione eo rem committamus, vt definitio Imperatorum plane inutilis reddatur. Cum enim omnes illæ rationes, quas in teſtamento in ſcriptis perſecuti ſumus, hic quoque interueniant, cauſſa non eſt, vt eandem iuris diſpoſitionem reſpuamus. Nec mouent rationes a Doctoribus noſtris ponderatæ: negamus enim legatarios eſſe teſtes in cauſſa propria, vt illud antea oſtendimus. Pari ratione non concedimus, teſtamenti nuncupatiui fidem ab vno tabellione pendere, cum manus ipſius non ſufficiat, ſed teſtes poſt mortem teſtatoris interrogandi ſint, vt expoſuimus *in l. 2. & l. 18. hoc tit.*

7 Sed maior difficultas eſt, †*an legatarius, ſi de ipſius legato quæratur, idoneus teſtis eſſe intel-*
8 *ligatur.* Etenim hoc negare videntur †Bald. *hic num. 1. Ang. n. 1. Caſtr. num. 2. Fulgoſ. nu. 2. Salyc. num. 2. Iaſon num. 3. Alex. num. 2.* vbi ait, hanc eſſe communem opinionem, *Bart. in l. qui in teſtamento, ff. qui teſtam. facere poſſ. nu. 1. Imol. num. 2. Barthol. Socin. in d. l. ſi quis ita, n. 6.* vbi pariter hanc cõmunem opinionem eſſe declarat, quamuis inclinet in contrariam ſententiam. Menoch. *arbit. quæſtion. libro 2. caſu 106. num. 14.* Maſcard. *de probat. lib. 2. concluſ. 970. num. 4.* Vrgent enim definitionem *d. l. de omnibus, & l. nullus.* Ego tamen puto
9 præferendam eſſe ſententiam Cornei †*hic num. 4.* Viglii *in d. §. legatariis, num. 10.* Iaſonis *in l. qui teſtamento, num. 6.* Thobiæ Nonii *d. §. legatariis, n. 9. & 10. verſ. cõtrarium tamen*, exiſtimantium etiam hoc caſu legatarium te-
10 ſtem eſſe poſſe, quod heres, qui † perſonam ipſius approbauit ex ſucceſſione cõtra ſe, illum teſtem habere, dedignari non debeat. Nec ad rem pertinet conſideratio quorundam, quod hoc modo futurũ ſit, vt, ſi ſemel aliquem in teſtẽ produxerim, & aliqua controuerſia inter me & eundem oriatur, quod non poſſim contra ipſius perſonam excipere, quod ſane abſurdum eſt. Etenim cum teſtamentum actum indiuiduum contineat, erubeſcenda videtur temeritas, ſi heres illũ pro ſe idoneum eſſe conſtituat, & contra ſe vero eſſe neget, *d. l. ſi quis teſtibus*, cum, quod ipſius perſonæ deſit, auctoritate aliorum teſtium ſuppleatur. Et hæc quidem ſine difficultate procedunt, ſi ſtatuamus ſeptem teſtes neceſſarios eſſe. Quod ſi vero concedamus, quinque ſufficere, vt antea defendi, hic communis ſententia admittenda videretur, vt in horum numero eius perſona nõ computetur, quod hi teſtes non tam ſolemnitatis cauſſa, quam probationis ergo requiratur: quamuis me non prætereat, Vigl. Zuichemum *d. §. legatariis*, quoque hoc caſu ipſius teſtimonium non reſpuere; quod etiam hoc modo codicilli confirmentur. Itaque admitti † poſſet ipſius conſideratio, ſi ex 11
perſonis, & aliis circumſtantiis id cõſtituendum videretur: aut ſi heres producendo codicillos eoſdem facto ſuo comprobaſſet. Si enim illud obtinet in cauſſa teſtamenti, vt ante oſtendimus, & fatetur hoc loco Caſtr. *n. 2.* Salyc. *n. 2.* Corn. *n. 5.* Farin. *d. q. 60. n. 298.* vbi plures refert, non animaduerto, quare illud in codicillis reſpuendum ſit, cum ſua ipſius confeſſione hoc modo conuincatur *d. l. ſi quis teſtibus, & c. cum olim, extr. de cenſib. l. publia, §. fin. ff. depoſiti.*

Lex, Conſulta diualia, 23.

SVMMARIA.

1 *Ratio, quod teſtamenta publicari debeant.*
2 *Solemnitas, quæ in hac publicatione requiratur.*
3 *Quæ ſunt voluntariæ iuriſdictionis apud alium iudicem explicari non poſſunt, ſi certus iudex ad hoc deputatus ſit.*
4 *Imperator clericis denegare poteſt, quæ ſunt ſecularis iuriſdictionis.*
5 *Intellectus horum verborum,* Quod clericis opprobrium ſit, ſi velint ſe oſtendere peritos diſceptationum forenſium.
6 *An teſtamentum apud iudicem laicum publicari debeat, ſi clericum inſtitutum ponamus?*
7 *Incongruam inſinuationem, & publicationem nullius eſſe momenti, nõ prohiberi tamen quem competenti inſinuatione huic errori ſubuenire.*

QVod intelleximus *l. 2.* item *l. teſtamenta, hoc tit.* ad confirmationem teſtamenti, ſiue in ſcriptis, ſiue etiam nuncupatiui, re-

Digitized by Google

quiri quoque ſolemnitatem publicationis, vt ſcilicet poſt inſinuationem apud competentem Iudicem, quem præſens conſtitutio in vrbe Conſtantinopolitana magiſtrũ cenſus eſſe declarat: in prouinciis vero defenſores ciuitatum, *in §. nulla, de defenſor. ciuitat. Nouell. 15. gl. in l. 18. h. t. in verb. translatio. Phil. Corn. in d. l. 2. n. 7.* teſtamẽta aperiantur, & in publica monumenta conferantur, vt ſi cõtingeret originale teſtamentũ fortuito caſu intercidere, parata fides eſſet, vnde aliud teſtamenti exemplar deprompi poſſit. Hoc
1 præſenti in conſtitutione † repetitur addita ratione non eſſe concedendũ, vt ſuprema vota deficientiũ ex incongrua inſinuatione aliquid periculi, vel, vt textus ait, euerſionis cõtraherent. Quæ res Doctores noſtros erroris conuincit, dum putant vnam tabellionis manũ nobis ab huiuſmodi periculo præſtare poſſe. Si enim acta incõpetentis Iudicis hoc auctoritatis non habent, quanto minus illud cõſequetur vnius notarii ſcriptura, cui publicandi poteſtatẽ in teſtamẽtis conceſſam eſſe, nuſquam legimus.

2 Obſeruandum autem † eſt hãc ipſam publicationem certam ſolemnitatem requirere, vt ſcilicet vocentur omnes illi, quorum intereſt, *arg. c. ſignificauit 41. de teſtib. & c. fin. de fid. inſtr. l. Diuus, ſup. de adop. l. in cauſſæ, §. fin. ff. de minorib. in integr. reſt. l. 1. § denuntiare, ff. de ventr. inſpic. Bald. in l. publicati, h. tit. num. 2. Ang. n. 4. Caſt. n. 1. Fulg. n. 2. Salyc. n. 5. Alex. n. 8. Sichard. num. 4. Iaſ. num. 7. Corn. ibid. nu. 3. & ante omnes Bart. n. 1. idem Corn. hic n. 8.* Præterea neceſſe eſt, vt omnes teſtes vocentur ad recognoſcenda ſigilla ſua: ſiquidem teſtamentum in ſcriptis ſit, *l. 4. cum aliquot legibus ſeqq. ff. teſtam. quemad. aper.* Idem quoq; ſi teſtamentum eſſe nuncupatiuum ponamus, vt ſcilicet præſentes aperiant, quæ voluntas defuncti fuerit, *argu. d. l. publicati, l. teſtamenta 18. & hac noſtra lege,* quæ indiſtincte publicationem exigunt, idque etiam affirmant Doctores ſupra a nobis allegati, quo caſu ſecundum Baldum *in d. l. publicati, nu. 4. Corn. nu. 12.* neceſſarium erit, vt quædam poſitiones ſeu interrogatoria conſtituantur, ſuper quib. teſtes deponere poſſint. Exiſtimo tamen, illud arbitrio Iudicis committendum eſſe. Quid enim prohibet, teſtes etiam citra articulos, aut interrogatoria, de voluntate teſtatoris deponere, ſi Iudex inſinuationis iubeat illos ſimpliciter expromere, quæ audiuerint. Porro, quia memoria hominum labilis eſt, & non omnes in narranda re geſta eodem ordine vtuntur, hoc caſu adiuuandæ memoriæ cauſſa, poterit excerpere quædam interrogatoria, & omnes teſtes ſecundum eorum ſeriem percunctari, & quæ ab illis dicta ſunt, ſcripto per attributum officio amanuenſem complecti.

Præterea notandum eſt, quod quamuis ea, quæ ſunt voluntariæ iuriſdictionis, ſæpe apud diuerſos Iudices explicari poſſint, ꝙ
† tamen illud locum non habeat, vbi certus 3
Iudex explicandis huiuſmodi negotiis deſignatus eſt, *vt hac noſtra lege, & l. repetita, ſupra de epiſcop. & cleric.* quia quod vni ſpecialiter committitur, id alii denegari videtur, *l. 2. ſup. de ſponſal.* Qua de cauſſa quamuis Imperator non videatur habere iuriſdictionem in clericos *cap. eccleſia ſancta Maria, de conſtitut. cap. bene, diſtinct. 96.* tamen recte illis ea
denegare poteſt, quæ ſunt † iuriſdictionis ſe- 4
cularis, cum quilibet inter iuriſdictionis ſuæ fines conſiſtere debeat, *cap. nouit, extr. de iudiciis.* Quamuis enim clerici ex certis cauſſis ſibi iuriſdictionem etiam in laicos vindicent, *vt cap. duo, diſtinct. 96. c. licet mulieres, de iureiur. c. decernimus, de ſentent. excomm. in 6. c. ſeculares, de foro competent. cap. quanquam, de vſur. in 6. de quibus Bald. hic num. 2. Ang. num. 1. Caſtr. num. 2. Salyc. num. 3. Corn. num. 14.* veluti, ſi Iudex eccleſiaſticus mandet, ne teſtamentum vſurarii obſeruetur, tamen in his, in quibus iuriſdictio eccleſiaſtica fundamentum non habet, aliud probandum eſt, ipſius enim Imperatoris eſt conſtituere, qui quibus officiis præeſſe poſſint, aut debeant, *vt hic & lege vnic. de crimin. ambit. l. penult. infra ad legem Iul. repetund.* Accedit & alia conſideratio noſtri textus, quod abſurdum ſit, ſi promiſcuis actibus rerum turbentur officia,
† quodque opprobrium ſit clericis, ſi velint 5
ſe oſtendere peritos diſceptationum forenſium. Quæ res meo iudicio illam interpretationem non habet, vt plane arceri debeant a cognitione legum, vel etiam frequentandis Iuriſperitorum lectionibus, de qua re *cap. ſuper ſpecula, ne cleric. vel monach.* ſed quod illis abſtinendum ſit a ſtrepitu forenſium cognitionum, & lucelli alicuius deformi compendio. Nam alioquin ipſarum legum cognitionem a clericis non eſſe alienam, neque debere, oſtendunt commentaria Pontificis Innocentii, Hoſtienſis, Zabarellæ Alexandrini, Pariſii, Albani Cardinalium: deinde Panormitani, Felini, Anchorani, & omnium pene iuris canonici Interpretum, qui ſua legib. cõfirmare coguntur.

Mouetur

Digitized by Google

Mouetur a quibuſdam hoc loci ſcrupu-
6 lus, *An † ſi clericus heres inſtitutus ſit, & legatarii petant teſtamentũ inſinuari apud magiſtrum cenſus, ſiue alium iudicem competentem, & ſecularem, id impetrare debeant*, & videtur non debere, quod inſinuatio non vocatis illis, quorum intereſt, nullius momenti videatur, vt ſupra diximus, & Iudex laicus in clericos nullum imperium habeat, *cap. ſi diligenti.* Contrarium tamen conſtituunt Salycetus *hic num. 2.* poſt Baldum, Corneus *nu. 11.* neque mutare, quod clericus a Iudice ſeculari citari non poſſit. Etenim cum edicto omnes illi vocentur, quorum intereſt, *cap. fin. de electiõ. in 6. cum in tua, qui matrim. accuſ. poſſ.* per conſequens etiam ſui poteſtatem facere cogitur. Præterea cum heres cogatur ſequi forum ipſius defuncti *l. heres abſens, ff. de iudiciis*, non abſurdum eſſet, ſi & clericum eius rei nomine pertinere ad iuriſdictionem ſecularem dicamus, vt beneficium laicorum cum ſuis cauſſis complectatur, *c. ſi cõſtitutus, de reſtit. in integ.* Hæc res tamen alterius loci eſt, & altiorem indaginem requirit.

Videndum autem hoc loco eſt, ne interpretatio gloſſæ in dictione *auri*, item Franc. Aretin. *hic in 3. notab.* nobis imponat, dum ſtatuunt, ex incongrua inſinuatione, teſtamentum non vitiari. Contrarium enim aperte reſpondent Bart. Bald. Fulg. Corn. *in ſuis ſummariis.* Vnde pro cõciliatione ſcien-
7 dũ eſt, hanc † inſinuationem & publicationem nullius eſſe momẽti, *vt in fine noſtræ legis*, non tamen prohiberi inſinuantem, quo minus huic errori medeatur, inſinuatione apud competentem Iudicem poſtea inſtituta, Salycetus, Alexander, Iaſon *in ſuis ſummariis.*

Lex, Ambiguitates, 24.

SVMMARIA.

1. *Teſtamentum ex ordinis turbatione non vitiari.*
2. *Dubitandi cauſſa in præſenti conſtitutione.*
3. *Decidendi rationes.*
4. *An teſtamentum ex eo corruat, quod teſtator in dictando ordinem non ſeruarit.*
5. *Ordo neglectus vitiat diſpoſitionem, ſi ſubſtantialis ſit.*
6. *Formam & ſubſtantiam ipſius rei vel diſpoſitionis, ſæpe ex ipſa concluſione metimur.*

1 DEfinit Imperator † teſtamentum ex ordinis turbatione non infirmari, ſi fortaſſe legata ante heredis inſtitutionem reli-
2 cta ſint: Quãuis enim † ordinis inuerſio ea, quæ agimus, vitiare ſoleat, *l. prolatam, infr. de ſentent. & interloc. omnium iud. l. moribus, 2. §. ſi prius, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. cap. cum dilecta, extr. de reſcrip. cap. venerabili, de offic. deleg.* & abſurdum videatur, quid inædificare, antequam fundamenta ieceris, *l. egi, ff. de except. rei iudicat.* & inſtitutio heredis, caput ſit, atque fundamentum ipſius teſtamenti, *§. ante, Inſtit. de legat. l. 1. §. final. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. & l. vltim. de iure codicill.* tamen
† cum Imperator animaduerteret, vitio ta- 3
bellionum, aut aliorum, qui teſtamẽta conſcribunt, huiuſmodi labem plerumq; contrahi, noluit ex eo nouiſſima hominum vota, & preces, quæ omni fauore dignæ ſunt, *l. omni modo, ſupr. de inoffic. teſtam. & l. 1. ſupr. de ſacroſanct. eccleſ.* periclitari, quod etiam in aliis erroribus receptum eſſe animaduertimus, *l. errore, 7. hoc tit. l. Imperator, ff. de ſtat. homin. l. ſi librarius, ff. de reg. iur.* Sed quid ſi cer-
tum ſit, ipſum teſtatorem † in dictando im- 4
pegiſſe, an ne definitio iuris antiqui adhuc locum habitura eſt? Verba noſtræ legis aliqua ratione illud præ ſe ferre videntur: ſi tamen mentẽ ipſius Imperatoris intueamur, aliud probandum eſſe ſtatuimus. Erat eñi officium ipſius tabellionis, teſtatorẽ ſui erroris commonefacere, cum ipſe in eo genere ſcribendi verſatus ſit, aut eſſe debeat, *l. argentarius, ff. de edend.* quod cum non fecerit, culpa ipſius eſſe videtur, non autem teſtatoris. Præterea certum eſt, quod ea, quæ frequentioris vſus cauſſa conſtituuntur, generalem diſpoſitionem non lædant, *Nouell. conſtit. caſſa, ſupr. de ſacroſanct. eccleſ.* vbi de hac quæſtione copioſius. Qua de cauſſa etiam noſtri Interpretes nihil diſtinguunt, immo Bald. Franciſ. Aretin. Philipp. Corn. Alberic. apertte etiam *in ſuis ſummar.* mentionem faciunt de errore teſtatoris. Porro, ſciendum eſt, non omnem incogitantiam tabellionis, vel ſcribentis excuſationem habere, ſi circa illa, quæ ſubſtantialia ſunt, labatur, veluti, quod alium heredem ſcribat, quam nominatus ſit, *l. quotiens 9. ff. de heredit. inſtit.* aut ſi ſolemnem numerum teſtium non adhibuerit, *l. ſi vnus, hoc t.* de qua re fuſius *in l. errore, 7. hoc tit.* Conſequens eſſe videtur, vt dubitandi rationibus ſupra a
nobis propoſitis ſatisfaciamus. Ordo † ne- 5
glectus tunc tunc demum vitiat cõtractum, teſtamentum, vel alia, quæ geruntur, ſi is ſubſtantialis ſit, quemadmodum in præſenti quæſtione antiquitus fuit, quod leges talem ordinem exigerent. Iuſtinianus autem, vt ſubueniret teſtamentis, exiſtimauit, parum intereſſe, quo pacto quis voluntatem

Digitized by Google

ſuam exprimet, modo illa perfecta eſſet:
parũ enim ad ipſius conuenientem declarationem
intereſſe, an legata præcederent,
an ſequerentur. Nec mouent, quæ de fundamẽto
& capite dicta ſunt. Etenim quemadmodum
in ceteris rebus rei nomen &
6 ſubſtantiam quodammodo † metimur ab
ipſa concluſione, *l. ſi voluntate*, 8. *ſupr. de reſcind. vend.*
item a conſummatione ipſius rei
l. ſi is qui quadringenta 80. *ff. ad legem Falcid.* ita
nihil prohibet, ipſam inſtitutionem in finem
huius diſpoſitionis reiicere, *argum. l. doli clauſula, ff. de verbor. obligatio.* vt ei & nomen,
& vires conciliet, *d. l. ſi is qui quadringenta.*
Cuius rei exemplum in ſimulachro,
vel ſtatua proponi poteſt, quam ex conſummatione
æſtimamus, nec referre putamus,
vnde ſtatuarius vel pictor initiũ duxerint, a
capite, corpore, vel pedibus.

Lex, Præpoſteri, 25.

Summaria.

1 *Quando diſpoſitio dicatur eſſe præpoſtera.*
2 *Præpoſteri vitium primo a Leone Imperatore in dotibus, & nunc a Iuſtiniano generaliter ſublatum eſſe.*
3 *Difficultas ex l. huiuſmodi 64. ff. de verbor. obligationibus, vbi idem antea ſtatutum fuiſſe videtur.*

IVſtinianus nihil a priori conſilio de ſuſtinendis,
vltimis voluntatibus deflectens, etiam
aliam teſtamenti ſubuertendi occaſionem
tollendam eſſe exiſtimauit, quæ inde
manare & exſiſtere ſolet, quod teſtato-
1 ris † voluntas præpoſtere concepta eſſet,
veluti ſi teſtator alicui ita legaſſet, *Si nauis ex Aſia quandoque venerit, heres ſecunda die mortis mea centum aureos dato*, vel ita: *Pridie quam legatarius morietur, ipſi centum florenos dato, Inſtit. de leg. §. poſt mortem.* Quãuis eñ natura
hoc nõ videatur cõcedere, & impoſſibilium
nulla ſit obligatio, *l. impoſſibilium, ff. de regul. iur.* tamen Iuſtinianus ſecutus exemplum
2 Leonis † Imperatoris, qui prius in dotibus
illud conſtituerat, generaliter hanc reprehenſionem
ſiue labem tam in cõtractibus,
quam in vltimis voluntatibus tollendam, ſiue
lege vindicandam exiſtimauit, *vt hic, & §. item ſi quis, Inſt. de inutil. ſtipul. d. §. poſt mortem, Inſt. de leg.* Sed ſcrupulum faceſſit, quod
idem obtinuiſſe videamus ante multa Iuſtiniani
ſecula, cum exſtet reſponſum Africani,
qui floruit ſub Imperatore Commodo,
3 & Marco Aurelio, † *l. huiuſmodi, 64. ff. de verbor. obl.* in hæc verba: *Huiuſmodi ſtipulatio interpoſita eſt, ſi Titius conſul factus fuerit, tum ex hac die in annos ſingulos dena dare ſpondes; vtilem eſſe huiuſmodi ſtipulationem.* Omiſſis aliorum
ſolutionibus amplector cõciliationem
Alciati *nu. 2.* & Cuiacii *ibidem in princip.* non
videri prępoſterationem, cum expreſſim id
agatur, vt cauſſa ſolutionis referatur ad tempus
interpoſitæ ſtipulationis: Obligatio enim,
vt ait Cuiacius, ex euentu conditionis
contrahitur *l. cedere diem, 213. ff. de verbor. ſig.* ſed
cauſſa ipſius in ſolutione repræſentanda
eſt a tempore cõuentionis. Quod & ipſum
confirmatur *in l. lecta, in fin. ff. de reb. cred. & l. cum quidam, §. fin, ff. de vſur.*

Lex, In Teſtamentis, 26.

Summaria.

1 *Ad teſtamenti ſolemnitatem requiri, vt teſtes rogentur.*
2 *Quæ forma rogationis in teſtamento nuncupatiuo recepta fuerit.*
3 *Cur Iuſtinianus formalia verba ſuſtulerit?*

CVm Imperator per ſuſceptæ deliberationis
& beneuolentiæ veſtigia decurrens,
priſcæ ſeueritatis detecta vulnera ſanare
conaretur, & ſublatis multis vitiis indignum
eſſe conſtitueret, vt ex inani verborũ
ſolemnitate, quæ ad declarationem principalis
voluntatis minime pertinerẽt, vltima
morientium arbitria in diſcrimen vocarentur,
l. quoniam indignum 15. hoc tit. officii quoque
ſui eſſe exiſtimauit, vt neceſſitatem formalia
verba, de quibus in textu, proferendi,
remitteret. Sciendum enim eſt, quod † cum 1
ad teſtamenti factionem pertineat, vt teſtes
rogentur, vt aduertere ad ea velint, quæ ordinentur,
vt ſuo loco & tempore teſtimonium
de re geſta perhibere poſſint, *l. heredes 22. §. fin. ff. de teſtamen.* Scrupuloſior quorundam
Iuriſperitorum diligentia eo iuris, &
conſuetudinis hanc rem reuocauit, vt teſtamentum
nuncupatiuum periclitaretur, † ſi 2
teſtator hæc formalia verba omiſiſſet, eos
propterea vocatos eſſe, vt ſine ſcriptis ſuam
voluntatem coram illis declararet, & teſtamentum
ſuum componeret. Etenim illud
alienum † a re videri debet, quod res ipſa 3
poſtea aperiret, quę ipſius ipſius intentio fuiſſet.
Sufficit itaque generalis admonitio, vt
attenti eſſe velint, & eorum ſuo tẽpore meminiſſe,
quæ teſtator diſpoſuiſſet. Nam ſi
poſtea heredem voce nuncupet, *l. heredes palam 21. l. hac conſultiſſima, §. per nuncupationem hoc titul.* illud ſatis eſſe conſtituo, ad
colligendum, quale teſtamentum condidiſſet.

Lex,

Digitized by Google

Lex,Sancimus,27.

SVMMARIA.

1 *Quis cenſeatur perſeuerare in ea voluntate, quam ſemel expromſit.*

2 *Antiquata conſtitutio Theodoſii, quæ ex ſolo temporis interuallo, infirmationem teſtamenti inducebat.*

3 *Conſiderata quædam incommoda, quæ ex diuturnitate temporis naſci poterant.*

4 *Rationes, quod Iuſtinianus his non obſtantibus præſentem conſtitutionem ediderit.*

5 *Teſtator ſuum teſtamentum reuocare non prohibetur, modo illud ſolenniter fiat, vel apud acta tribus ad minus teſtibus adhibitis.*

6 *Notata quædā contraria, circa propoſitam Iuſtiniani definitionem.*

7 *Diſtinctio Bartoli, an quis ſimpliciter hæc verba protulerit, quod nolit prius teſtamentū valere, ſed illud reuocet, an vero addiderit, ſe propterea prius teſtamentum reſcindere, vt inteſtatus decederet.*

8 *Contraria ſententia Caſtrenſ. & Fulgoſii, quod neutro modo teſtamentum rumpatur cum argumentis.*

9 *Non valere conſequentiam, teſtator prius teſtamentum reuocare voluit, ergo illud propterea fecit, vt heredibus ab inteſtato conſuleret, cum ſubiectis rationibus.*

10 *Intellectus l. militaris, §. veteranus, ff. de teſtament. milit.*

11 *Veteranus quis dicatur.*

12 *Intellectus l. qui ex liberis §. fin. ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.*

13 *Interpretatio præſentis legis.*

14 *In emendatione & mutatione prioris teſtamenti, omnia ex integro facienda ſunt, aliud autem eſſe, ſi heredes ab inteſtato ſuccedere velint.*

15 *Tempus non eſſe idoneum ad tollendum ſolenne teſtamentum:*

16 *Vnum teſtamentum per aliud tollitur, ſi illud perfectum ſit.*

17 *Prius teſtamentum, quod clauſulam derogatoriam habeat, per aliud non infirmatur, niſi ſpecialis reuocatio teſtamenti fiat.*

18 *Quibus verbis hæc ſpecialis derogatio concipi debeat.*

19 *An ſi prius teſtamentum iureiurando confirmatum ſit, per poſterius tolli poſſit, diuerſæ Doctorum ſententiæ.*

20 *Negatiua ſententia Specul. & Hoſtienſis.*

21 *Contraria ſententia Salyceti.*

22 *An teſtator hoc modo reuocando, periurium contrahat.*

1 CVm quis in ea voluntate, † quam ſemel exprōſit, perſeuerare intelligatur, *l. eum, 22. ff. de probat. l. cum tacitū, 3. cod. l. Lucius, 32. in fin. ff. de legat. 2. l. Paula, 27. §. 1. ff. de legat. 3. l. cum hic ſtatus 32. §. pœnitentiam, ff. de donat. int. vir. & vx. c. maiores, §. fin. de baptiſmo, Iac. Menoch. lib. 6. præſumt. c. 27. nu. 1. Alciat. in tract. de præſumt. præſ. 2. reg. 16. n. 1. Maſcard. concl. 1416. n. 1. Nic. Euerh. in loco a tēpore ad tempus, nu. 6.* vbi oſtendit, hanc præſumtionem in omnibus prædicamentis Ariſtot. vt quod ſemel fuit, adhuc eſſe ſtatuamus procedere, & tēpus non ſit modus introducēdæ, vel tollendæ obligationis, aut alicuius rei, *l. obligationū fere, §. placet, ff. de oblig. & act.* non inconſiderate Iuſtinianus abrogare videtur conſtitutionem Codicis Theodoſiani *l. 6. de teſtam.* quæ ex † ſolo tēporis interuallo teſtamenti 2
infirmationē inducere videbatur, & ſi quæ ſunt aliæ leges, aut cōſtitutiones ad hāc rem pertinentes, quas ea de cauſſa latas cōſtituo, vt † ſubmouerentur incōmoda, quæ ex diu- 3
turnitate tēporis naſci ſolent: cū enim teſtamenta aut ſint in ſcriptis, aut nuncupatiua, vtrumq; ex tēporis ſpatio periclitari videbatur, maxime nuncupatiuū, quod vno ex teſtibus mortuo, illud nullius momēti redderetur, ſecundum ea, quæ explicaui *in l. publicati, hoc. t.* accedebat, q; memoria hominum fluxa & labilis ſit, *l. peregre, 44. ff. de acq. vel amitt. poſſ.* vt obliterata diſpoſitionis memoria, æque teſtamentum in diſcrimen vocari poſſit. Præterea dies multarum rerū viciſſitudinē adferre ſolet, vt, qui antea heres inſtitutus erat, vel cui legata & fideicommiſſa relicta fuerant, mutata cauſſa inſtitutionis, vt ſunt humana, *l. in confirmanda, ff. de confirmand. tutor. l. 3. ff. de adimend. legat. l. hereditas, inf. de his quib. vt indign.* in aliena cauſſa, quā vt adhuc eadē mereretur, cenſeri poſſet. Pari ratione is, qui antea pauper erat induſtriȩ, vel fortunæ beneficio, tanto annorū ſpatio multo cumulatior reddi poterat, & contra, qui locuples, excidere facultatibus, *d. l. in cōfirmando, item l. 3. §. ſi tutor, ff. de adminiſt. tut. & curat.* Iuſtinianus † tamen his dubitandi 4
cauſſis poſthabitis, fauorem vltimȩ voluntatis præferendū eſſe exiſtimauit, q; voluntas teſtatoris ſolemni teſtamento cōprehenſa, nudo temporis curſu ſublata non intelligatur, *vt dictum eſt*, ex quo teſtator habuerit facultatē, ſi ipſi heredes aut legatarii diſplicebant, quæ ab eo ſtatuta erant, reſcindendi, recte inferens, quod ſtare non prohibeatur, quod diſerte mutatum non ſit, ne, dum incertis coniecturis innitimur, contra *l. continuus, 137. §. cum ita, ff. de verb. oblig.* quæ certa ſunt, ſubuertamus, *l. non omnium, ff. de legibus*, abſurdum videri ſtatuens, ſi is, qui teſtamentum fecit, & nihil cōtrarium voluit, inteſtatus efficiatur. Etenim cū certi ſint modi infirmandi ipſius teſtamenti, *Inſtit. quibus mod. teſtam. infir.* inter hos tempus non de-

prehenditur Nec mutant illa incommoda, de quibus antea mentionem feci, cum ſtatuere debeamus, illa nõ interueniſſe, vel teſtamentũ aliis adminiculis, quæ ab hoc diſcrimine illud muniant, ſubnixum eſſe, veluti, ſi apud acta ab ipſo teſtatore inſinuatum fuerit, vel ſi oblatum mera fide precibus in ſcrinio Principis deprehendatur, *l. omnium, 19. hoc titul.* aut denique ſi ſcriptura intercedente teſtamentum tale, ex morte teſtium non infringi, ſecundum Viglium fingamus. Quæ res tamen apud me dubia eſt, vt admonui *in d. l. publicati.*

Porro, ſi proponamus, mutatam eſſe teſtatoris voluntatem, hoc caſu ipſe Imperator
5 diſtinguit, † vtrum hæc reuocatio facta ſit, per aliud ſolemne teſtamentum, an minus, vt primo caſu tollatur prius teſtamentũ, *vt hic & §. poſteriore, Inſt. quib mod. teſtam. infirm.* Secundo vero caſu, nõ aliter illud admittendum ſit, quam ſi contrariam voluntatem inter acta, vel apud teſtes idoneos nõ minus tamen quam tres, manifeſtauerit, & decennium, a quo eius teſtamentum factũ fuit, emenſum ſtatuamus.

6 Hæc Imperatoris diſtinctio † ſua offendicula, cum quibus conflictetur, habet. Nam, quod ad primum membrum attinet, id ex eo laborare videtur, quod *l. 1. §. ſi heres, ff. ſi tabul teſtam. nullæ extat.* intelligamus priorẽ voluntatem etiam alia ratione tolli in verba ſequentia: *Si heres inſtitutus non habeat voluntatem (defuncti) vel quia inciſa ſunt tabulæ, vel quia cancellatæ vel qua alia ratione teſtator voluntatem mutauit, voluitque inteſtato decedere, dicendum eſt, ab inteſtato non habituros eos, qui bonorum poſſeſſionem acceperunt.* Accedit, ꝙ *l. hac conſultiſſima, §. ſi quis autem, hoc titul.* caueatur, valere reuocationem prioris teſtãmenti, quamuis aliud ſolemne non ſit, modo in ſecundo inſtituti ſint illi, qui ab inteſtato ſuccedere poterant, & quinque teſtes interfuerint. Tertio, quod ex *l. fin. ff. de his, quæ in teſtam. del.* edoceamur, etiam pluribus tabulis teſtamenti compoſitis, ſi vnas in publico depoſitas abſtulerit, & deleuerit, audiendos illos eſſe, qui ab inteſtato venire deſiderant, ſi approbauerint, hoc propterea factum eſſe, vt inteſtatus moreretur. Vrget quarto *l. 2. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtament.* in verba ſequentia: *Vel in eo ſcriptus is eſt, qui ab inteſtato venire poteſt: tunc enim & poſteriore non perfecto ſuperius rumpitur.* Quinto commendat hanc ſententiam, *l. poſthumus 12. in fine princip. eodem tit.* Vltimo huc referri poteſt *l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, hoc tit.* imperfectum teſtamentum inter liberos valere, & per conſequens, vt ibidem docent noſtri Interpretes, ſuperius teſtamentum conuellere.

In difficultate propoſita animaduerto, Bartolum diſtinctionem quandam introducere *in l. militis, §. veteranus, ff. de teſtamen. milit. & l. ſi iure, ff. de legat 3. num. 3.* quem refert, & apertius declarat Alexand. *in l. ſi ita ſcriptum, 13. §. regula, num. 4. eodem tit.* Vigl. *in § ex eo, Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm. num. 2.* vbi etiam illud crebrius placuiſſe tradit Aretin. *in l. heredes palam, §. ſi quis poſt, Alex. hic num. 5. Corn. n. 7. & 8. Natta in §. hoc inter, nu. 11. l. 21. hoc tit. Did. Couarr. in rubric. de teſtam. part. 2. n. 80. verſ. ſexta concluſio*, vbi Bartoli diſtinctionem communem renuntiat, *Iulius Clar. lib. 3. ſent. §. teſtamentum, q. 92. nu. 1. Ioan. Dilect. de arte teſtandi tit. 10. caut. 3. nu. 2.* intereſſe † ſcilicet, an quis ſimpliciter hæc verba 7
protulerit, quod nolit prius teſtamentũ valere, ſed illud reuocet, vel addiderit, ſe propterea prius teſtamentum reſcindere, vt inteſtatus decedat. Hoc enim caſu prius teſtamentum infirmari, & venientes ab inteſtato ſuccedere, priori vero teſtamentum ruptum non eſſe. Porro Bald *hic n. 2.* Salyc. *n. 3.* qui tamen dubitat, Ioan. ab Imol. *in l. ſi ita, §. regula ff. qui teſtam. fac. poſ.* Alexan. parum ſibi conſtans *conſ. 104. n. 2. lib. 2.* Carol. Molin. *in addit. poſt Guid. Pap. & Anton. Rubeum* in hãc ſententiam laudatos, cõtendunt, huiuſmodi teſtamentum labefactatum eſſe, etiamſi nõ protulerit illa verba, quod inteſtatus decedere velit, *arg. l. 21. §. pen. h. t.*

Ceterum obſeruandum † eſt, Caſt. enſem *hic num. 5.* Fulgoſ. *n. 3.* Iaſ. *num. 15.* Alberic. *num. 3.* Cuiac. *in l. heredes palam, §. ſi quis poſt,* Godofred. *in l. hac conſultiſſima, §. ſi quis inter, h. t.* And. Fach. *controuerſ. lib. 4. c. 8.* in ea opinione verſari, quod neutro modo teſtamentum prius rumpatur, ſed opus ſit alia ſolẽni voluntate. Mouentur ſeqq. argumẽtis. 8

Primo *§. ex eo, Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* vbi Imperator ſignificat, ex eo non infirmari teſtamentum, quod teſtator illud noluerit valere.

Secundo adducitur *l. militis 36. §. veteranus, ff. de teſtament. milit.* in hæc verba: *Veteranus moriens teſtamentum iure cõmuni tempore militiæ factum, irritum eſſe voluit: & inteſtatus eſſe maluit, heredũ inſtitutiones ac ſubſtitutiones in eodẽ ſtatu manſiſſe placuit, legata vero petentes exceptione doli mali ſecundũ ius cõmune ſubmo-*

Digitized by Google

ſubmoueri, cuius exceptionis vires ex perſona petentis aſtimantur, & alioquin potior eſt in re pari cauſa poſſeſſoris.

Tertio adducitur, *l. qui ex liberis, 11. §. teſtamento, ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* nuda voluntate teſtamentum conſtitui non poſſe, neque prius teſtamentum ruptum videri, niſi teſtator illud conſciderit.

Quarto nituntur auctoritate noſtræ legis, quæ perfectiſſimam voluntatem requirere videtur, vt prius teſtamentum hoc modo infirmetur.

Quinto his reſpondet, *l. heredes, §. cũ poſt, qui teſtam. fac. poſſ.* dum ait, omnia ex integro facienda.

His tñ allegationibus tantũ non eſſe tribuendum conſtituo, vt a recepta Bartoli diſtinctione recedendum putem, quam vt in tuto collocare poſſim, diluẽda eſſe animaduerto, quæ e contrario mota ſunt. Concedo ex eo teſtamentum prius nõ ſubuerti, quod teſtator illud noluerit valere, *vt dict. §. ex eo, item l. ſi iure, 18. ff. de leg. 3.* modo certi non ſimus, quæ voluntas ipſius e contrario fuerit, an ſcil. alium heredem inſtituere voluerit, an deniq; illis relinquere hereditatẽ, qui ab
9 inteſtato ſucceſſuri erant: Nõ enim † ſequitur, teſtator prius teſtamentũ reuocare voluit, ergo illud propterea fecit, vt heredib ab inteſtato conſuleret. Imo factũ ab eo teſtamentum ſatis declarat, quod heredes ab inteſtato ſuo iudicio dignos non exiſtimauerit, *l. cum quidam ff. de his quib. vt indig.* Alia coniectura eſſet, ſi nullum teſtamentum ab initio feciſſet, *l. conficiuntur, 8. §. 1. ff. de codicill. & l. 3. eod. tit.* tunc n. creditur illis ſponte ſua relinquere. Quod autem hæc res ita ſeſe habeat, apparet ex *d. §. ex eo*, dũ ait Imperator, *quod etiamſi teſtamentum facere cœperit, &c.* innuere volens non ſtatim illum, qui de reuocando teſtamento cogitat, eius animi eſſe, vt heredes ab inteſtato, priori heredi præferre velit, ſed ex quo ille, quem ſecundo teſtamẽto inſtituere decreuit, heres eſſe non poſſit, rem in medio relinquendam, & primo heredi potius fauendum, quam illis, qui ab inteſtato ſuccedere poſſent.

10 His ita ſubductis plus negotii erit, cum *d. l. militis, §. veteranus, ff. de teſt. mil.* cũ ibidem diſerte addatur, quod inteſtatus eſſe voluerit. Sed reſpondendum eſt, nos in diuerſis terminis verſari, & quærere *vtrum reuocatio coram ſolemni numero teſtium facta, prius teſtamentum tollat.* quod vtique ratio ſuadere videtur, cum nihil tam naturale ſit, quam eo genere quodque diſſolui, quo colligatũ eſt. *l. nihil ff. de reg. iur. l. ſi diuerſa, ſupr. de trãſact.* d. autem *l. militis, §. veteranus*, accipiendam eſſe de illa reuocatione, quæ coram minus ſolemni numero teſtium ſit facta ex priuilegio militum, *arg. l. eius militis, 34. §. 1 eod. t. t.* ex quo edocemur largiter referre, vtrum teſtamentum prius iure communi, an vero iure militari conditum fuerit, vt hic voluntas etiam imperfecta attendẽda ſit, illic autem contrarium obtineat, vt ſcilicet non poſſit tolli, niſi per aliud teſtamentum quod ſolemne ſit, aut iure communi, *§. ex eo Inſtit. quibus mod. teſtam. infirm. & l. ſi iure, 18. ff. de legat. 3.* vel denique militari ſit abſolutum, *l. militis codicillis, 36. § fi. eod. tit.* quod de caſu controuerſo dici non poteſt, cum nullum teſtamentum fecerit, nec ſolemne nec militare. Nec mouere putamus, quod ex eadem lege non intelligamus in hac diſpoſitione minorem numerum teſtiũ adhibitum. Reſpondeo enim, illud ex ipſo titulo, & qualitate diſponentis, cum ſtatuatur eſſe veteranus miles, colligi, *arg. l. Imperatores, ff. de in diem addiction.* item ex collatione huius voluntatis cum teſtamento iure communi facto, vrgere tamen videtur, quod † dictio, *veteranus*, accipienda videatur de illo, qui miles 11
eſſe deſiit, aut qui iuſtam miſſionem legitimis impletis ſtipẽdiis cõſecutus eſt, *l. 1. ff. de excuſ. veteran. l. 8. §. veterani, ff. de proc. Inſt. quib. non eſt permiſ. fac. teſta. §. 1.* Et propterea, & alia ſolutio, q̃ inſinuãt noſtri interpretes, quod ibidem non dixerit, ſe hoc facere, vt inteſtatus decederet. Quamuis enim Iuriſconſultus pronuntiet, ꝙ maluerit eſſe inteſtatus, tamẽ hæc verba teſtantis non ſunt; ſed Iuriſconſulti, neque inde inferri poteſt, quod hęc verba ab ipſo prolata fuerint, propoſitum autem in mente retentum operari non ſolet, *l. ſi repetendi, ſupr. de condiction. ob cauſ.* & leges ita accipiendæ ſunt, ne aliqua inter illas ſit repugnãtia ſed diſtinctionis fœdere eaſdem conciliemus; *l. 2. §. cõtrarium, ſupr. de veter. iur enucl.* Porro cum aduerſentur, *l. 1. §. ſi heres. ff. ſi tab. teſt. null. extab. l. ſi quis ita, 82. ff. de hered. inſti. l. fi. ff. de his, quæ in teſta. del.* non videtur eſſe probabilior ratio certaminis componendi q̃ ea quæ explicata eſt.

Non minus infeſtam experimur definitionem † *l. qui ex liberis, § fi. ff. de bon. poſſeſſ. ſecund. tabul.* non quod directe confirmatam 12
a nobis traditionem labefactet, ſed ꝙ potius refragetur his, q̃ dixim' de prioris teſtamẽti ꝑ poſterius infirmatione. Nã licet vltimum

Digitized by Google

ſolemne fuerit, tamen non videtur prius teſtamentum ipſo iure ſublatum eſſe, ſed potius ope exceptionis. Quamuis enim Ang. hic *verſ. quandoque teſtator cancellat, Salyc. nu. 2. Caſt. nu. 1. Iaſon nu. 15. in fin. Cyn. nu. 6. Alberic. num. 3 Alex. num. 8.* exiſtiment, prius teſtamentum per poſterius ipſo iure ſublatum eſſe, ſed exceptionis iure, ex quo teſtator poſterius teſtamentum incidit, conualeſcere, tamen verior illorum ſententia exiſtimanda eſt, qui putent de iure prætorio, prius teſtamentum reuera extinctum non cenſeri, *vt affirmat Vigl. in §. non tamen, Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* vt etiam *in l. ſi poſthumus, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* vel illud tam iure actionis quam exceptionis reſurgere, *vt Bald. hic num. 5. Fulg. nu. 3. Corn. nu. 12.* dum ait, hanc ſententiam de iure veriorem. Etenim ipſa lex euidenter cõtrarium coarguit, dum oſtendit, ſcriptum heredem bonorum poſſeſſionem petere, nec admittendam puto reſponſionem eiuſdem Angeli, Alexandri & aliorum exiſtimantium, quod cum duo caſus ibidem proponantur, illud de priore arrogationis, ſcilicet intelligendum eſſe. Refragatur enim definitio *l. fin. infr. de ſenten. & interloc. omn. iud.* determinationẽ de duab. rebus pariter loquentem eodem modo intelligendum eſſe.

13 His ita digeſtis, non eſt quod † vim conſtituant in diſpoſitione noſtræ legis. Nam cum eadem tota circa hoc occupata ſit, an tempus decennii ſufficiat ad infringendum prius iudicium, vt apparet ex fine eiuſdem conſtitutionis, incidenter duntaxat aliam quæſtionem attingit, quomodo illud per reuocationem teſtator conſequatur, diſtinguens intereſſe, vtrum illud velit facere per aliud teſtamentum, vel nuda verborum reuocatione, vt priori caſu perfectiſſima confectio requiratur, innuere volens non ſatis eſſe, ſi quis cœperit teſtamentum facere, ſed eius conſummationem quoque requiri, *vt d. §. ex eo, Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* quod ſi vero nuda contrariæ voluntatis declaratio interceſſerit, & hoc per teſtes idoneos non minus, quam tres, vel inter acta manifeſtauerit, & decennium etiam elapſum ſit, tunc irritum teſtamentum, tam ex contraria voluntate, quam ex curſu decennii reddi, quam teſtamenti infirmationem, Ferdinand. Vaſq *lib. 2. de ſucceſ. creat. §. 17. num. 75.* pene monſtri vicem ſuſtinere contendit, addens tamen hanc eſſe vim temporis, quæ omnia cõſumat. Porro, an reuocatio coram ſeptem teſtibus ſufficiat, aut non ſufficiat, nulla in lege noſtra mentio eſt.

Quintum agumentum facilem habebit ſolutionem, ſi *d. l. heredes, §. 1.* intelligamus de † emendatione & mutatione prioris te- 14
ſtamenti, vt loquitur, tunc enim omnia ex integro facienda ſunt, *d. §. ex eo, Inſtit. quibus mod. teſtam. infirm.* Aliud autem ſi heredes ab inteſtato ſuccedere velint, *d. §. ſi heres, & l. proxime, ff. de his, quæ in teſtamen. del. l. fin. eodem tit.*

Colligendo materiam noſtræ conſtitu-
tionis, intelligimus, tempus † non eſſe ido- 15
neum ad tollendum ſolemne teſtamẽtum,
deinde quod vnum teſtamentũ † per aliud, 16
ſi illud perfectum ſit, infirmetur. De priori membro ſatis diximus. Secundum autem ſuas declarationes requirit. Conſtat enim,
quod ſi prius teſtamentum † clauſulam de- 17
rogatoriam habeat, quod illud per aliã voluntatem quamuis ſolemnem non tollatur, *l. ſi quis in principio, 22. ff. de legat. 3. gloſſ. in l. ſi mihi & tibi, §. in legatis, ff. de legat. 1. Barth. Socin. in d. l. ſi quis, num. 21. Iaſon in l. nominatim, num. 10. ff. de liber. & poſthum. hered. Inſtit. Iul. Clar. §. teſtamentum, quæſt. 91. num. 1. Did. Couar. in rub. de teſtam. part. 2. num. 58. Alexand. hic num. 6. Bald. num. 8. Caſtr. num. 4. Fulg. nu. 2. Salyc. num. 6. Corn. num. 14. & 15. Alberic. nu. 7. Franciſ. Aret. circa fin. Iac. Menoch. libr. 4. præſumt. 166. num. 9.* Ceterum ſi ſecundo teſtamento ſpecialis reuocatio fiat prioris teſtamenti, vltimum præualebit, *d. l. ſi quis in principio.* Sed quæſtionis eſt, quibus verbis
hæc † ſpecialis derogatio concipi debeat, 18
an ſcilicet ſufficiat, quod teſtator in ſecundo teſtamento dicat non obſtante alio teſtamento a me facto, vel reuocãs & irrita conſtituens omnia alia teſtamenta, & receptior videtur eſſe ſententia, quod non valeat, ſed neceſſarium ſit, vt deſignet teſtamentum a ſe conditum, Iul. Clarus *in §. teſtamentum, q. 99. num. 2. Mich. Graſ. in verb. teſtamentum, q. 86. numer. 4. Iacob. Menoch. de præſumt. 166. num. 9.* vbi poſt Bart. *in dict. l. ſi quis in princip. num. 8.* requirit, vt mentio fiat teſtamenti ad hunc modum, non obſtante teſtamẽto coram tali notario facto. Et hæc quidem locum habent, ſi teſtator generaliter in priori teſtamento ita verba ſua conceperit, *quod ſi aliud teſtamentũ fecero illud valere nolo.* Quod ſi vero alia ſit verborum forma, veluti, *ſi aliud teſtamentum fecero, illi per hoc præſens derogatum eſſe volo*, hic magna inter ſcribentes diſceptatio eſt, an ſatis ſit prioris teſtamenti mentio-

Digitized by Google

mentionem feciſſe, an etiam commemoratio fieri debeat clauſulæ derogatoriæ, & vtrum tota ad verbum inſerenda teſtamento ſit. Qua in re omiſſis diuerſis opinionibus ſtatuimus etiam clauſulæ derogatorię mentionem faciendam, non tamẽ neceſſarium eſſe, vt eadem ſecundum verborum ſeriem vltimo teſtamento comprehendatur, *arg. l. omnes, infra. de præſcript. 30 vel 40. annor. & l. Titius, ff. de lib. & poſth. here. Inſti | d. l. ſi quis, in princip. Bart. ibidem num. 8. Socin. Iunior, num. 54. Barth. Socin. in dict. leg. ſi mihi & tibi, §. in legatis, num. 9. Iaſon hic num. 15. Did. Couar. in rub. de teſtamen. part. 2. num. 59. verſ. ſecundum non eſt neceſſarium, vbi num. 58. plures refert, Iacob. Menoch. dict. præſumt. 166. numer. 13. verſ. hanc ſententiam probarunt, Burſat. conſ. 47. numer. 1. vol. 1. Mich. Graſ. §. teſtamentum, quæſt. 89. num. 4.* & hanc ſententiam eſſe communem teſtatur Clar. *dict. quæſt. 99. nu. 3.* quamuis ipſe diſſentiat.

Sciendum tamen eſt non abſurdam videri cenſurã eiuſdem Iulii Clari, exiſtimantis, illud durum eſſe, ſi ſpecialis mentio prioris teſtamenti facta ſit, quamuis teſtator de clauſula derogatoria nihil retulerit. Quam ſane eo caſu procedere conſtituo, quo ex coniecturis appareret, teſtatorẽ ſerio prius teſtamentum mutare voluiſſe. Etenim obſeruandum eſt, nonnullos teſtatores eo cõſilii compelli, vt has clauſulas teſtamẽtis ſuis inſerant, vt ſe munire poſſint ab importunitate & inſidiis illorum, qui nihil tale merentes, neque vinculo neceſſitudinis commendati, ad huiuſmodi ſucceſſionem aſpirent.

19 Hæc de clauſula derogatoria: Porro † ſi
prius teſtamentum iureiurando ſubnixum ſit, non bene inter noſtros interpretes conuenit, an huiuſmodi teſtamentum mutari
20 poſſit, negat enim † Specul. *in tit. de inſtrum. edit. §. compendioſe, verſ. quid ſi quis iurauerit, nu. 25. Hoſtienſ. in ſua ſumma, tit. de ſepultur. §. an licitũ, verſ. quid ſi quis eligat, Coraſ. in prælud. ad leg. admonendi, ff. de iureiur. n. 31. Alberic. in l. 1. circa fi. C. de ſacroſ. eccleſ.* Diſſentiunt tamen & vltimum teſtamentum præualere, modo
21 teſtator primum expreſſim † reuocet, conſtituunt Salyc. *hic n. 8. Bart. in l. ſi quis, in prin. ff. de leg. 3. Alex. in l. ſtipulatio hoc modo, n. 5. ff. de verb. oblig. arg. l. fi. infr. de excep. non numer. pec. item l. fin. ff. qui ſatiſd. cog. item l. fin. ff. de liberal. cauſ. l. ſed etſi poſſeſſori, §. item, ſi iurauero. ff. de iureiur.* vnde crebrius placuiſſe videmus, vt ſit quidem reuocationi locus, tamen teſta-
22 tor † mutando ſuum teſtamentũ periurium contrahat, *Ioan. Andr. in reg. quod ſemel, de reg. iur. in 6. Alciat. in c. cum contingat, numer. 76.* vbi hanc ſententiam communem dicit *Ioh. ab Imol. ibid. nu. 33. Did. Couar. in rub. de teſtam. part. 2. nu. 52. Iac. Menoch. d. præſumt. 166. n. 63. Petrus Peckius in tract. de teſtam. coniug. lib. 1. c. 4. num. 5. Anton. Gabriel. libr. 2. commun. concluſ. tit. de iureiur. nu. 8. Mich. Graſ. in verb. teſtamentum, quæſt. 87. n. 1. Emanuel Soares in theſaur. commun. opin. in verb. teſtamentum, n. 67. Iul. Clar. in verb. teſtamentum, q. 94. nu. 4. And. Fachin. lib. 4. illuſt. quæſt. c. 8. circa fin.* idque defendi poteſt *arg. c. præterea, c. ex literis 10. c. requiſiuit 17. c. ſicut 22 & c. ſi inter 31. extr. de ſponſal.* quamuis meo iudicio ea iuris capita propterea locum habent, quod coniuncta ſint cum iniuria aliena, illud aũt extra controuerſiã eſſe cõſtituo, ꝙ ex iuſta cauſſa ſuperueniente illud facere non prohibeatur, *cap. quemadmodũ, extr. de iureiu. c. 3. extr. de iureiur.*

Lex, Cum antiquitas, 28.

Summaria.

1 *Nullam legem adeo perfectam eſſe poſſe, cuius vulnera dies non aperiat.*

2 *Dura interpretatio quorũdam circa verba legum, quod teſtamentum vno cõtextu fieri deberet, adeo vt nullus actus alienus intermiſceri poſſit.*

3 *Rationes præſentis legis promulgandæ.*

4 *An contractus in teſtamenti confectione interpoſitus vitiet ipſum teſtamentum.*

5 *Sententia gloſſæ, Bart. Cyn. Caſtr. quod non vitietur cum argumentis.*

6 *Contrariæ ſententiæ defenſores, & legum eo pertinentium præſidia.*

7 *Diſtinctio auctoris mediam ſententiam amplectentis.*

8 *Argumenta huius diſtinctionis.*

9 *Error Alberici exiſtimantis, confeſſionem in teſtamento de mutuo factã, contractus vim habere.*

10 *Non poſſe vnam teſtamenti partem per ſeptem teſtes probari, & aliam per alios teſtes.*

11 *Ratio quod teſtamẽtum vno contextu fieri debeat.*

12 *Si teſtator totum teſtamentum manu ſua ſcripſerit, non opus eſſe eius ſubſcriptione.*

13 *Idem probant noſtri interpretes in ſchedula obligationis ab aliquo conſcripta, vt æque probet, atque ſi ſubſcripta eſſet.*

QVod Iuſtinianus *in l. 2. ſed quia diuina, de veter. vir. enucl. Bonif. in proœm. 6. decr. idem Iuſtin. Nouell. 111. Innoc. in ca. non debet, de conſang. & affin.* cõqueruntur, quodq́ declarat Ariſt. *lib. 5. Ethicor. c. pen.* nullam † legem 1
adeo perfectam eſſe, aut tam maturo digeſtã conſilio, cuius vulnera dies non aperiret, *vt c. quã ſit, de elect. in 6.* aut naturę varietas nõ argueret, idẽ in præſenti cõſtitutione merito profiteri videtur, ꝙ cũ ex iuris definitione, *l. q teſtamẽto 20. §. & veteres, l. here. palã 21.*

Digitized by Google

§. *fin. ff. qui teſta. fac. poſſ.* & §. *ſed cum paulatim Inſtit. de teſtam.* conſtaret teſtamentum vno contextu fieri debere, adeo vt nullus † actus alienus ibidem intermiſceatur *d. §. final.* ex parum benigna quorundam interpretatione, qui rem ad verba legis non mentem & voluntatem deflecterẽt, pene in perniciem teſtamentorum vertere cœpit, dum verbis *digladiando*, contenderent, teſtatori ex valetudine fortaſſe decumbenti, non cibum, non potum, non deniq; medicamina ante teſtamenti cõſummationem poſſe offerri, multo minus admittendum eſſe, vt vel ipſe, vel teſtes, intermiſſa teſtationis ſolemnitate alio vt naturæ ſubuenire poſſent, concederent, quod omnes hi actus extranei à teſtamenti conceptione viderentur. Non tulit itaq; iniquitatem huius interpretationis Iuſtinianus, ſed illam præſenti † lege vindicandam exiſtimauit, quod abſurdum videretur contra naturę vim tẽdere aut conari, quodque neceſſitas ab omnibus pene legibus exciperetur, vnde etiam diem feſtum maieſtati diuini numinis deſtinatum *l. fi. ſup. de feriis* huiuſmodi exceptionem non reſpuere animaduertimus, *l. 1. l. iudices eod. tit. c. fin. extr. de feriis.* Conſtituit itaq; teſtatorem nõ prohiberi, quo minus remotis teſtibus aut iiſdẽ relictis, ſuperfluum naturæ pondus deponat, aut alia faciat, quæ coram teſtibus facere præ ingenuo pudore erubeſcat, vt ſcilicet his poſtea reuocatis conſequentia teſtandi abſoluere poſſit. In teſtibus vero diſtinguẽdum, vt ſiquidem ex breui temporis interuallo huic difficultati mederi poſſit, eoſdem quoad reuertãtur, expectare queat. Quodſi vero longioris temporis ſpatio opus ſit, antequam teſtis ſibi reſtituatur, vel quod reliquum erat, explicare poſſit, hic alios ſurrogando eſſe, apud quos, quæ anteceſſerant, repetantur.

Secundum hanc legis noſtræ expoſitionem duo excutienda videntur, regula & exceptio: Regula, quod in confectione teſtamenti nullus actus alienus interponi queat, *d. l. qui heredes, §. fin. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* exceptio, quod ea quæ ſunt neceſſitatis propterea intermitti nõ debeant, neque teſtamenti conſummationem impediant. Circa inſpectionem regulæ occurrit a noſtris interpretibus vltro & citro agitata controuerſia, an contractus † eodem tempore interpoſitus teſtamentum vitiet? Non † vitiare, modo longiorem dilationẽm nõ requirat, conſtituit gloſſ. *in d. l. heredes palam, §. fin. Bar. ibid. nu. 1. Cyn. in hac noſtra lege, n. 3. Caſtr. nu. 3. Ang. in princip. Fulg. nu. 1. Salic. num. 2. Franc. Aret. nu. 1. Iaſon. n. 3. & ſeq. Alberic. nu. 2.* Et hanc opinionem communem eſſe, & ab eadem in practica non recedendũ docet Cor. *num. 14.* quamuis ipſe inclinet in cõtrariam partem, *Bald. hic nu. 4.* dum hanc tanquam vltimam opinionem refert Ioh. ab Imol. *in rub. de teſtam. nu. 10. Natta in auth. hoc inter liberos, nu. 76. Conan. comment. lib. 9. cap. 2. nu. 2. Pariſ. conſ. 2. nu. 19. part. 3. Boer dec. 353. num. 4. Ioh. Dilect. in tract. de art. teſtand. caut. 3. num. 2. tit. de legat. Decius conſ. 196. num. 1. part. 1. Lapus allegat. 91. num 5.* vbi hanc ſententiam communem dicit, *item Ferd. Vaſq. §. 22. num. 4. de ſucceſ. creat. & progreſ. Michael Graſ. in diction. teſtamentum q. 60.* vbi pariter hanc ſentẽtiam receptiorem teſtatur. Mouentur autem ſequentibus argumẽtis. Primo *L. aſſignare 7. ff. de aſſig. libert.* Vnde colligimus, aſſignationem neq; iure legati percipi, neque fideicõmiſſi, cum tamen ea aſſignatio teſtamento fieri poſſit, *l. 1. §. aſſignare, eo. tit.* Secundo adducitur *l. non eſt mirum ff. de pignorat. action.* vnde intelligimus etiam teſtamento pignus conſtitui poſſe. Tertio confirmari hæc opinio videtur *per l. qui extrinſecus 65. ff. de verb. oblig.* qua cauetur, hæc verba *arma virumque cano, ſpondeo*, inter ipſam interrogationem interpoſita, non vitiare ſtipulationẽ. Quarto ſuffragari videtur *l. 1. §. ſi præſens, eo. tit.* vnde edocemur media impertinentia nõ impedire obligationem. Quinto, nonnulli adducunt *l. teſtamentum 17. hoc tit.* quod ſuperflua non vitient teſtamentum. Sexto his finitima eſt *l. eandem, ff. de duob. reis ſtipul.* vnde intelligimus etiam teſtamẽto duos reos ſtipulandi cõſtitui. Sunt qui ſeptimo allegent. *l. Pannonius § fin ff. de acq. hered. item l. ex ſententia ff. de teſtam tut.* ex quibus intelligimus teſtamento, aditionem hereditatis, item conſenſum in tutelam teſtamento datam, coargui. Quæ res ſane nihil habet commune cum quæſtione à nobis propoſita. Vltimo nituntur argumento donationis cauſſa mortis, quam in teſtamento fieri poſſe dicunt, cum tamen hæc donatio conſenſum eius cui donatur, requirere videatur, *l. inter mortis 38. ff. de mort. cauſ. donat.*

Contrariæ ſententiæ † vindices & defenſores ſe conſtituunt Viglius *Inſt. in §. ſed cum paulatim n. 4.* Petrus Ricciard. *ibid. num. 207.* qui in hanc ſententiam allegat Caſtr. Bald. Aret. Imol. Alex. Alber. Plateam. Thobiam Nonium, ſed meo iudicio parum circumſpecte,

ſpecte, vt poſtea conſtabit. Argumēta quibus hæc contraria ſententia aſſeri poſſe videtur, pro inſigni parte ſubiiciam Primo, *l. heredes, §. fi. ff. h. tit.* qui aperte indicat actum alienum teſtamento intermiſceri non debere. Secundo, huc referri poteſt, *l. verba cōtraxerunt, 20 ff. de verb. ſign.* quæ demōſtrat, differentiam eſſe inter contractum & cauſſam teſtandi. Tertio, cōfirmat hanc opinionem præſens conſtitutio, quæ a regula, ꝙ nullus actus debent interuenire, excipit ſolum exēpla, quæ cām neceſſitatis obtinent. Exceptionem aūt cōfirmare legē in cōfeſſo eſt, *l. quæſitū, §. denique. ff. de inſtruct. & inſtrum. leg. l. Nouell. de non alien. reb. eccleſ. §. vt autē.* Quarto cōfirmari hæc definitio pōt ex obſeruatione, *l. duos 6. §. fin.* quod etiam ſtipulatio per actus extraneos vitietur. Quinto, quod cum vltimæ volūtates aliam naturam habeant, vt ſcilicet reuocari poſſint, *l. ſi quis, in princip.* contractus autem huiuſmodi pœnitentiam non recipiant, *l. ſicut, ſupra. de oblig & act.* quod per conſequens commiſceri non debeant. Vltimo commendat hāc aſſertionē ratio, ideo enim actus extraneos prohibitos, ne teſtator ab officio teſtādi, & conuenienti deliberatione, quā illa res exigit, auocetur: hoc autē incōmodi vitari non poſſe, ſi contractus temere interponantur.

In hac opinionum repugnātia, quamuis vltimam ſententiam ad iuris ſubtilitatē magis accedere exiſtimem, tamen ne temere teſtamenta contra mentem ipſius Iuſtiniani in hac conſtitutione periclitentur, puto mediam ſententiā amplectendam, quę diſtinctionis fœdere, quod diſſidii erat, com-
7 ponat, vt ſcilicet † ita demū contractus non vitiet teſtamentum, ſi coniunctus ſit cum actu teſtandi, veluti ſi quis partem rei ſuæ leget, partem autem legatario præſenti certo pretio addicat. Hāc ſententiam defendunt Bald. *in dicta leg. heredes palam, §. fin. num. 2. Iohan. ab Imol. ibid. num. 13. Raphael Cuman. nu. 1. & 2. Ang. num. 2. Caſt. num. 7. Alexand. hic num. 3. Rominald. num. 6. Ferd. Vaſq. de ſucceſſ. creat. § 23. num. 4. Thobias Nonius, in dict. §. ſed cum paulatim, num. 46. Alex. in l. 1. §. qui præſens, nu. 21. ff de verb. oblig. Pariſ. conſ. 2. nu. 19. lib. 3. Iul. Clar. q. 75. nu. 2. Franc. Duaren. in tit. qui teſt. fac. poſſ. tit. de teſt. nuncupat. Corn. hic n. 13. & 14.* licet poſtea vacillet.

8 Pro confirmatione huius † opinionis ſequentia argumēta conſiderari poſſunt Primo, *l. duos 6. §. fin ff. de duob. reis conſtit.* vbi fideiuſſoris obligatio non impedit duorum reorum conſtitutionem. Secundo, quod illud, quod principaliter propoſitum eſt, ſpectare debeamus, *l. ſi quis in cām, ff. de reb. credit.* Tertio, quod idem videatur euincere, *l. Proculus, 19. ff. de vſufruct.* vbi legatum cum ſtipulationis cauſſa commiſtum eſt, quamuis fateri conueniat, contractus obligationem in tempus futurum conceptam eſſe: ſed non animaduerto, quid prohibere potuerit ſiquidem præſens fuiſſet illud ipſum promittere. Quarto mouet, quod cui vnum conceſſum ſit, non videantur illa denegari ſine quibus res cōmode explicari non poteſt, *l. 2. ff. de iuriſd. omn. iud. l. refectionis, ff. cōmun. ſeruit.* Vltimo, quod in dubio illa ſententia amplectēda ſit, quę pertineat ad confirmationem teſtamenti, *l. Papinianus, §. fin. ff. de inoff. teſtam.*

Nec puto diſtinguendum eſſe, vt multi 9
faciunt, vtrum contractus inſtitutus ſit cum vno ex heredib. aut legatariis, an vero cum teſtibus, aut alio qui forte ſuperuenerit, aut qui a teſtatore accerſitus ſit, modo contractus pertineat ad expeditionem teſtamēti. Quid enim, ſi dum teſtator vult filiis ſuis, vel aliis heredibus aut legatariis ex æquo de re aliqua proſpectum, conuenerit cum his, qui certum ius in re legata habebant, vt id definito pretio remitterent, non poſſent enim iudicari cōtractum extraneum, & nihil ad teſtamenti cām pertinentē, interpoſuiſſe.

Obſeruandum aūt hoc † loco eſt, Alber. *in l. heredes palam, §. fi. n. 2.* grauiter impegiſſe videri, dum putat, confeſſionē in teſtamento de mutuo interpoſitam, non vltimæ voluntatis, ſed contractus vim habere, & propterea reuocari non poſſe. Refellit n. hanc opinionem, *l. Aurel. 28. §. fin. ff. de lib. legat.* cū hæc cōfeſſio vim fideicōmiſſi obtineat, & propterea eius naturam ſequatur. Vnde infero, ꝙ quamuis multi in ea ſentētia ſint, vt videre licet apud Duaren. Conanum & alios Doctores ſupra a nobis cōmemoratos, quod diuiſio vel aſſignatio quorundam bonorum, nō videatur eſſe aliena a teſtamenti confectione, *arg. l. filii, & l. ſi ſupr. famil. erciſ.* quod tamen hæc ipſa aſſignatio non videatur donationem inter viuos continere, ſed cauſſam & naturam relicti adſciſcere.

Admonendi ꝑterea ſumus † ex hoc textu, *verſ. ſi autem longiori,* nō ſuſtinendū illum 10
eſſe, qui vnā teſtamenti partem per ſeptem teſtes probare velit, & aliam partē per alios teſtes, vel omnes, vel aliquos, vt recte etiam obſeruauit hoc loco *Bald. n. 5. Caſt. n. 6. Iaſon*

Digitized by Google

num. 8. & 9. & textus noſter ſatis euidenter declarat, Si enim quis loco eorũ, qui receſſerũt, aut qui morbo comitiali vel ſimili valetudine correpti, remoti ſunt, alios teſtes ſurrogare velit, cogetur omnia ſolemniter repetere.

11 His cognitis quærere † libet, *quæ cauſſa ſit. quod teſtamentum vno contextu fieri debeat?* Et animaduerto, Doctores noſtros in ea opinione verſari, illud eo conſilio factum eſſe, ne actus extranei teſtatorem a conuenienti deliberatione, quæ in teſtando requiritur, auocarent. Hæc conſideratio mea ſententia repudianda non eſt, ſed requirit pleniorem interpretationem. Sciendũ itaque eſt, quod cum in ipſo teſtamento omnes illę ſolemnitates requirantur, de quibus mentionem feci *in l. hac conſultiſſima, hoc tit.* timendum ſit, ſi quis aliis negotiis teſtatorem diſtringere velit, fore ne vel vnam vel alteram omittat, deinde, quod illa abſurditas inde naſci poſſit, quod teſtator illis, quibus relinquere deſtinauerat, nihil poſtea daret, exiſtimans, ſe in priori parte teſtaméti hoc feciſſe, vel contra, quod illi, cui iam ſemel legauerat, rurſum aliud legatũ adſcribat, immemor prioris legati. Pari ratione idem accidere poteſt, circa cõditiones adiiciendas, *l. pen. infr. de cõſtit. & ſubſtit.* ſi arbitraretur, illud ſe feciſſe in priori teſtamenti parte.

Hæc de primo legis noſtræ membro ſuffecerint. Porro, §. *cum autem conſtitutione*, edocemur, nõ eſſe neceſſariam ſubſcriptio-
12 nem † teſtatoris, ſi ipſe totum teſtamentum manu propria conſcripſerit, quamuis aliud comprehendatur, *l. hac conſultiſſima, 21.* cum eadem lex per præſentem conſtitutionem
13 corrigatur. Hanc legis † noſtræ definitionem Doctores etiam transferunt ad cauſſam ſchedulæ ab aliquo conſcriptæ, vt ſcilicet æque idoneam probationem cõtineat, quamuis ſubſcripta non ſit, *Bald. hic num. 6. Caſtr. nu. 7. Alex. nu. 7. Franc. Aret. nu. 3. Iaſ. nu. 12. & ſeq.* Addunt præterea iidem Doctores ad conſtituendam cõuenientem fidem e contrario ſufficere, ꝙ aliquis inſtrumento ſubſcripſerit, quam materiam Iaſon fuſius perſequitur, ſimul etiam, an ſufficiat, quod tabellio inſtrumentum manu propria exaret, omiſſa ſubſcriptione, de qua re diſſeruimus *in præludiis, ſupra de fid. inſtrum.*

Lex, Iubemus, 29.

Svmmaria.

1 *Præſentem conſtitutionem per authenticam ſubſequentem corectam eſſe, non tamen ipſius rationei.*
2 *Eum qui neque ſcribere, neque articulate loqui poſſit, mortuo ſimilem eſſe.*
3 *Quid ſit articulate loqui.*
4 *Expoſitio Bartoli.*
5 *Alia interpretatio Caſtrenſis.*
6 *Nomina heredum in teſtamẽto nuncupatiuo voce ipſius teſtatoris exprimenda.*
7 *An reſpondens ad interogationem alicuius, recte inſtituiſſe videatur.*
8 *Intereſſe nũ tabellio interroget, an perſona ſuſpecta, & an ſanus an æger, & num. 9.*
10 *Quæ præſente aliquo fiunt, in ea cauſſa ſunt, atque ſi ab illo facta eſſent.*
11 *Reſponſionem ad interrigationem tunc valere, cum tabellioni antea teſtator mentem ſuam declarauerit, aut ille nominatus eſt, quem teſtator erat veriſimiliter inſtituturus.*
12 *An ſatis ſit quod quis ad interrogationem alicuius reſponderit, ita.*
13 *Nutu neminem herẽdem declarari poſſe.*
14 *Singularis caſus, in quo teſtamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, ſi vnus heres nuncupatus ſit, alter non.*
15 *Valere dictum teſtis, qui inde ſe ſcire commemoret, quod rem diario adſcripſerit.*
16 *An tabellio qui ſolemnitates iure præfinitas omiſerit, falſi crimen contrahere videatur.*
17 *Opinio gloſſæ id affirmantis.*
18 *Alia ſententia Salyceti & Alex. qui conſtituunt illud in teſtamentis ſingulare eſſe.*
19 *In delictis non euentum ſed conſilium ſpectari.*
20 *Legem ad præterita non referri, ſed præſentia & futura.*

CVm præſens cõſtitutio, † quæ præcipit, 1
vt teſtator nomen heredis propria manu ſcribere, aut ſi literarũ imperitus ſit, coram ſeptem teſtibus nũcupare cogatur, per ſequentem auth. *& non obſeruato*, abrogata ſit, poſſet eius explicatio ſuperuacua cenſeri: ſed tamen res longe aliter comparata eſt, cum rationes eadem conſtitutione comprehenſæ in dirimendis diuerſis quæſtionibus multum momenti præbere poſſint. Pri-
mo dum inde intelligimus, eum, † qui ne- 2
que ſcribere, neque articulate loqui poſſit, mortuo ſimilẽ eſſe, & propterea falſitatem in elogiis committi, ſi hũc aliquid ſtatuiſſe
dicamus. Vnde quæritur † *quid ſit articulate,* 3
vel non, loqui? Et Bart. † quidem *hic num. 1.* 4
quem videntur ſequi Salyc. *num. 1. Corn. numer. 3. Iacob. Menoch. lib. 1. conſ. 45. numer. 39.* conſtituit, illum nõ loqui articulate, qui balbutiendo verba ſua protulerit, ſed hæc expoſitio admittenda non eſt, quod refragetur, *l. quoniam indignum, in verb. nec neceſſaria ſunt momenta verborum, quæ forte ſeminecis &*
balbutiens lingua profudit, vnde meo † iudicio 5
melius loquuntur Caſtrenſ. *in d. l. quoniam, num. 3.*

Digitized by Google

*num.3.Alexan.num. 4. Fulg.hic num.1. Iaſon
num.2.Ang.num.2.*idem Angel. & Ioan. ab
Imol.*in l in aduerſa,ff.de teſtam. Alex.conſ.33.
vol.3.*melius hoc declarant, illum non loqui
articulate, qui verba ſua ſiue balbutiendo, ſi-
ue alia ratione non poteſt ita diſtincte pro-
ferre, vt teſtes intelligere queāt, quid ſigni-
ficare voluerit: eaque interpretatio eo pro-
babilior eſt, quod certum ſit, etiam vicina
morte laborātem nihilominns teſtari poſ-
ſe, vt conſtat ex *d.l. quoniam,15.hoc tit. item l.
Pamphilo 39.§.propoſitum,ff.de legat.3. in verb.
in diſcrimine vitæ conſtitutum, l. cum pater, §.
fin. ff.de fideicom.libert.cap. Rainutius, extra de
teſtamen.l.& ſine ſcriptura,infra ad Senatuſconſ-
ſultum Trebellia.in verb.in diſcrimine mortis, l.
Seia,§.fin.& l. Marcellus, in princ.& §.1. ff. de
mort.cauſ.donat.§. exheredatus,Nouell.1.c.nos
quidem,de teſtamen.in verb.ab hac luce migran-
te,l.ſi pater,§.fin.ff.de fideicom. libert.* dum ait
in extrema valetudine, *cap.fin de ſucceſ. ab in-
teſt.in verb. agens in extremis*, de qua re co-
pioſe Franc. Mant. *de coniect. vlt. vol.part.
2.tit.6.num.1.Caſt.in d. l. quoniam,num.3.A-
lex.num.4. Iaſon.num.3.Bald.ibid.num.4.Sa-
lyc.nu.1.Fulg.in prin.Corn.num.3.*

Præterea ex hac eadem lege colligimus,
verſ.ſin autem,& clarius verſ.*etſi non fuerit,* &
6 verſ.*quemadmodum*, quod † nomina here-
dum in teſtamēto nuncupatiuo voce ipſius
teſtatoris exprimenda ſint: Exoritur itaque
illa quæſtio, *an ſi teſtator ad interrogationem
7 alicuius, an ſe † vel aliū, quem nominarat, here-
dem inſtituere vellet, reſpondiſſet, ſe velle, talis
8 inſtitutio rata ſit?* Valere, tradunt † gloſſa, *in
verb.quemadmodum,* non tamen videtur eſſe
intelligenda, de propinquo interrogante,
ſed de tabellione, *l. hac conſultiſſima,§.at cum
humana ſupr.qui teſtam.fac.poſſ.* vel de tertio
quodam, gloſſæ ſententiam probant Fulg.
nu.5.Alex.num.9. & præterea eandem am-
plectuntur, ſed adhibita diſtinctione, cuius
mentionem feci, an tabellio, vel alius non
ſuſpectus interroget, an denique is, qui ad
ſucceſſionem aſpiret, vt hic nuncupatio irri-
ta ſit, illic autem teneat, *Bald.num. 4. Ang.
num.4. Salyc.nu.4. Corn.n.31.Roman.conſ.306.
Ioan.ab Imol.in c.cum tibi,num.12.extr.de teſt.
Did.Couarr.ibid.num.5.Rodor. Soarez.allegat.
1.Boer.deciſ. 35.numero quinto,Franceſcus Aret.
in l.heredes palam,circa fin.Cephal.conſ.546.nu.
46.lib.5. Iac. Menoch.conſ.45.nu.1.& 30.lib.1.
idem Menoch.præſumt.8.lib.4 nu.9.* vbi diſtin-
9 guens † oſtendit intereſſe, vtrū ſanus inter-
rogetur, an æger, vt illic valeat inſtitutio, cū
in ipſius poteſtate fuerit reſpōdere vel non
reſpōdere, & ex poſtfacto etiam teſtamen-
tum mutare: hic autem rurſum referat, an
tabellio non ſubornatus ſciſcitetur, an vero
propinquus, vel ille qui ſubornatus fuerat:
vt priori caſu ꝓbanda ſit hæredis nuncupa-
tio, ſecundo vero diſtinguendū ſit, vt oſten-
dimus *in l. hac conſultiſſima, §. at cum huma-
na,tit.prox.* Et quamuis obſtet conſideratio
Iaſonis *hic num.12.* qui exiſtimat, id propter-
ea non admittendum, quod in ipſa nuncu-
patione, ex forma ſubſtantiali ſit, vt nomina
heredum voce teſtatoris exprimantur, *vt
hac noſtra lege, itē l.hac conſultiſſima,§.per nun-
cupationem,l. heredes palam 21.ff. qui teſtamen-
facer.poſſ.* quodque talis ſolemnitas ad vitan-
dam falſitatem, quæ ex falſa ſuggeſtione, &
nominatione aliena naſci poſſet, excogita-
ta ſit, tamen communis ſententia, de qua
mentionem faciunt Did Couar. Corn. A-
lexan.in locis allegatis, benignior eſt, & de-
fendi poteſt auctoritate *l.hac conſultiſſima,§.
at cum humana, ſup.qui teſtam fac.poſſ.item ar-
gum.l ſi procuratori præſentis,79.ff. de verb. ob-
lig.* ex qua intelligimus, quod licet in ſtipu-
latione loco formæ requiratur interrogatio
præcedens, l.5. §.*ſtipulatio, ff. eod. tit.* tamen
illud poſſet fieri † per procuratorē præſente 10
domino, item *argum. l. 1.ſupr. de error. aduoc.
item l.1.& 2.ſupr.de ſent.ex breuic.recit.* ſecun-
dum communem interpretationem, quod
ſufficiat ſententiam legi præſente iudice per
tabellionem. Habet tamen hæc interpreta-
tio hoc næui, quod conſtituat illud indiſtin-
cte † procedere, ſiue Notario illud antea a 11
teſtatore indicatum fuerit, (vt plerunq; fie-
ri ſolet, dum declarata mente iubent tabel-
liones ſcripto complecti, quæ diſponere
velint) ſiue non fuerit, vt videre licet apud
Iacob. Menoch.*d.præſumt. 8.n. 28.* cum ad-
uerſetur definitio, *d.§. at cum humana*, vnde
admitti poſſit eo caſu, quo tabellio nomi-
naſſet illum vel illam, quem teſtator veriſi-
militer erat deſignaturus, vt videtur diſtin-
guere Salyc.*nu.4.*Corn.*nu.31.*quamuis id ad
eum caſum reſtringant, quo dubitaretur, an
teſtator articulate loqui poſſet. Porro, nec
ipſi Doctores inficias eunt, quod ſi doceri
poſſit tabellionem ex ſubornatione, id fe-
ciſſe, vt tum inſtitutio non valeat, *Menoch.
d.præſumt. 8.num. 40.* vbi plurimi Doctores
ab eodem allegantur.

Sed quæſtionis eſt, *an ſatis ſit, ſi teſtator ad
interrogationem tabellionis † percunctantis, an 12
vxorem ſuam, vel ſimilem perſonam inſtituere*

vellet, reſponderit ita, vel ſic. Hac in diſceptatione non vnam noſtrorum Doctorum videmus eſſe ſententiam, præualuiſſe tamen videtur diſtinctio, an is hæc verba protulerit qui articulate loqui poteſt, puta quod teſtes audiuiſſent ita illum loquentem, an minus: vt priori caſu valeat inſtitutio, ſecundo vero caſu non valeat, niſi talis perſona nominata eſſet, quam ex veriſimili coniectura teſtator nuncupaturus erat, *ita Salyc. hic nu. 4. Corn. n. 31.* idque argum. *l. ſi defenſores, §. 1. ff. de interrog. action. & §. præterea Inſti. de inutil. ſtipul. l. ſi quis ita, §. 1. ff. de verb. oblig. Socin. Iun. conſ. 32. num. 8. vol. 4. Franc. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 6. nu. 10. circa fin. Alex. conſil. 33. nu. 6. & ſeqq. lib. 3. Dec. in l. diſcretis, num. 17. ſupr. qui teſtam. fac. poſſ. Iacob. Menoch. conſ. 42. nu. 38. idem Menoch. d. præſumt. 8. nu. 34.*

Quibus ita conſtitutis extra controuerſiam videtur, quod nutu quis ad interroga-
13 tionem † alienam neminem heredem declarare poſſit, id enim coarguunt euidentia huius legis verba, quæ nũcupationem voce teſtatoris factam, deſiderant, accedunt aliæ leges ſupra a nobis allegatæ, item *l. 1. § ſi quis, ff. de verb. obl.* qui demõſtrat in ſtipulatione nutum interpoſitum, ne quidem naturalem obligationem contrahere, item quod inſtitutio regulariter ex coniecturis non admittatur, *l. vnic. ff. ſi tab. teſt nõ extab. l. ex poſt facto 19 ff. de hered. inſti.* idque haud diſſimulanter hoc loco agnoſcunt Caſt. *n. 2. Alex. n. 2. Salyc. nu. 2. Corn. n. 23 Sichard. n. 4. Iaſ. nu. 4. Bald. nu. 1. Ang. nu. 1. Clar. in §. teſtamentũ, q. 8. n. 9. Franc. Mant. de coniectur. vlt. volunt tit. 4. lib. 4. nu. 6. Did. Couar. in c. cum tibi de teſtam. n. 4. Crotus in l. 1. § ſi quis ita, ff. de verb. oblig. nu. 13. Iacob. Menoch conſ. 45. n. 43.* & quamuis gloſ. *in §. quia vero, Nouel. vt ſpõſal. largit.* apertius Franc. Aret *n. 1.* ſtatuant, in teſtamento patris inter liberos huiuſmodi cõiecturas ſufficere, tamen verior ſententia videtur Alex. *num. 2. Caſt. n. 2. poſt Ang. ab illo allegatum Iaſonis nu. 4. Sich. nu. 5. Iul. Clar. in §. teſtamentum q. 8. n 9. Bald. in l. & in epiſtola. C. de fideicom. n. 2. Ang. in l. in fraudem, §. 1. arg eius textus, ff. de teſtam. milit. Franc. Mant. libr. 4. de coniect. vlt. vol. c. 4. n 6.* exiſtimantiũ, id ne quidem in tali teſtamento probandum eſſe.

Notandum deinde in noſtro eſt textu, verſic. *quod ſi nõ fuerit obſeruatum*, teſtamentum pro parte valere, & pro parte vitiari, ſi
14 teſtator † nomen vnius heredis manu propria ſcripſerit, vel voce nuncuparit, & id in aliis omiſſum ſit. Et quamuis gloſſ. *in verb. in eius, obiiciat, l. ſi is qui, ff. qui teſtamen. facer. poſſ.* tamen facilis ſecundum Bald. *hic num. 3. Caſtr. num. 3. Salyc. num. 3.* ſolutio eſt, quod ibidem teſtator morte præuentus non potuerit ediſſerere, quid ſuæ mentis eſſet, hic autem expromſit omnia, quæ ſui iudicii erant, ſed, quia in vno ſolemnitatem præfinitam ſeruauit in aliis nullo modo poteſt intelligi, non habuiſſe animum illos inſtituendi, *arg. l. ſi iure. 18. ff. de leg. 3.*

Colligimus præterea ex definitione noſtræ legis, verſicul. *Sed ne aliqua*, quod ad cõfirmandam memoriam plurimnm referat, vt teſtis ſcripto, quæ nuncupata erant, complectatur, inde etiam inferunt noſtri interpretes, *vt Bald. numer. 7. Caſtrenſ. nu. 4. Fulg. num. 2. Iaſon. num. 7. Corn. num. 11.* valere dictum teſtis † ſi interrogatus de cauſſa ſcien- 15
tiæ, commemoret, ſe inde ſcire, quod diario rem adſcripſerit.

Obſeruandum deinde † ex fine noſtræ 16
legis, quod tabellio, qui ſolemnitates iure præfinitas non ſeruat, crimen falſi committerere videatur, *gloſſ. in † diction. doloſe.* vbi 17
addit hanc eſſe præſumtionem iuris, & de iure *Alberic. nu. 2 Cyn. num. 4. Ang. num. 4. Caſtr. num. 8.* quamuis in fine addubitet, *vt facit etiam Salyc. num. 5. accedunt Franc. Aret. in fin. Alex. num. 5. Sichard. num. 8. Felin. in c. ex literis, de fid inſtrum. num. 6. Alciat. reg. 3. præſ. 3. num. 9. Tobias Nonius Inſtit. de teſt in fin. prin. nu 65. & 66. Corn. conſ. 77. nu. 5. Menoch. lib. 2. arbitr. quæſt. caſ. 370.* idq; defendunt primo arg. noſtræ legis, deinde *l. nulli, infr. de numerar. & actuar. lib. 12.* Huc etiam referri poteſt *§. callidis, de prohib. feud. alien. per Frider.* Ceterum quia hæc ſententia ſatis dura videtur, quod crimen falſi ſine dolo non contrahatur, *leg. nec exemplum, infr. ad. leg. Corn. de falſ.* dolus autem non præſumatur niſi probetur, *leg. quotiens §. 1. ff. de hered. inſtit.* & repugnare videatur definitio, *§. quia vero veriſimile, nouel. de non alien. reb. eccleſ.* idcirco hæc inſpectio ſuam declarationem requirere videtur: Vnde Richard. Malumb. relatus a Salyceto & Alexan. & Baldus *nu. 9.* diſtinctionem introducere conati ſunt, an tabellio adſeueraſſet ſolemne eſſe, quod ſolemne non erat, vel ſciens & prudens ſolemnitatem, quæ interuenerat, omiſerit, an minus: vt hic excuſetur, illic autem crimẽ falſi contrahat, ipſe tamẽ Salyc. *n. 5.* Ale. *n. 8.* Fulg. *n. 4.* Phil. Cor. *n. 20.* Iaſ. *n. 9.* Bart. *in l. omnes, de petit. bonor. ſublat. num. 10.* Ioh. ab Imol. *in d. l. quotiens ff. de hered. inſtit. num. 3.* Aret. *Inſtit. de teſtam.*

Digitized by Google

de teſtam. in princip. nu. 9. Ruinus conſ. 145. vol. 5. Iul. Clar. in ſua pract. crimin. §. falſum, nu. 21.
18 conſtituunt, † ſpeciale eſſe in teſtamentis, vt omittens ſolemnitates præſcriptas, pœna falſi coerceatur, idque euincere verba noſtræ legis, dum ait, *quaſi doloſe in tam neceſſaria cauſſa verſati ſint*. Perinde, ac ſi in cōtractibus & ceteris cauſſis, quæ tanti præiudicii non intelliguntur aliud probandum eſſet, quod potius error præſumi debeat, quam falſitas, tradens regulam generalem, nunquam tabellionem ob ſolemnitates omiſſas falſi pœna afficiendum, niſi illud nominatim iure expreſſum ſit, Iacob. autem Menoch. in loco ſupra deſignato, arbitratur etiam in aliis cauſſis pœnam falſi locum habere, ſed extraordinaria pœna arbitrio iudicis pro qualitate negligentiæ, vel præſumti doli puniendum eſſe, idem *conſ. 37. num. 3.* auctor eſt, tūc pœnam ordinariam irrogari poſſe, ſi aliæ ſuſpiciones eundem tabellionem vrgeant, idem quoque tradit Maſcard. *concluſ. 1908. num. 35.*

In hac interpretationis varietate ſententiam Fulgoſii & Alexādri benigniorem ſtatuo, quod non quæuis culpa tam graui pœna coercei debeat, contra generalem definitionem, *l. ſæpe ita comparatum eſt, 53. ff. de verb. ſign.* non factum aut euentum rei ſed
19 conſilia † in delictis ſpectari, *item l. in lege, ff. ad leg. Cornel. de ſicariis.* Vnde etiam cōmuni calculo receptum eſſe animaduertimus, vt contractum alienationis rei feudalis, quæ ad conuenientem ſolemnitatem reuocata non ſit, ita demum acerbitate pœnæ, de qua *in d. §. callidis*, coerceatur, ſi tabellio ſciens fraudulentam alienationem conſcribat, *Iſernia ibid. num. 23. Afflict. num. 13. Fridericus Schenck, num. 3. Aluarot. in prin. Zaſ. in Epitom. feudorum, part. 9. num. 4. Borchold. in tract. de feud. cap. 8. num. 31. Schrader. part. 8. cap. 1. nu. 4. Roſenthal cap. 9. concluſ. 1. num. 6.*

20 Admonemur deinde *circa fin.* † *noſtræ legis* præſentem obſeruationem locum non habere in præteritis negotiis, ne ea quæ auctoritate veterum legum cōfirmata eſſent, temere in diſceptationem reuocarētur, de qua quæſtione conſulenda conſtitutio eſt, *l. leges ſupr. de legib. & commentaria noſtrorum Doctorum.*

Auth. Et non obſeruato.

Svmmaria.

1 *An ſolennitas nuncupandi heredis etiam in teſtamento nuncupatiuo ſublata videatur.*

2 *Sententia gloſſæ id aſſerentis.*

3 *Verior ſententia Baldi & Fulgoſii, nihil per noſtram auth. mutatum eſſe.*

HÆc authentica vt in precedēti lege admonuimus tollit ſubtilem illā ſolemnitatem, quæ in teſtamento in ſcriptis ibidem definita eſt, quod dies eius obſeruationis incomoda aperuiſſet, *Nouell. 111. c. quam ſit, de elect. in 6.* vnde a quibuſdam in diſceptationem reuocari cœpit, *an pari † ratione in teſtamento nuncupatiuo ſublata eſſet neceſſitas exprimendi nomē heredis*, de qua *in l. heredes palam, ff. qui teſt. fac. poſ.* Et gloſſa † quidē quamuis diffidēter, hoc aſſerere videtur, idemq́; ſtatuit Io. ab Imol. *in l. ſi vero, §. de viro, ff. ſol. matrim. item Nic. de Euerh. in ſuis locis legalib. a ratione l. larga, n. 27.* idemque videtur probare Alex *hic n. 1.* adhibita conſideratione, ꝙ ante promulgationem *l. praeced.* teſtator etiam per alium nomen heredis edere potuerit, ꝙ vtrum verum ſit, & qua ratione intelligendum in explicatione eiuſdem legis non omiſi. Sed † tñ videtur præferenda eſſe ſententia Baldi *hic n. 6 Fulg. n. 1. Phil. Corn. nu. 1.* qui auctores ſunt, per hāc noſtram authen. nihil in teſtamento nuncupatiuo mutatum eſſe: cum non eadem vtrobiq́; ſit ratio. Formam enim teſtamenti nuncupatiui ex deſignatione, quæ ore ipſius teſtatoris interponatur, metimur, vt oſtendimus *in leg. hac conſultiſſima, in princ. & §. per nuncupationem*, adeo, vt vix admittatur pronuntiatio tabellionis in præſentia teſtatoris, & eius mandato facta, vt ibidem oſtēdi. Porro, ſi quis perfectiorem de hac materia extenſionis doctrinam deſideret, is conſulere poterit, quæ ſcripſimus ad authent. *quas actiones, ſupr. de ſacroſ eccleſ. c. 8.* 1 2 3

Lex, Noſtram, 30.

Svmmaria.

1 *Quamuis teſtamentum per nudam teſtatoris pœnitentiam non tollatur, tamen aliud eſt, ſi facto inciſionis illud confirmetur.*

2 *An hoc teſtamentum tollatur ipſo iure, vel ope exceptionis.*

3 *Diſtinctio Bartoli intereſſe, an teſtator illud fecerit, antequam teſtamentum abſolutum eſſet, an vero poſtea, vt priori caſu ipſo iure nullum ſit, item & poſteriori, ſi heredes ab inteſtato ſint inſtituti.*

4 *Difficultas circa hoc vltimum membrum.*

5 *Cui emolumentum hereditatis deferatur inciſo teſtamento.*

6 *An cum teſtamenta hodie fere ſint nuncupatiua, definitio noſtræ legis locum habeat, diuerſæ doctorum ſententiæ.*

7 *Diſtinctio auctoris.*

8 *Quid obtineat ſi heredes ab inteſtato non poſſint do-*

cere, quod illorum contemplatione, teſtamentum conſciſſum ſit.

9 *An teſtator in dubio intelligatur teſtamentum conſcidiſſe, an vero caſu fortuito id factum eſſe.*

10 *Quid iuris ſit, ſi quædam in teſtamẽto deleta deprehendantur.*

1 QVamnis teſtamentum per nudam † teſtatoris pœnitentiam non facile reuocetur, §. *ex eo. Inſt. quib. mod. teſt. infir.* tñ ex p̃ſenti lege edocemur, ꝙ ſi hanc deliberationem facto inciſionis confirmauerit, teſtamentum labefactari, *vt hac noſtra lege, itẽ. l. fi. ff. de his, quæ in teſt. del. l. fi. ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſta l. qui ex liberis, 11. §. 1. ff. de bon. poſ. poſt ſecun. tab.* ſed ſi fortuito caſu illud accidiſſet, aliud probandum foret, *vt hic & l. 1. ff. de his, quæ in teſt. del. in pr. & §. ſed conſulto* Sed

2 quæſtionis eſt, *an hoc teſtamentũ tollatur † ipſo*

3 *iure, an vero ope exceptionis.* Et quidem † Bar. *in l 1. ff. de his, quæ in teſt. del. §. & hereditatis, n. 1.* & Bar. ſecutus ibidem Ioh. ab Imol. *nu. 4. Caſt. hic n. 1. Iaſ n. 1. Alex. n. 2. Sich. n 3. Franc. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 12. c. 1. nu. 31.* conſtituunt intereſſe, an teſtator illud fecerit antequam teſtamentum abſolutũ eſſet, an poſtea, vt priori caſu ipſo iure teſtamentum reſciſſum ſit, *l. 1. ff. de his, quæ in teſta. del. §. ſed ſi legi*: Secundo vero interſit, an illud fecerit vt diſcederet ab inteſtato, an minus, vt illic teſtamentum ipſo iure ſublatum ſit, *arg. l. fin. ff. de his, quæ in teſt. del.* hic vero teſtamentum adhuc valeat, ſed hereditatem fiſcus ab heredibus, tãquam indignis, poſſit auferre, *l. hereditas, infr. de his, quib. vt indig. l. proxime, ff. de his, quæ in teſtam. del. l. cum quidam, & l. cum in tabulis, §. fin. ff. de his quib. vt indig.* Hæc Bart. expoſitio eſt, quam tamen quoad ſecundam diſtinctionem, ſcilicet ꝙ teſtamentum ipſo iure rumpatur, ſi heredes

4 ab inteſtato voluerit † ſuccedere, nõ videntur noſtri Doctores probare, *vt Ang. hic n. 1. Salyc. nu. 1. Alberic. n. 1. Cyn. n. 1. Phil. Corn. n. 4.* vbi tamen paulo aliter diſtinguit, idemq́; etiam videtur ſentire glo. *in verb. non valere.* Sed hæc ipſa interpretatio vim verbis inferre videtur, dum aperte cauetur, quod teſtamentum non valeat, idemque colligatur ex *l. qui ex liberis, §. 1. ff. de bon. poſſeſ. cont. tab. item ex l. in fraudem 15. §. 1. ff. de teſtam. milit.* vnde Bartoli diſtinctionem præferendam puto, idq́; ex multis cauſſis quas p̃ſecuti ſumus in *l. ſancimus, h. tit.* Nec obſtare, *l. 1. § ſed ſi legi, ff. de his, quæ in teſt. del.* cum videatur quædam differentia conſtituenda, inter factum eius, qui nomen vnius legatarii vel heredis deleuit, & qui totum teſtamentũ concerpſit, aut ſigillum ſuum inde reuulſit, aut linũ ſignorum, aut deniq́; ipſum teſtamentum pro inſigni parte incidit, *vt hac noſtra lege, & legibus ſupra allegatis.* Quidquid ſit, ipſe Fulg. *hic n. 1. Corn. n. 4. Raph. Cuma. in l 1. ff. de his, quæ in teſt. del. n. 6.* fatentur etiam ipſum heredẽ, ab inteſtato hoc caſu bonorũ poſſeſſionem habere, vel aliud denique remedium.

Reliquum eſt † vt inſpiciamus, *cui inciſo teſtamento, hereditatis emolumentum deferatur, an heredi ab inteſtato, an vero fiſco.* In hac diſceptatione placet diſtinctio Dyni quã refert & probat hoc loco Alberic. *n. 2. Cyn. n. 3. Bar. n. 3. Bald. n. 1. Ang n. 2. Fulg. n. 1. Salyc. n. 3. Alex. n. 3. Phil. Corn. n. 6. Iaſ. n. 2. Franc. Mant. de coniect. vlt. vol. lib. 12. c. 1. n. 31.* vt ſi teſtamentum dilacerarit, vt inteſtat' decederet, proximi admittantur, *l. fi. ff. de his, quæ in teſta. del.* ſiue ipſo iure prius teſtamentum ruptum ſit, ſiue ope exceptionis, vel alia ratione eo res deduci debeat. Quod ſi vero illud propterea fecerit, quod heredem inſtitutũ indignum putaret, tunc quidem teſtamentum ipſo iure non tollatur, ſed tamẽ fiſcus hereditatem tãquam ab indigno auocare poſſit, *l. hereditas, infr. quibus. vt indig. l. cũ quidam, & l. cum tabulis, §. fi ff. eod. l. proxime, ff. de his, quæ in teſtam. del.* Quod ſi vero illud dubium eſſe ponamus, vt heredibus ab inteſtato potius ſubueniatur, *arg. d. l. fi. ff. de his, quæ in teſta del. l. 1. §. ſi heres, ff. ſi tab. teſtam non extab l. 2. & l. ſi poſthumus. in fi. pr. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* quamuis gloſſa hic *in verb. non valere*, contrarium defenderit Admittit tñ hęc inſpectio interpretationem ſuã, vt ſiquidem conſtet, quod grauis aliqua offenſa teſtatorem accenderit, intellgatur heredem indignum iudicaſſe, quamuis de hoc ipſius ani animo aliter non conſtet quam per teſtamenti inciſionem, ita aperte declarãt Cyn. Alber. Salyc. Fulg. Ang. Bal. Corn. Mant. *in locis allegatis*, & ita exaudio quoq́; Bartolum & Alex dum Dyni diſtinctionem, id etiam commemorantis, ſequuntur.

Sed hic magna exoritur † difficultas, *an, cum hodie omnia fere teſtamenta ſint nuncupatiua, ita vt ſcriptura ob ſolam probationis cãm a tabellione interponatur, definitio p̃ſentis legis adhuc obtineat?* Et Zaſ. quidẽ *cõſ. 1. n. 31. lib. 1.* in ſimili caſu, cũ ſigillũ teſtatoris remotũ eſſet, pronuntiat propterea teſtamentũ non vitiari, quod ea, quæ abundant, ſiue addantur, ſiue detrahantur, non ſoleãt teſtamenta, aut alias diſpoſitiones vitiare, *l. teſtamentũ, 17. l. qui mutuã, ff. mãdati*, ꝙ & ipſum cõfirmare

Digitized by Google

mari videtur arg. *l. fin. ff. de his quæ in teſtam. del.* vbi ſi teſtator ex duab. tabulis vnas conceerpſerit, reliquæ autē ſaluæ ſint, ita demum audiuntur, ſi probēt teſtatorē illud eo conſilio feciſſe, vt exitū inteſtati faceret, innuere volens in dubio hanc coniecturam non admitti *Bal. hic n. 3. Caſt. n. 6.* quamuis in alio caſu, de quo poſtea, diſſentiat Ang. *n. 3. Salyc. n. 4. Alex. n. 3. Fulg. n. 1. Phil. Corn. n. 12. Alber. Bald. in l. ſi. ff. de his, quæ in teſt. del. in ſuis ſummariis Raph. Cuman. n. 1. & Ioh. ab Imol. num. 1. Bart. n. 1. & in ſuo ſummar. Caſt. n. 1. Ang. in ſuo ſummar.* & paulo propius ad noſtrā quæſtionem accedendo Ang. *in hac noſtr. l. num. 3.* & & Ang. ſecutus Alex. *n. 3.* auctores ſunt, ꝙ ſi teſtamentum nuncupatiuum, cuius verba tabellio ſuo protocollo adſcripſerat, in publicam formam redactum, vt ſolet, teſtatori tradiderit, & teſtator hoc ipſum teſtamentum poſtea conſciderit, vel alia ratione corruperit, quod non ſolum fiſcus, ſed ne heredes quidē ab inteſtato aliquid iuris hoc caſu vindicare poſſint, cum teſtamentum nuncupatiuum hoc caſu ſublatum non cenſeatur, & eius fides ex Protocollo impleri poſſit. Cererum hanc definitionem eodem loci impugnat Caſt. *n. 4.* quod teſtator totam vim vltimæ volūtatis in huiuſmodi ſcriptura cōſtituiſſe videatur, *idem Caſt. hic n. 4. Bal. in l. proxime, eod. t. n. 3.* vbi hoc ipſum quoque expreſſe confirmat, idem Bald. *hic. n. 1. & 2. item Philip. Corn. numer. 13. Franciſc. Mant. de coniect. vltim. volunt. libro duodecimo, cap. primo, nu. 33.*

7 In propoſita contentione † cōſtituerem intereſſe, an appareat de voluntate teſtatoris, quo conſilio illud fecrit, veluti ꝙ dixerit, vt ab inteſtato ſibi ſuccedi vellet, tunc enim proximis morem gerēdum eſſe ſecundum definitionem, *d. l. ſi. ff. de his quæ in teſtam. del.* Quod ſi vero ꝓfeſſus eſſet ſe illud propterea facere, ꝙ heres ſcriptus indignus eſſet tali hereditate, vel etiam alia ratione probari poſſet de offenſa, qua teſtator exacerbatus ad huiuſmodi cōſilium proſiliiſſe videatur, fiſco hoc caſu locum eſſe, ſecundum ea, quæ ſupra propoſui, cauſſa enim declarat animum & affectionem id facientis, *l. proxime, & l. cancellauerat, ff. de his, quæ in teſtam. del.* Nec puto obſtare doctrinam Angeli & Alexandri. Illa enim ſi bene inſpiciatur facile conciliationi locum dabit, cum nitatur definitione *l. ſi. ff. de his, quæ in teſtam. del.* quæ in dubio conſtituit, diſcerptum non efficere, quo minus aliud adhuc valeat, ſed ſi exſtent offenſionis cauſſę, hic illud minime dubium eſſe proponimus.

Quæ conſideratio dirimere poteſt tertiam † noſtræ diſceptationis quæſtionem, *quid probandum ſit, ſi heredes ab inteſtato non poſſint docere, quod illud eorum cōtemplatione fecerit, neque etiam fiſcus, quod illam offenſam contraxit*, vt ſcilicet heredi nuncupato non denegentur hereditariæ actiones, cum in Protocollo adhuc appareat de voluntate teſtatoris, & in dubio pro teſtamento pronuntiandum videatur, *l. Papinianus, 8. §. ſi. ff. de inoff. teſtam.* vt hoc modo obtineat ſententia Angeli & Alexandri, quāuis, ſi aliquæ cauſſæ inſtruerent intentionem heredum ab inteſtato ſuccedentium, ſtatuerem Baldi & Caſtrenſis ſententiam repudiandā nō eſſe. 8

His ita digeſtis † rurſum in diſceptationem vocatur, *an in dubio ipſe teſtator intelligatur teſtamentum conſcidiſſe, an vero illud fortuito caſu eueniſſe?* Et Bald. quidem *hic n. 6. Io. Sichard. n. 2. Franc. Mant. de coniect. vlt. vol. libr. 12. tit. 1. n. 30. Io. ab Imol. in l. proxime, n. 10.* arg. eius textus, & Bart. ibid *in dict. nomen, Alex. conſ. 104. n. 6. vol. 7. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. reſol. lib. 1. c. 4. n. 1.* exiſtimant, teſtatorē illud conſulto deleuiſſe videri, adducūt, *l. Labeo, ff. de ſupell. leg.* accedit, quod cum *in d. l. proxime, ff. de his quæ in teſt. del.* fauore libertatis ſpeciale ſit, vt ea quæ inducta ſunt, inconſulto videantur deleta eſſe, conſequens videatur, quod in contrarium ſit ius cōmune. De qua re nos copioſius tractare ſuperſedemus, quod de eadem inſpectione, nec non certis eiuſdem declarationibus diſſeruimus *ſupr. in l. ſi vnus hoc tit.* 9

Hæc de inciſione teſtamēti † ſuffecerint; ſi autem teſtator aliquid in teſtamento deleuerit, paulo aliter diſtinguēdum videtur. Intereſt enim, *vt ait Alberic. hic n. 4. poſt Oldrad ab eo allegatū, Bald. nu. 2. Caſt. n. 2. Corn. n. 7. Fulg. n. 2. Iaſ. n. 2.* an totum teſtamentū deleuerit, an verò nōnulla nomina heredum, vel legatariorū, primo caſu ſiquidē conſulto illud factum eſt, *l. 1. §. ſed conſulto*, totum teſtamentum vitiatur, ſecūdo vero, illa pars quæ inducta eſt, *l. cancellauerat, & l. proxime, ff. de his. quæ in teſt. del.* vnde colligimus, quod quamuis teſtamentum ſine heredis inſtitutione non valeat, & propterea etiam deleto nomine heredis, viderentur legata & fideicommiſſa corruere, *iuxta l. cum principalis, ff. de reg. iur.* quod tñ hoc admittendum non ſit in præſenti caſu, idque cōſiderata æquitatis ratione. Porro ſi inconſulto quædam deleta 10

ſint, hic aliud dicẽdum eſſet, *l.1.ff. de his, quæ in teſt. del. in pr. & §.1. item §. ſed conſulto.* Vnde exoritur quæſtio, quam mouit gloſ. *hic in verb. ad hereditatem*, quo remedio huic ſubueniri poſſit, atque diſtinguens ſtatuit, quod ſi viuo teſtatore illud factum ſit, adiri poſſe hereditatem, de Iure ciuili, bonorũ poſſeſſione denegata, *l.1. §. ſemel, & §. ſi roſa.* Quod ſi vero poſt mortem teſtatoris illud eueniſſet, tabulis ſemel in iudicio prolatis, tunc heredem ad vtrumque remedium aſpirare poſſe, *l.1.ff. ſi tab. teſtam. non extab. gloſſam ſequuntur Alex. n.4. Caſt. nu.3. Fulg. n.2. Corn. nu. 14. Iaſ. n.2.* qui etiam paulo plenius hanc materiam expediunt. Addit enim Paul. Caſt. & Corn *quod ſi verba ita deleta ſint, vt legi non poſſint, hic nullo modo dandam eſſe bonorum poſſeſſion. neque etiam hereditatem adiri, arg. l.1. in prin. ff. de his, quæ in teſtam. del. niſi, de ipſo teſtamento, quod in iudicium productum eſſet, exemplar authenticum exhiberet:* putarim tamẽ hoc caſu non impediri aditionem hereditatis ſi teſtamentum eſſet nuncupatiuum. Exiſtimat præterea idem Caſtr. quod ſi teſtamentum hoc modo deletum ſit, & teſtator hoc ſciuerit, nihil ex huiuſmodi diſpoſitione deberi, quamuis inductæ literæ legi poſſint, ꝙ teſtator ſibi imputare debeat, quare huic vitio non ſubuenerit, *arg. l. tractabatur, ff. de teſtam. mil.* Sed hanc obſeruationem Caſtrenſis & duram exiſtimo, & veram non eſſe, vt etiam eãdẽ refellit Corn. poſt gloſſ. & Doctores, *in l.1. §. ſed ſi legi, ff. de his, quæ in teſtam. del. arg. eius tex. in prin.* cum multa emergere potuerint, quæ prohiberent teſtamentum renouari. Ratio diuerſitatis inter hæc iura colligitur, *ex l. fin. ſupr. qui admit. l. ad bonorum poſſeſſ. poſ.* quod cum quis bonorum poſſeſſionem coram iudice agnoſcere debeat, & is teſtamẽtum vitiatum eſſe animaduertat, merito eandem denegare poſſit, *vt d. l.1. §. ſemel. ff. de bon. poſſ. ſecund. tab. l. fin. infra. de edict. diui Adrian. toll.* non idem autem requiratur in aditione hereditatis, *l. pro herede, & l. gerit, ff. de acq. vel omit. hered.* vnde anceps eſt controuerſia, quid facere debeamus in illis caſibus, in quibus duntaxat defertur bonorum poſſeſſio Et Ang quidem *hic nu.3. in fi.* poſt Petrum de Bellapertica, & Cynum, Iaſon *hic n.2.* conſtituunt Imperatorem adeundum, qui conuenientem huic negotio formam accommodet, idem probare videtur Phil. Corn. *nu. 15* ſi Imperator de certa ſcientia reſcribat. Aliam ſententiam Angeli referunt, idem Corn. *nu. 15. & Fulg. nu. 2.* quod ſcil. heres deſiderare poſſit, vt teſtes ad perpetuam rei memoriam examinentur, vt hoc modo poſſent petere vtilẽ bonorũ poſſeſſ. *arg. l.2. ff. de bon. poſſ. ſecun. tab.* ſed non commemorat, quo loco Ang hanc ſententiam tueatur, ipſe aũt Fulg. hoc caſu conſtituit nullum remediũ eſſe, *arg. l. ſi poſthumus, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſta.* vbi ſola datur bonorum poſſeſſio, quam ſentẽtiam veriorem puto, adhibita tamen moderatione Cornei, vt Princeps ex certa ſcientia ſubuenire poſſit.

Lex Final.

Summaria.

1 *Quid ruſticis in cauſſa teſtamẽti indultũ a Iuſtin. ſit.*
2 *Conſuetudinẽ nõ poſſe teſtamenti ſolemnitatẽ tollere, niſi ſit vltra memoriam hominum repetita.*
3 *Inopiam teſtium nõ efficere, vt minor numerus quam ſeptem interuenire poſſit.*

CVm in omni teſtamento 7. teſtes, † & ꝑterea multæ aliæ ſolemnitates, de quib. 1
in l. hac conſultiſſ. ſup. de teſt. exigãtur, adeo vt minima parte omiſſa, teſtamentũ ex eo periclitari poſſit, *l. ſi vnus, 12. h. t. l. ad teſtiũ 22. §. ſi quis teſtib. & §. ſignũ, ff. qui teſt. fac poſſ.* & ꝓpterea accideret, vt ſæpe ruſticorum vltimæ voluntates periclitarentur, qui diuerſæ conſuetudini aſſueti, in tanta cõpoſitionis ſubtilitate facile impingebãt: idcirco Imperator habita ratione humanitatis, ruſticanis indulget, vt in locis, in quibus raro literati homines inueniuntur, antiqua eorum conſuetudo vicem legis obtineat, ita tñ, vt ſi ibi ſcientes literas inuenti fuerint, 7. teſtes adhibeantur, & vnuſquiſq; pro ſua perſona ſubſcribat, vbi autem non inueniuntur literati 7. teſtes, promiſcue etiam alii, qui ſcribere neſciant, vocari poſſint, quorum ſi non ſit plenus numerus quinque ſufficere, minus aũt nullo modo Imperator concedit. Multa ex hac noſtra lege colligi poſſunt, quorũ pleraque cõmunem noſtrorũ interpretum ſententiã offendunt. Vna eſt, ꝙ ne conſuetudine quidem comparari poſſit, vt minor numerus teſtium quam 7. adhibeatur, id n. aperte euincunt verba legis, *Concedimus antiquam eorum conſuetudinẽ vicem legis obtinere,* & rurſum ſequentiã, *minus autem quam quinque teſtes adhiberi, nullo modo concedimus.* Et quamuis † diſſentiant Bart. *hic. n 4. Bald. n.6. & 8. Ang. n.4. Caſt. n.1. & 2.* vbi ait cõmuniter contrarium teneri, *Salyc. n.4. Alex. n. 10. Iaſon. n.10. Cyn. n.4. Corn. n.3. & multi alii quos refero in l. hac conſultiſſima, ſupra hoc titulo,* tamen nulla ratione ſe expedire poſſunt, 2

ex repu-

ex repugnantia pręſenis legis. Si enim conſuetudo cuiuſque loci mutare formam teſtamētis præſcriptam poteſt, quid opus fuit huius legis promulgatione? contra *l. 1. ff. ad municipal.* aut quorſum beneficium Principis, & humanitás tantopere hac l. cōmendata, qua nihil tribueret cōtra *l. fin. ff. de conſt. Princip.* Conſtituo itaque conſuetudinem, hoc non poſſe, vt recte defendit Iacobus de Aren. & Fulgoſ. *hic num. 2.* niſi ſit vltra memoriam hominum repetita, *argum. cap. ſuper quibuſdam, de verbor. ſignif.* tamen fateri debemus, & communem interpretationem, & contrarium hominum conſenſum, vt etiam agnoſcit ipſe Fulgoſius plane aduerſari, & propterea periculoſum eſſe, ab eadem diſcedere.

Præterea ex noſtra lege colligimus ino-
3 piam † teſtium non efficere, vt quis non ſolemnem numerum adhibere poſſet, cum ruſtici teſtamentum coram minori numero, quam quinq; teſtium facere nequeant, quamuis ibidem maior copia hominum nō inueniatur, vnde idem conſtituo, quamuis quis in mari ſit, aut in ſylua, aut denique in carceribus, quod huius rei cauſſam, vt & ceteros fortuitos caſus fato quis adſcribere debeat, *l. inter cauſſas 26. §. non omnia, ff. mandat.* & morientis cuiuſque interſit, ne in paucitate teſtium quid falſi committatur, *l. iubemus, hoc tit.*

De heredibus inſtituendis, & quæ perſonæ heredes inſtitui non poſſunt.

TITVLVS XXIIII.

Lex prima.

SVMMARIA.

1 *Qui deportantur, tanquam peregrini, non poſſunt capere ex teſtamento.*
2 *An facultas teſtamenti faciendi, & ex teſtamento capiendi ſit iuris ciuilis, an vero iuris gentium?*
3 *Auctores, qui aſſerunt illam facultatem iuri ciuili adſcribendam.*
4 *Viginti duo argumenta, quibus hæc opinio confirmari videatur.*
5 *Contrariæ ſententiæ, quod ſcilicet ſit iuris gentium, propugnatores.*
6 *Tredecim argumenta pro defenſione huius vltimæ opinionis.*
7 *Conſideratio auctoris.*
8 *Quæ in cauſſa teſtamenti iuri ciuili debeantur.*
9 *Quæ autem proficiſcantur a iure gentium.*
10 *Deportationem ante tempora Auguſti cognitum non fuiſſe.*
11 *Intellectus §. fin. Inſt. de vſu & habitat.*
12 *Non ſolum ciues Romanos teſtamentum condere potuiſſe, ſed etiam extraneos Romanis ſubiectos, nō tamen illud habuiſſe prærogatiuam Romanarum legum.*
13 *Peregrinos duplici in ſignificatione accipiendos, vt extorres & extraneos.*
14 *An peregrini in vltima ſignificatione teſtamentum facere potuerint?*
15 *In orbe Romano qui ſunt, & per cōſequens Germani, Galli, Hiſpani, pro ciuibus Romanis accipiendi ſunt.*
16 *Noua cōſtitutio Friderici de peregrinis loquens, quare promulgata ſit.*
17 *Sublata difficultas l. cum quidam, ff. de pœ. quod deportati retineant ea, quæ ſunt iuris gentium, cum tamen teſtamenti factionem amittant.*
18 *Intellectus l. ſed ſi accepto. ff. de iure fiſci.*
19 *Ius ciuile ex naturali ratione nonnullis teſtamenti factionem denegare poſſe.*
20 *Legem 12. tab. ius gentium confirmando teſtamenta comprobaſſe, nihil autem de nouo induxiſſe.*
21 *Quare ſeruus teſtandi ius non habeat?*
22 *Teſtamenti formam & ſolemnitatē eſſe iuris ciuilis.*
23 *Etiam publica iura, iure gentium accepto ferenda ſunt.*
24 *An inſtitutio heredis ſit iuris gentium, vel iuris ciuilis?*
25 *Forma adeundæ hereditatis iuris ciuilis eſt, non autem aditio.*
26 *In §. ſed cum paulatim, Inſt. de teſtam. tract. de forma teſtamenti, non eius ſubſtantia.*
27 *Quare fideicommittendi ius ab initio cognitum non fuerit.*
28 *Iſidorum diſt. 1. loqui de illo iure ciuili, quod liberos, qui erant in poteſtate, duntaxat vt ſuos ad ſucceſſionem admittebat.*
29 *Teſtamenti diſpoſitionem non conferri in tempus mortis, ſed exſecutionem ipſius.*
30 *In quæſtione, an origo & materia, an vero forma rei, de qua tractetur, denominationem dare debeat? nos intueri debere, quid excellat.*
31 *Solonem non fuiſſe primum auctorem teſtamenti, ſed illum, quod iuris gentium erat, legis auctoritate confirmaſſe.*
32 *Vtilitas præſentis inueſtigationis.*
33 *Quis deportatus eſſe intelligatur.*
34 *Etiam illos, quibus aqua & igni interdictum eſt, nihil poſſe ex teſtamento capere.*
35 *Quid obtineat in exſulibus noſtri temporis.*
36 *Deportatum & exſulem poſſe teſtari, de his bonis, quæ extra territorium quæſita ſunt.*
37 *Deportatis poſſe alimenta relinqui.*
38 *Militem deportatum inſtituere non prohiberi.*
39 *Relegati teſtamentum facere poſſunt.*
40 *Si quis deportatum inſtituerit, cui illa hereditas deferatur.*
41 *Sententia gloſſæ fiſcum hoc iuris conſequi.*
42 *Contraria ſententia Cyn. Alber. Bart. Baldi.*
43 *Argumenta, quibus gloſſæ ſentētia aliqua ratione confirmari videatur.*
44 *Contrariæ ſententiæ fundamenta.*
45 *Intellectus l. hereditas infra, de his quibus vt indignis.*

46 *Interpretatio l. ſi deportati, de legat. 3.*
47 *An ea, quæ in deportato dicta ſunt, etiam ad alias perſonas incapaces transferri queant?*

1 CVm præſenti in reſcripto ſtatuatur, † illos, qui deportantur, ſi heredes ſcribantur, tanquam peregrinos capere non poſſe, quaſi teſtamẽti faciendi, aut ex eo quid adquirendi nemo ius habere videatur, quam illi, qui ciues Romani ſunt: pro euidentiori huius rei explicatione, ſtatuo mihi præuertendam quæſtionem, de qua me hoc loci
2 diſceptaturũ multis in legibus promiſi, *an* † *ſcilicet facultas teſtamenti faciendi, & ex teſtamento capiendi, iuris ſit ciuilis, & eius beneficio debeatur, an vero ſit iuris gentium?*

3 Eſſe iuris † ciuilis, tradiderunt gloſſ. *in hac noſtra lege, in verb. non poſſunt*, Salyc. *n. 2.* Fulg. *num. 3.* Franc. Aretin. *num. 1.* Iaſon *n. 1.* gloſſ. *in l. quidã, in verb. non habeant, ff. de pœn.* *Bart. in l. ex hoc iure. ff. de iuſtit. & iur. num. 5.* Bald. *in l. decernimus, C. de ſacroſanct. eccleſ. num. 10.* Alciat. *in l. Gallus, in princ ff. de liber. & poſthum. hered. inſt. & ibid.* Marc. Aquilin. *in §. & quid ſi tantum, num. 62.* Caſtr. *in l. 3 ff. de teſtam. n. 3.* Port. *Inſt. de teſtam. in princip. num. 2.* Bellon. *ibid. num. 12.* Thobias Non. *num. 21.* Præterea Picenard. *in 8. notab.* Oſerius *num. 12.* relati a Petro Ricciard. Paul. Caſtr. *in l. 1. ff. ad legem Falcid.* Pariſ. *conſil. 1. num. 59. lib. 2.* Alciat. *in l. filiusfamilias, §. Diui, ff. de legat. 1. numer. 8.* Arrius Pinell. *in l. 2. infr. de bonis matern. n. 7.* Emanuel Soarez. *in theſaur. commun. opin. in verb. teſtamenta*, Corneus *conſil. 137. num. 5. libro 2.* Guil. Benedict. *in c. Raynutius, in verbo, teſtamentum, num. 2.* Donell. *lib. comment. 6. c. 1.* Balduin. *ad leges Romuli, c. 26. num. 3.* Et in hac ſententia quoque eſſe videtur Dionyſ. Godofred. *in verb. peregrinus*, quamuis illud non apertè explicet Ferd. Vaſq. *lib. 1. de ſucceſſ. creat. c. 1 num. 1.* nec dubitarunt, hanc opinionem cõmunem aſſerere Port. & Guil. Benedict.

4 In tanto Interpretum numero † non deſunt quoque argumenta, quæ hanc ſententiam inſtruant, & quaſi certam reddere videantur.

Principio enim in cauſſam deduci poteſt §. *fin. Inſt. de vſu & habitat.* vbi cum Imperator oſtendiſſet, ſe diſſeruiſſe, quibus modis iure gentium res acquirantur, addit ordinis eſſe, vt etiam diſpiceret, quibus modis legitimo & ciuili iure eædem acquirerentur, vnde cum ſtatim ſubiiciat titulos *de vſucap. de teſtament.* innuere voluit, teſtamenta eſſe iuri ciuili accepto ferenda.

Secundo commendat hanc ſententiam *l. 1. ff. ad leg. Falcid.* in hæc verba: *Qui ciues Romani ſunt, qui eorum poſt hanc legem rogatam teſtamentum facere volet, vt eam pecuniam, eaſq; res, quibuſq; dare, legare volet, ius poteſtaſq; eſto, vt hac lege ſequenti licebit.*

Tertio huic contermina eſt definitio *l. 120. ff. de verbor. ſignificatio.* verbis legis *12. tab. his: vt legaſſet ſuæ rei, iſta ius eſto.* latiſſima poteſtas tributa videtur, & heredes inſtituendi, & legata & libertates dandi.

Quarto huc pertinet *l. 130. eod. tit.* quæ ita compoſita eſt, *Lege obuenire hereditatem, non impropriè quis dixerit, & eam, quæ ex teſtamento defertur, quia lege 12. tab. teſtamentariæ hereditates confirmantur.*

Quinto non vulgare pondus huic aſſertioni præbet conſtitutio, in cuius enarratione verſamur, deportatos & peregrinos, id eſt, non ciues Romanos, ex teſtamento capiendi ius non habere.

Sexto his reſpondet *l. ſed ſi accepto 32. ff. de iure fiſci*, vbi obſides ita demum ius teſtandi habent, ſi accepto vſu togæ Romanæ, vt ciues Romani egerint.

Septimo pugnat pro hac ipſa enuntiatione *l. ſunt quidam, 17. ff. de pœn. §. 1.* quod deportati retineãt ea, quæ ſunt iuris gentium, amittat autem ea, quæ ſunt iuris ciuilis. Certum autem eſt, deportatos non habere ius teſtandi, *l. eius 8. §. in inſulam, ff. qui teſtam. fac. poſſ.* neque etiam ex teſtamento capiendi, *vt hac noſtra lege*, cõſectarium itaque eſſe videtur, vt teſtamentum iuri ciuili adſcribere debeamus.

Octauo ſuffragatur *l. nemo, pen. ſupr. qui teſtam. fac. poſſ.* quod teſtamentum facere nequeant, niſi perſonæ, quibus id conceſſum eſt.

Nono non abhorret definitio *l. teſtandi, 13. ſupr. de teſtam.* quod teſtandi cauſſa de pecunia ſua legibus permiſſa ſit, nõ tamen derogare iuri publico, aut iuriſdictionis formã mutari poſſe.

Decimo non aliena quoque illa cõſideratio eſt, quod quamuis ſeruus ſit capax illorum, quæ ſunt iuris gentium, *l. quod attinet, 31. ff. de reg. iur.* non tamen idem eueniat in teſtamento *l. debitor 82. §. fin. ff. de legat. 2. l. qui teſtamento 20. ff. qui teſtam. fac. poſſ. §. ſeruus*, vbi in quæſtione, quare ſeruus in teſtamento teſtis eſſe nequeat, illa ratio redditur, ꝙ iuris ciuilis communionem non habeat.

Vndecimo confirmat ea, quæ dicta ſunt, authent. *diſponat, Nouell. 22. de nupt.* quæ vltimam

Digitized by Google

timam voluntatem legis vim habere conſtituit, quod lex antiquiſſima 12. tab. id conceſſiſſet.

Duodecimo Paul. Caſtr. vim in eo cõſtituit, quod teſtamentũ dicatur eſſe iuris publici, *l. 3. qui teſtam. fac. poſſ.* quodque inter ius publicum & ciuile non videatur eſſe differentia §. *fin. Inſt. de iuſt. & iure.*

Decimo tertio, ꝙ cum inſtitutio ſit caput & fundamentum ipſius teſtamẽti, §. *ante heredis, Inſt. de legat.* & illa ſit iuris ciuilis, §. *quos aũt, Inſt. de bonor. poſſ.* quod etiã & teſtamentum in illa conditione recenſeri debeat.

Decimo quarto, quod cum teſtamentũ ſine aditione hereditatis nullius momenti cenſeatur, *l. nemo, ff. de reg. iur.* aditio autem hereditatis inter actus legitimos cõmemoretur, *l. actus 77. ff. de reg. iur.* quod idem iudicari etiam debeat de ipſo teſtamento.

Decimo quinto, ꝙ cum *in* §. *ſed cum paulatim, Inſt. de teſtam. &* §. *praced.* recenſeatur origo teſtamenti, illa nõ feratur accepto iuri gentium, ſed iuri ciuili, prætorio, & conſtitutionibus Principum.

Decimo ſexto, huius rei argumentũ locuples fidecommiſſa præbere poſſunt, quæ primum infirma cum eſſent, tandẽ auctoritate Imperatorum vires & effectum ſortita ſunt *Inſt. de fideicom. in prin.*

Decimo ſeptimo, conuenit cum his, quæ cõmemorata ſunt teſtimonium Iſidori, *diſt. 1. c. fin.* in hęc verba: *Ius Quiritiũ eſt proprie Romanorum, quod nulli tenent, niſi Quirites, id eſt, Romani, in quo agitur de legitimis hereditatibus, de cretionibus, de tutelis, de vſucapionibus, qua iura apud nullum alium populum reperiuntur, ſed propria ſunt Romanorum, & in eoſdem ſolos conſtituta*

Decimo octauo, hanc concluſionẽ viua ratio fulcire poteſt, ꝙ diſpoſitio cõferatur in illud tẽpus, quo quis dominus futurus nõ ſit, & non multũ inter ſe differant, nõ poſſe aut reiicere in illum diem, quo quis illud facere nequeat, *l. eum 13. §. 1. ff. de iuriſd. omn. iud & l. cum non ex eo die, inf. quand. prouoc. non eſt nec.*

Decimo nono, ꝙ cũ forma rei, nomen, & quodãmodo ipſam eſſentiam tribuat, *l. ſi is qui quadringenta 80. ff. ad l. Falc. l. Iulianus, §. ſi quis, ff. ad exhibend.* & teſtamenta formã ex diſpoſitione iuris ciuilis accipiant, *l. hac conſultiſſima, ſupr. de teſtam.* quod etiam inde ſequatur, teſtamenta eſſe iuris ciuilis.

Vigeſimo, Ferd. Vaſquius magnopere ad confirmationem huius inſpectionis facere putat, ꝙ antiquitus omnia fuerunt communia, *l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iur.* vnde cum nõ eſſet vllum diſcrimen inter meum & tuum, teſtamenta etiam non potuiſſe confici.

Vigeſimo primo, huc pertinet, quod in fragmẽtis Vlpiani *tit. 22. §. 1.* ſcriptum videmus, *quod qui dedititiorum numero eſt heres, inſtitui non poſſit, quia peregrinus eſt.*

Vltimo, vrget illa conſideratio, ꝙ ante tẽpora Solonis legiſlatoris, teſtamẽta nullam vim habuerint, *vt oſtendit Balduі. ad leges Romuli, c. 26.* quodq; ex Tacito de morib. Germaniæ ſcribẽte edoceamur, *apud Germanos nullum teſtamentum in vſu fuiſſe*, in verba ſequentia: *Heredes tamen ſucceſſoresq; ſui cuiq; liberi, & nullum teſtamentum, ſi liberi non ſunt, proximus gradus in poſſeſſione fratrus, patroni, auunculi.*

Contrariæ ſententię † aſſertores ſunt, ſibi non vſq; adeo conſtantes, Bart. *in l. interdũ, n. 7. ff. de cond. indeb.* & ibid. Iaſ. *n. 4.* idẽ Iaſ. *in l. ſi teſtamentũ, n. 6.* Fulg. *n. 2.* Rom. *n. 11.* Alex. *in rub. de acq. hered. n. 4.* Coraſ. *in l. ſi teſtamẽto, n. 15. inf. de impub. & aliis ſubſt.* Ioan. Hannib. *in l. nemo poteſt, ff de legat. 1. n. 109.* Thurzac. *in theſ. com. opin. in dictione teſtamentũ, nu. 1. & 2.* Villalob. *n. 20.* vbi hanc opinionẽ cõmunem dicunt Crauet. *conſ. 235. n. 6.* Decius *conſ. 357.* Iul. Clar. *lib. 3. ſent. §. teſtamentũ, q. 2.* Curt. Senior *conſ. 65. ſuper pramiſſa, n. 5. col. 2.* Calcan: *conſ 8. n. 16.* Pariſ. *conſ. 45. n. 32. lib. 3.* Did. Couar. *var. reſol. lib. 3. c. 6. n. 7.* Fortun. *in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, nu. 287.* Corn. *in l. ſi teſtamentum, n. 2. ſup. de teſtam.* qui tamẽ certa ratione diſtinguit, vt poſtea intelligemus, Iacob. Cuiac. *ff. qui teſtam. fac. poſſ. ad legem 3. eiuſdem titul.* vbi pariter diſtinguit, Vigl. § *ſed pradicta, Inſt. de teſtam. n. 4.* Franciſc. Conan. *comment. lib. 9. c. 1. nu. 3.* Franc. Duaren. *in explic. eiuſdem tit. c. 1.* Vulteius *Inſtit. de teſtam. in prin. & n. 1.* Schneid. *ibid. n. 6.* Petr. Ricciard: *ibid. n. 153.* vbi nonnullos alios adhuc refert: Accedũt alii, quos cõmemorat Ferd. Vaſq. *de ſucceſſ. creat. c. 1. n. 1.* vbi tradit hanc opinionem indubitanter communem eſſe, quamuis aliam veriorem putet. 5

Hæc ſententia † etiam ſua fundamenta habet, quemadmodũ ex his, quę poſtea perſequemur, apparebit. 6

Principio, ꝙ cum quilibet ſit arbiter, & moderator rerum ſuarũ, *l. in re mandata, ſup. mandat. l. 2. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt, l. Proculus, ff. de damno infect.* idque iure gentium & naturali viuis cõcedatur, abſurdum videri, ſi morientibus hæc facultas auferatur, *l. 1. ſupr. de ſacroſ. eccleſ.*

Digitized by Google

Secundo, quod cum nihil tam naturale ſit, quam voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferre ratam ſeruari, *Inſt. de rerum diuiſ. & acq. ear. domin. §. per traditionem, l. naturalem 9. §. hæ quoque, ff. de acq. rerum dom.* id potiſſimũ in ſupremis morientium votis euenire dicamus.

Tertio, quod hanc facultatem adeo naturæ iuri inniti videamus, vt nulla cõuentione etiã ab ipſo teſtatore interpoſita infringi poſſit, *l. pactum 15. ſupr. de pact. l. hereditas, ſup. de pact. conuen. l. fin. ff. de ſuis & legit. hered. cum ſimil.* cum tamen beneficia iure ciuili quæſita quilibet paciſcendo amittere poſſit, *l. pen. ſupr. de pact.*

Quarto, quod cum ius ſucceſſionis ab inteſtato naturæ accepto feratur, propter votum parentum, & coniecturis ſubnixam voluntatem, *l. nam etſi 15. ff. de inoffic. teſtam. & l. fin. ſupr. quorum bonorum*, vbi ratio vxorem a proximis excludendi redditur, quod prudentum omnia reſponſa, & lex ipſa naturæ eos ſucceſſores faciat. Quod & ipſum commemoratur *in l. in ſcripto, ff. vnde liberi, item l. cum ratio, ff. de bon. damnat. c. ius naturale, diſt. 1.* æquum quoq; cenſeatur, vt expreſſam eius voluntatem, quæ ſemper pluris cenſeri debeat, *l. fin. ſupr. de pact. conuent. inter vir. & vx. l. cum ex filio 39. §. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* reſpuere non debeamus.

Quinto, quod cum ille, qui cõfirmat, nihil proprii tribuere dicatur, *l. & quia, ff. de iuriſdict. om. iud. c. cum inter, de re iud. c. cum dilectus, de confirm. vtil. & inutil.* Ius autem ciuile eam hereditatem, quæ teſtamento deferatur, confirmare dicatur, *l. lege obuenire 130. ff. de verb. ſignif.* non poſſit intelligi teſtandi ius introduxiſſe, ſed confirmare facultatẽ apud omnes gentes per manus traditam.

Sexto, quod cũm Princeps reſcripto ſuo tollere poſſit ea, quæ ſunt iuris ciuilis, *l. Princeps, ff. de legib.* de qua re nos diſſeruimus *in l. cauſſas, ſupr. de tranſaction.* non autem ea, quę ſunt iuris gentium, *vt ibidem oſtendimus:* aperte conſtituatur *l. ſi teſtamentum 10. ſupr. de teſtament.* quod teſtamentum iure factum auctoritate reſcripti Imperatorii reſcindi nõ oporteat, cuius rei illam rationem Doctores reddiderunt, quod teſtamentum ſit iuris gentium.

Septimo, quod abſurdum videatur, quod cum omnis homo liber naſcatur, *§. 1. Inſt. de ingenuis, l. manumiſſiones, ff. de iuſtitia & iure.* Libertas autem ſit naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, niſi quid vi, aut iure prohibeatur, hanc ipſam facultatem morienti adimere, & quodammodo ipſum in ſeruitutẽ addicere velimus, ꝙ ipſæ leges in hominibus, qui antea ſerui fuerant, & certam libertatis ſpeciem acceperãt, exſecrantur, *Inſt. de lege Fuſia Canin. tollend.*

Octauo, quod qua ratione maris & fœminæ coniunctio iuri naturali expẽſa refertur, *Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* quãuis forma cõiunctionis diſpoſitioni iuris debeatur, *Inſtit. de nup. in prin. & tot. titul. ext. de ſponſal. &* nihilominus iuris gentium eſſe dicitur, eadem ratione etiam teſtamenta, quæ materiam & originem a iure gentium, formam autem a iure ciuili receperunt, intelligantur eſſe iuris gentium.

Nono, quod cum in teſtamento militis merum ius gentiũ ſequamur *l. 1. & l. Diuus, ff. de teſtam. milit.* deportatus, qui beneficiorum iuris ciuilis particeps nõ eſt, vt ſupra apparet ex huiuſmodi teſtamento capere non prohibeatur, *l. neque, §. deportati, ff. de teſtam. milit. & l. milites, ſup. eod.* Sed hoc argumentum a Viglio, & aliis quibuſdam adductum, diſtinctionem ſuam requirit, vt mox eandẽ perſequemur, ne alias potius repugnet, quam hanc ſententiam fulciat.

Decimo, ꝙ quamuis Reipublicæ interſit, ne Regna, Ducatus, vel Imperia ex diuiſione, vel alienatione membrorum aliquid detrimenti accipiant, *c. intellecto, extr. de iureiur. Rol. a Vall. conſ. 1. nu. 109. vol. 2. Peregrin. de iure fiſci, lib. 1. tit. 3. nu. 74.* non tamen eorum, qui imperii habenas habuerunt poteſtas ita circumſcribatur, quin liberum illis ſit, non ſolum aliis filiis tantum relinquere, aut ea bona aſſignare, quæ ſatis ſint ad honeſtam vitam ducendam, habita perſonarũ & facultatum ratione. *Panorm. in c. licet, de vot. & voti redemt. nu. 15. Bald. in l. alimenta, C. de negot. geſt. n. 3. Tiraq. in tractat. de primogen. q. 4. n. 33.* ſed etiam illis, qui tali neceſſitudine deuincti non ſint, *Panor. in c. intellecto, n. 7. ext. de iureiur. Henric. a Roſenthal. in ſua ſynopſ. feud. c. 5. concl. 12.* quod abſurdum ſit, teſtandi facultatem tanquam iure gentium omnibus debitam in totum reſtringere.

Vndecimo huc pertinet auctoritas Ciceronis *lib. 3. de finib.* in verb. ſeq. *Quoniam,* inquit, *illa vox inhumana, & ſcelerata ducitur eorum, qui negant ſe recuſare, quo minus ipſis mortuis terrarum omnium deflagratio conſequatur, quod vulgari quodam verſu Græco pronuntiari ſolet, certe verum eſt etiam iis, qui aliquando futuri ſint, eſſe propter ipſos conſulendum. Ex hac*

animo-

Digitized by Google

animorum affectione teſtamenta, commendationesq́; morientium nata ſunt.

Duodecimo, omnium gentium animis hanc affectionem impreſſam ſemper fuiſſe, inde æſtimare poſſumus, quod Iſocrates *in Æginetico*, commemoret, Græcos in aliis facile diſſentientes: tamen in hoc vnanimiter conuenire, vt legem teſtamentis ſuffragantem, vbique probent & complectantur.

Decimo tertio, ꝙ plurima diuinæ ſcripturæ & hiſtoriarum exſtent exempla, ex quibus colligere poſſumus, etiam ante tempora Solonis ius teſtandi in vſu fuiſſe. Etenim Geneſeos *cap. 25.* edocemur, *Abraham filium ſuum Iſaac heredem inſtituiſſe, excluſo Iſmaele*, cui tantummodo quædam munera, ex quibus aleretur, donarit. Pari ratione Geneſeos *cap. 27.* conſtat, in cauſſa ſucceſſionis Iacobum fratri ſuo voce paterna, quæ vim teſtamẽti haberet, prælatum fuiſſe. Præterea Titus Liuius *lib. 1. decad. 1.* auctor eſt, Tarquinium teſtamento patris heredem inſtitutum, omnia bona ſolum retuliſſe, excluſo fratre poſthumo, cui a re nomen Egerii fuiſſet. Eodem pertinet, quod idẽ Liuius commemorat, Procum Albæ Regem, Numitori vetuſtum Syluiæ gentis regnũ legaſſe, tanquam filio maiori natu, quamuis violentia a iuniore filio Amulio illata, plus potuerit,
7 quam paternum iudicium.

Hactenus recenſui † argumenta, de quibus vtraque pars cõfidere potuerit, reliquũ eſt, vt, quid mei iudicii ſit, expromam, quod ſane in tam acri Interpretum contentione, & legum, atque rationum conflictu, nedum difficile, ſed etiam periculoſum eſſe conſtituo, cum tamen id cuique Interpretum ex officio incumbat, id mihi faciendum eſſe animaduerto. Statuo itaq́; vltimam ſententiam veriorem eſſe, ſed ſuam diſtinctionem recipere. In teſtamentis enim multa iuri ciuili debentur. Principio forma, de qua in *l. hac conſultiſſima, ſup. tit. proxim.* deinde, quod quis debeat de omnibus facultatibus diſponere, *l. ius noſtrum, ff. de regul. iur.* Et quod ſi de quibuſdam duntaxat teſtetur, locum habeat ius accreſcendi, *l. ex poſt facto 35. ff. de hered. inſt. l. 1. §. ſi ex fundo, eodem*, prçterea, quod dominium rerum hereditariarum ſtatim a tempore aditionis in heredem tranſeat, ſine vlla poſſeſſionis apprehẽſione, *l. cum heredes 22. ff. de acq. vel amit. poſſ.*

In his igitur & ſimilibus beneficium legis, ſiue iuris ciuilis verti conſtituimus. Nam
8 cum † ipſa natura liberos ad ſucceſſionem vocaret *l. cum ratio, ff. de bon. damnat. & l. in ſcripto, ff. vnde liberi, Nouell. 1. in princip. verſi. 1.* & his non exſtantibus quodammodo etiam propinquos, *l. fin. ſupr. quor. bonor. & c. ius naturale, diſt. 1.* & alia naturæ lex dictaret, cuique integrum eſſe debere, vt de re ſua pro arbitrio diſponeret, *§. per traditionem, Inſt. de rer. diuiſ.* Lex ciuilis ſuam auctoritatem interpoſuit, hãc pugnam dirimendo, & certo fœdere conciliando, *l. verbis 120. ff. de verbor. ſign. l. parentibus, & l. omni modo, ſup. de inoffic. teſtam.* vt quidem teſtari poſſent, ſed filiis relicta portione legitima, *Nouell. de trient. & ſemiſ. & d. l. parentibus.* Propinqui autem exceptis fratribus, *l. fratres, ff. de inoff. teſtam.* etiam beneficio iuris noſtri in totum ſubmoueri poſſent, quemadmodũ e diuerſo ius ciuile teſtãdi facultatem iure gentiũ generaliter conceſſam, ex multis cauſſis reſtrinxit; vt, dum certis perſonis teſtamẽti factionem denegat, vt filiisfamiliarum, *l. nemo, ſupr. qui teſtam. fac. poſſ.* vt ſeruis, *l. quod attinet, ff. de regul. iur. & l. qui in poteſtate, ff. qui teſtam. facere poſſ. §. legari, Inſt. de legat.* damnatis in metallum, *l. 1. & tot. tit. ff. de his qui pro non ſcrip. hab.* incertis perſonis *§. incertis, Inſtit. de legat.* qui crimen læſæ Maieſtatis contraxit, *l. quiſquis, inf. ad leg. Iul. Maieſt.* illis, quæ conuolarunt ad ſecundas nuptias intra luctus tempora, *l. 1. ſupr. de ſecund. nupt.* his quibus aqua & igni interdictum eſt, *l. eius 8. ff. qui teſtament. facer. poſſ.* item deportatis, *d. l. 8. §. 2. & hac noſtra lege.*

Pro cuius rei pleniori † intellectu ſciendũ 9
eſt, deportationem ante tempora Auguſti incognitam fuiſſe, *vt oſtendimus in noſtris commentariis de præſcript. part. 3. cap. 6. numero 30.* Tiberium deinde, & alios Imperatores motos exemplo ipſius Auguſti, hoc genus ſupplicii paſſim exercere cœpiſſe, adeo, vt loco interdictionis aqua & igni, ſuccedere cœperit, *vt ibidem copioſius eandem rem perſequimur.* Porro ius ciuile circa teſtamenti cõceptionem, multa alia ex iuſtis cauſſis vindicauit, vt teſtamentum non valeret ſine inſtitutione heredis, *§. ante, Inſt. de legat.* vt aditionem hereditatis requireret, *l. ſi nemo, ff. de regul. iur.* vt ſine inſtitutione, aut exheredatione liberorum ex iuſta cauſſa non valeret, *Inſt. de liber. exhered. in princip.* vt deniq; omnes illæ ſolemnitates adhiberentur, de quibus mentionem fecimus, *in l. hac conſultiſſima, ſup. de teſtam.*

Quibus fundamentis iactis facile poterunt refelli argumenta, quç pro prima parte

10 adducta ſunt. Nam † quod ad §. *vlt. Inſtit de vſu & habitat.* attinet, non poteſt in eodem magna vis cõſtitui, quod tit. *de donationibus,* item *per quas perſon. nob. acq.* qui intermedii ſunt, facile coarguant, nõ omnes titulos ſequentes iuri ciuili in ſolidum accepto ferendos, quãuis multa in his peculiaria ſint, quæ iuri ciuili accepto ferantur, qua ratione etiam ſingulare in teſtamentis eſt, vt forma ipſius, deinde ius in vniuerſum ſuccedendi, & multa alia, de quibus ſupra mentionem feci, legibus ciuilibus debeantur.

Argumentum ſecundum, quintum, ſextum, & vigeſimum primum facilem diſſolutionem recipere non poſſunt, niſi vel cum ipſo Cuiacio, *in l. 3. ff. de teſtam.* ſtatuamus,
11 potuiſſe † etiam illos, qui ciues non eſſent, teſtamentũ condere: non tamen legibus Romanis, ſed ſuis, vel patriæ ſuæ, *l. ſi non ſpeciali, ſup. de teſtam.* vnde ſi leges patriæ circa legitimam portionem filiorum, item legem Falcidiam, vel SC. Trebell. & alias iuris noſtri prærogatiuas, de quibus *inf. n. 30.* nihil cõſtituiſſent: extraneus, & qui ciuis Romanus nõ eſſet, eo nomine blandiri ſibi non poſſet.

Sed negotium faceſſit *l. ſed ſi accepto, ff. de iure fiſc.* & argumentum 21. vnde colligimus, peregrinos, aut non ciues Romanos nullo
12 modo teſtari potuiſſe. Sciendum itaq; † eſt, verbum *peregrini*, duplicẽ ſignificationem admittere, vt modo deſignet eũ, qui ius ciuitatis Romanę amiſiſſet ex cauſſa pœnæ, vt ſunt illi, quibus aqua & igni interdictum eſt, *l. 6. §. ſolemus, ff. de hered. inſt. l. 10. §. ſed ſi per pœnam, ff. de in ius vocand.* Vlpian. *in ſuis fragm. tit. 21. §. 1. idem titul. 23.* alio modo peregrinus dicitur, qui ciuis Romanus non ſit, *vt l. 2. §. cumq́; conſules, ff. de orig iur. l. 9. etſi ſeruum, ff. de dol. mal.* Priori in ſignificatione peregrini, neque teſtãdi ius habuerunt, neq; etiam ex teſtamentis quidquam capiendi, *vt hac noſtra lege.* Cum enim deportationis pœna, vt antea admonui, ſucceſſerit loco interdictionis aquæ & ignis, & illi, qui huiuſmodi animaduerſione plecterentur, prohibiti vſu rerũ ad vitam tuendam adeo neceſſariarũ, & per conſequens tecto, atque commercio ciuium Romanorum, cogebantur exſilii cauſſa vertere ſolũ, quoad ad illam gentem perueniſſent, quæ illos in tutelam & ciuitatem ſuã reciperet, vt apparere poteſt ex ſequentibus Ciceronis verbis in oratione pro domo ſua: *Ciuitatem nemo vnquam vllo populi iuſſu amittet inuitus, qui ciues Romani in colonias Latinas proficiſcebantur, fieri non poterant Latini, qui non erant auctores facti, nomenq́; dederant, qui erant rerum capitalium condemnati, non prius hanc ciuitatem amittebant, quam erãt in eam recepti, quo vertendi, hoc eſt, mutandi ſoli cauſſa venerant, id autem vt eſſet faciendũ non ademtione ciuitatis, ſed tecti, aqua & ignis interdictione faciebant.* Hi igitur & ſimiles, tanquã exemti de numero ciuium, non poterant ex teſtamento Romanorum ciuium capere, *vt hac noſtra lege dixi ſimiles*, quod ex fragmentis Vlpiani *tit. 21. §. 1.* intelligamus, deditios etiam in ea cauſſa fuiſſe, quæ peſſima videbatur eſſe conditio libertatis. Porro ſi verbum *peregrini.* pro extraneo accipere velimus, aut alterius nationis, non animaduerto, quod noſtra definitio ad eoſdem deflecti poſſit. Abſurdum enim eſt dicere, homines diuerſæ nationis vt Græcos, non habuiſſe ius teſtandi, cum certum ſit, leges 12. tab. quæ ius teſtandi confirmauerint, vt antea intellectum eſt, hauſtas & petitas ex inclytis Philoſophi Solonis legibus, *l. 2. ff. de orig. iur. §. poſtea ne diutius, Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil. §. ſed ius quidem ciuile, Balduin. ad leges Romuli, c. 26.* Quod autem capere ex teſtamento poſſint, apparet ex *l. extraneum, 11. h. tit. & l. quidam 46. ff. hoc tit. & §. fin. Inſtit. eod.* Quod † cum ita ſeſe habeat, tamẽ animad- 13
uerto, nonnullos in cõtraria eſſe ſententia, vt ſtatuant peregrinos etiam hoc modo acceptos, huiuſmodi prærogatiuam vindicare non poſſe: ita enim accipio Viglium *Inſt. de hered. inſt. §. fin. n. 3. & 4.* Mynſ. *ibid. nu. 3.* item Vulteium *in princ. eiuſdẽ tit. n. 2.* Duaren. *anniuerſ. diſput. lib. 1. c. 9.* dum peregrinantẽ inſtitui poſſe declarant, non autem peregrinum: & dum idẽ Viglius mentionem facit iuris in Galliis frequentati, vt illi, qui *Albini* ibidem vocantur, de quibus copioſe Paponius *in ſuis arreſtis, lib. 5. tit. 2.* diſſerit, & varia decreta atq; ſententias in mediũ proponit, ex quibus intelligamus, extraneos de bonis in Gallia quæſitis, teſtari non poſſe, itẽ Guil. Benedict. *in c. Raynutius, in verb. & vxorẽ nomine Adelaſiam, n. 1042.* tamẽ nõ puto a priori interpretatione recedendũ eſſe, vt ſtatuam peregrinos, id eſt, externæ nationis homines, & teſtamentũ poſſe facere, & ex teſtamẽto acquirere. Cum n. omnes in illa conditione ſint, *l. ſi quæramus, ff. qui teſtam. fac. poſ.* qui nominatim teſtamentũ facere nõ prohibentur, & peregrinis † quidem in priori 14
ſignificatione hoc denegatũ ſit, vt his, quib. aqua & igni interdictũ eſt, *l. eius 8. ff. qui teſt. fac. poſ. §. itẽ & deportatis, vt eadem lege. §. 2. &*

hac

Digitized by Google

hac noſtra lege, deinde dedititiis *d. tit. 21. §. 1. in fragment. Vlpian.* quippe, quod omnes peregrini intelligantur iuxta priorem ſignificationem. Extranei autem non inueniantur prohibiti, imo nominatim comprehendatur *l. extraneum 9. hoc tit.* quod inſtitui poſſint, abſurdum videri debet, ſi eoſdem teſtamenti factione fraudemus. Plane ſi quis exiſtimet, extraneos habuiſſe quidem prærogatiuam teſtandi, & ex teſtamento capiendi, ſi quid a ſuæ conditionis hominibus, vel extra fines Romanos relinqueretur, nõ potuiſſe tamen eoſdem capere ex teſtamentis ciuium Romanorum, quemadmodum videtur cõſtitutum fuiſſe in Latinis Iunianis, item in his, qui cœlibem vitam agebant, vt, niſi intra certum tempus Latinus ius Quiritiũ conſecutus eſſet, aut cœlebs legi de contrahendis nuptiis paruiſſet, ius capiendi nõ haberent, *argum. eorum, quæ traduntur l. 1. & toto tit. de indict. vid. toll.* & quæ commemorantur *tit. 17. in fragment. Vlpiani in princ.* parem auctoritatem legum & conſtitutionum ab illis requiram. Et ſi obiiciant rationem præſentis conſtitutionis, quod peregrini a ſucceſſione arceantur, repetam illa, quæ ſupra de duplici ſignificatione expoſui, & in dubio ſemper illa, quę benigniora ſunt, præferenda eſſe, *l. in ambiguis, ff. de reg. iur. l. quoties, eo. tit.* Quãuis ingenue fateri debeam, verba Ciceronis ſupra a me relata, mihi fluctuandi anſam præbuiſſe, dũ eum, cui aqua & igni interdictum eſt, conſtituit alibi in ciuitatem, quo vertẽdi ſoli cauſſa venerat, recipi poſſe. Sed cõſiderari poteſt, quod multum interſit, inter illum, qui ſine vllo delicto peregrinus eſt, & ciuitatis iura non habet, & eum, qui ratione pœnæ ad hanc conditionem redactus eſt, quique plerumque in longinquas regiones deportari ſolet, neque vllam Romã cõmeandi facultatem habet, quod tamen extraneis denegatum non eſt. Porro, ſi ponamus hanc ſententiam præualuiſſe, quod illi, qui non ſunt ciues Romani, capere ex teſtamentis ciuium Romanorum nequeant, cõtendam tamen huiuſmodi leges non pertinere ad illas nationes, & prouincias, quæ in orbe Romano ſunt, *l. In orbe 17. ff. de ſtatu homin.* in hæc verba: *In orbe*
15 *Romano † qui ſunt, ex conſtitutione Imperatoris Antonini, ciues Romani effecti ſunt*, ſtatuens, in hac conditione omnes Chriſtianos eſſe, vt ſatis inſinuant ibid. Godefred. *in ſua gloſſ.* & Cõſtal. Alciat. *lib. 4. parerg. c. 5.* idem Alciat. *lib. 2. diſpunctor. c. 21* Arrius Pinell. *infr. de bonis matern. in 1 part. rubr. num. 12.* Hinc infero etiam, quod *l. extraneum 9.* in propria ſignificatione accipere debeamus, vt de illo intelligatur, qui noſtræ nationis non ſit, vt is tam a ciuibus Romanæ ciuitatis, quam aliis, qui toto in orbe Romani Imperii, & Chriſtiani nominis diffuſi ſunt, inſtitui poſſit. Obſeruandum autem hoc loco eſt, Fridericum † Imperatorem, cum animad- 16
uerteret impiam quorundam interpretationem eo conſuetudinis rem deduxiſſe, vt bona peregrinorum, ſiue aduenarum, perinde quaſi ius teſtandi non haberent, hoſpites, ad quos forte deflexerant, tam inhumanæ conſuetudini, male intellecti veteris iuris imaginem (vt credere licet) imponentes, occuparent, hanc ipſam cõſuetudinem tanquam iuri naturali repugnantem ſuſtuliſſe, *authent. omnes peregrini, infr. commun. de ſucceſſ.* & graues pœnas illis infligere, qui prętextu conſuetudinis eo amplius proſilire ſuſtinent.

Et hæc de ſecundo argumento ſuffecerint. Scrupulus autem tertio & quarto loco iniectus facile eximetur, ſi meminerimus, inter confirmationem & inductionem noui iuris multum differentiæ eſſe, vt ſupra oſtendimus; in eadẽ cauſſa eſt difficultas mota ex præſenti conſtitutione, vt ſcilicet vlteriori confutatione non indigeat, quam quæ ſecundo loco propoſita eſt;

Quamuis obicem ſeptimo loco occurrentem in confutatione ſecundi argumenti pro inſigni parte ſuſtulerimus: tamen q, non ceſſent difficultates ex † *l. cum quidam,* 7
17. ff. de pœn. item *l. 8. §. 2. ff. qui teſtam. fac poſſ.* quod deportatus retineat illa, quæ ſunt iuris gentium, cum tamen teſtamenti factionem amittat, Idcirco ne in ea re prolixiores ſimus, putamus duplici reſponſione, quod inde periculi eſt, depelli poſſe. Primo, quod, *vt auctor eſt Bartolus*, non poſſint teſtari iure Romano, ſed iure ciuitatum, quo delati ſunt, ſeruato ſcilicet præſcripto legis municipalis circa formam teſtandi, item circa legem Falcidiam, circa portionem, quæ filiis debeatur, &c. Sed quia hæc reſponſio, q, ad perſonam deportati attinet, periculoſa eſt, & mihi ſemper ſuſpecta fuit: Idcirco ſtatuo, hanc difficultatem longe alia ratione ſubmoueri poſſe, vt cum in toto iure generi per ſpeciem derogetur, *l. in toto 80. ff. de regulis iur. l. non eſt nouum, ff. de legibus,* dicamus deportatum retinere illa, quæ ſunt iuris gentium, vt *emere, vendere, conducere,*

Digitized by Google

locare, & id genus alia exercere poſſit: nullam tamen habeat teſtamenti factionem, quod lege generali per ſpecialem determinationem *d. l. eius, 8. §. 2.* & huius noſtræ legis derogatum ſit. Cauſſa derogandi eſt, quod fiſcus bona, quæ tempore mortis reperiuntur, & quæ ab eo conſumta nō ſunt, ex repetita publicatione bonorum occupet, *l. 2. infr. de bon. damnat.* Sciendum enim eſt, bona deportati ſtatim, cum ſententia deportationis a Principe confirmata eſt, in fiſcum cogi, *l. ea ſola 97. ff. de regul. iur. l. 1. §. 1. ff. de iure fiſci.* Porro, quæ poſtea acquirit, ea ſolent eidem relinqui, *d. l. ea ſola 97. & l. 22. §. is qui bona, ff. mandat.* vt tantiſper his vti, & vitam ſuam tueri poſſit, quoad moriatur, hoc tempore fiſcus illa auferre ſolet, *d. l. 2.* An autem teſtamenti factionem paſſiuam habeat, circa explicationem textus expediemus.

18 Non eſt, quod nos deinde torqueat † *l. ſed ſi accepto, ff. de iure fiſci.* Quamuis enim extranei teſtamenti factionem habeant, *vt ſupra aperui:* tamen obſides in ea conditione non ſunt, *l. obſides, 11. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* cum aliquo ſeruitutis, aut captiuitatis vinculo contineantur, adeo, vt ex conſtitutione Commodi Imperatoris bona illorum in fiſcum cogantur, *l. Diuus 31. ff. de iure fiſci.*

19 Octauum fundamentum facile † ſubuertetur, ſi obſeruemus ius ciuile ex naturali ratione nonnullis teſtamenti factionem denegare poſſe, quemadmodum in perſona eorum, qui in poteſtate patris ſunt, factum videmus, quod teſtando non debeant parentes fraudare ſolatio, quod poſt tot beneficia in filios collata, merito parentibus debeatur, vt oſtendi *in l. 2. ſupr. qui teſtam. facere poſſ. & l. pen. eod.*

Nonum & vndecimum argumentū tollentur, ſi cōcedamus formam teſtandi eſſe iuris ciuilis, *l. hac conſultiſſima, ſupr. de teſtam.*

20 item *l. 12. tab.* ius † gentium teſtamenta confirmādo, duntaxat cōprobaſſe, nihil autem de nouo induxiſſe, *l. 130 ff. de verb. ſign.*

21 Quod decimo de ſeruis † prætexitur inferre, nihil præiudicii poteſt. Cum enim ſeruitus iure gentiū inuaſerit, *l. manumiſſiones, ff. de iuſt. & iur.* & per conſequens eodem iure nihil proprii habeant, *Inſt. per quas perſon. nobis acq. in prin. & l. quodcunq., ff. de verb. oblig. l. ſtipulatio iſta 38. §. hi qui ſunt, eod. tit.* recte infertur, eoſdem quoque teſtari non poſſe, vt apparet ex definitione teſtamenti *l. 1. ff. de teſtam.* neque quidquam ex teſtamento acquirere, niſi ex perſona domini ſui. Nec mutat, quod Iuriſconſultus *in l. qui teſtamento, §. ſerui*, propterea illos teſtamento adhiberi non poſſe conſtituat, quod nullam iuris ciuilis communionem habeant. Hæc enim ratio non colligit, teſtamentum † eſſe 22 iuris ciuilis, ſed formam, & ſolemnia teſtamenti faciendi.

Quod duodecimo adfertur, † teſtamen- 23 tum eſſe iuris publici, non illam ſignificationem habet, quaſi ius naturale non ſit & publicum, ſed quod, vt ait Iuriſconſultus *in l. 3. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* priuati, vt parens filio, *l. qui in poteſtate 6. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* aut patronus liberto, *l. 47. §. 2. ff. de bon. libert.* non poſſint teſtamenti factionem tribuere, ſed requiratur auctoritas iuris publici.

Quod decimo tertio de inſtitutione obiicitur, hanc inſpectionem onerare non poteſt. Nam † vt ſtatuamus ſolemnitatē inſti- 24 tutionis eſſe caput & fundamentum teſtamenti: non tamen inde ſequitur, inſtitutionem eſſe inuentum iuris ciuilis: deinde, ſi illud largiamur, non video, quid prohibeat, ſi merum ius gentium intueamur, vltimam volūtatem ſine inſtitutione ſubſiſtere, cum inſtitutionis ſolemnitas potius ad formam pertineat, quam teſtamēti ſubſtantiam. Accedit, quod etiam verbum *legandi*, nonnunquam inſtitutionis partes videatur ſuſtinere, vt intelligemus ex *l. quotiens, hoc tit.*

Aditionem hereditatis hactenus inter actus † legitimos recenſemus, quod diei & 25 conditionis adiectionem non recipiat, *d. l. actus legitimi 77.* & ſic ratione formæ aut ſolemnitatis intelligitur eſſe iuris ciuilis, nā per ſe actu naturali explicatur, *l. pro herede, & l. gerit, ff. de acq. vel amit. hered.*

Certamen quod cum §. *ſed cum* † *paula-* 26 *tim, Inſtit. de teſtam.* & §§. *praeced.* eſſe poteſt, paruo negotio dirimi poterit, ſi expēdamus omnia, quæ in iiſdē §§. præſcribūtur, non ad cauſſam originis, ſed ſolēnitatis pertinere.

Quæ de † fideicōmiſſo decimoſexto cō- 27 memorantur, parum moleſtiæ faceſſent, ſi ſeparemus cauſſam teſtamenti, quæ idonea ratione explicari potuit a fideicommiſſis. Ius enim ciuile certam formam in vltimis voluntatibus præſcribens, duntaxat ius inſtituendi & legandi admiſit, fideicommiſſa autem in eadem cauſſa minime conſtituit, quod ſatis eſſet, teſtari volentibus conuenientem rationem id faciendi propoſitam eſſe, quæ demōſtraret rem ſerio & ſolemniter agi, vnde, quemadmodū maior vis eſt ſti-

Digitized by Google

eſt ſtipulationis, quam pacti nudi, ex cauſſis quas perſecuti ſumus *in l. in bonæ fidei, ſupr. de pact.* eadem ratione videtur etiam maior effectus legatis attributus fuiſſe, quam fideicommiſſis, quoad notata quorundam ſeria voluntate, in fideicommittẽdo, & inſigni ꝑfidia illorũ, qui promiſſa, aut eiuſmodi preces eluderent, etiã huic difficultati ſubuentum fuit, *Inſt. de fideicom. in princ.*

28 Non excutiet † nos de curſu ſuſceptæ defenſionis, auctoritas Iſidori: ſtatuimus enim eundem de illo iure ciuili loqui, quod liberos, qui in poteſtate erant, duntaxat ad ſucceſſionem vt ſuos admittebat, § *ſui, Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. def.* Emancipatos autem plane repellebat, §. *emancipati, eod. tit.* item quod maſculos fœminis in cauſſa ſucceſſionis præferebat §. *item vetuſtas, eod. tit. l. maximum vitium, infr. de lib. prat.* quoad Iuſtinianus exploſo diſcrimine emancipationis & ſexus, naturale vinculum & coniunctionem duntaxat ſpectandam conſtituit, *Nouel. 118. & auth. in ſucceſſione, inf. de ſuis & legit. hered.*

Quod coloris decima octaua allegatio contrariæ ſententiæ adiicere potuit, facile detergemus, ſi animaduertamus non ipſam
29 diſpoſitionem † conferri in tempus mortis, ſed exſecutionem ipſius, vt apparet ex definitione legati, §. *legatum, Inſt. de legat.* Accedit regula, qua comprehenditur, non vitiari ſtipulationem, ſiue quem alium actum, licet inciderit in caſum, a quo incoare non poſſit, *l. pen. §. 1. ff. de verbor. oblig.*

His ita ſubductis, reliquum eſt, vt crucem decimo nono fixam ſubmoueamus. Qua in re committendum nõ eſt, vt certa ſubtilitatis imagine nobis imponat. Sciendum itaque eſt, in quæſtione, † an origo & mate-
30 ria, an vero forma rei, de qua tractetur, nomen, & definitionem iuris tribuere poſſint, nos intueri debere, quid excellat, *Inſtit. de rerum diuiſion. §. cum ex aliena, & l. adeo, §. cum quis, ff. de acquir. rer. dom. l. quidquid, in princ. & §. 1. eod. l. quæritur, ff. de ſtatu homin. l. incola, ff. de incol. lib. 10.* Quod autem origo & materia teſtamẽti in propoſita inſpectione excellat, colligi poteſt ex §. *per traditionem, Inſt. de rerum diuiſ. item l. 1. ſupr. de ſacroſ. eccl. l. quoniam indignum, l. ambiguitates, l. præpoſteri, l. in teſtamentis, ſupr. de teſtam.* Eſt deinde & alia conciliatio, quod quamuis forma teſtamenti condendi inter ciues Romanos iuri ciuili debeatur, vna cum ſuis beneficiis, *l. 1. ff. ad legem Falcid.* quod tamen aliud fuerit in teſtamentis nationum externarum, quæ iure gentium, & propria forma teſtamenta conficere potuerunt, vt fuerũt Græci, Syri, Ægyptii. Hos eñ ante conſtitutionem ipſius Antonini, *l. in orbe 17. ff. de ſtatu homin.* conſtituo potuiſſe teſtamentum facere, vt de Græcis, ne quidem dubitari conuenit, ſed non puto in illorum teſtamentis locum habuiſſe beneficia iuris ciuilis, veluti ius accreſcendi, *l. ius noſtrum, ff. de regul. iuris, l. 6. ff. de vulg. & pupill ſubſtit. l. triplici 142. ff. de verborum ſignific.* dominii ſine apprehenſione poſſeſſionis, transferendi, *l. cum heredes, ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* quacunque lingua teſtandi, *l. hac conſultiſſima, § fin. ſup. de teſtam.* remedium legis Falcidiæ, *l. 1. ff. ad leg. Falcid.* Senatuſconſultum Trebellian. *l. 1. ff. ad SC. Trebell.* certæ portionis duntaxat filiis, aut heredibus inſtitutis relinquendæ, & de ceteris bonis libere diſponendi, *l. parentibus, ſupr. de inoff. teſtam. l. 1. ff. ad leg. Falc. l. verbis, 120. ff. de verb. ſign. §. diſponat, Nouell. de nup.* item quod legata & fideicõmiſſa, ne dum actionem in perſonam pariant, ſed etiam in rem, item hypothecariam, *l. 1. & 2. infra commun. de legat. & fideicom.*

Conſideratio, quam vltimo loco expendi videmus, parum negotii exhibebit, ſi repetamus illa exempla, quæ pro cõtraria parte allegata ſunt, ex quibus conſtat, Solonem † non fuiſſe auctorem huius iuris, ſed quod 31
communi iure gentium licebat, & cuius affectio omnibus impreſſa erat, illud auctoritate ſuæ legis confirmaſſe, vt hoc modo conatus, & conſilia illorum, qui fortaſſe ea, quæ in vltima voluntate relicta erant, implere detrectabant, reprimerentur, & intra certum tempus, & ſub congruenti pœnarum interminatione, ad obſequium ſupremæ voluntatis compellerentur, quemadmodum videmus parentes cõpelli iuris ciuilis remediis ad alendos filios, deniq; illos ex certa portione inſtituendos, quamuis vtrumque ius naturale per ſe ſuadeat, *Inſtit. de iure nat. gent. & ciuil. in prin. l. non eſt enim conſentiendũ, ff. de inoff. teſtam.* Quod apud Germanos nullum fuerit teſtamentum, id hactenus Tacito largiri poterimus, ſi intelligamus de teſtamento in ſcriptis, item de certis bonis, cuius rei veſtigia adhuc in Geldria, & aliis regionibus manere videmus, vt de rebus ſoli diſponere nequeant, aliud autem obtineat in bonis mobilibus. Eius rei etiam argumentum præbent bona feudalia, *de ſucceſſ. feud. in princip.* Quod vero vltimæ defunctorum preces in nullis bonis vim habe-

Digitized by Google

ſint, hic aliud dicẽdum eſſet, *l.1.ff. de his, quæ in teſt.del.in pr. & §.1.item §.ſed conſulto.* Vnde exoritur quæſtio, quam mouit gloſ. *hic in verb.ad hereditatem*, quo remedio huic ſubueniri poſſit, atque diſtinguens ſtatuit, quod ſi viuo teſtatore illud factum ſit, adiri poſſe hereditatem, de Iure ciuili, bonorũ poſſeſſione denegata, *l.1.§.ſemel, & §.ſi roſa.* Quod ſi vero poſt mortem teſtatoris illud eueniſſet, tabulis ſemel in iudicio prolatis, tunc heredem ad vtrumque remedium aſpirare poſſe, *l.1.ff.ſi tab.teſtam.non extab. gloſſam ſequuntur Alex.n.4.Caſt.nu.3.Fulg.n.2.Corn.nu. 14.Iaſ.n.2.* qui etiam paulo plenius hanc materiam expediunt. Addit enim Paul.Caſt.& Corn *quod ſi verba ita deleta ſint, vt legi non poſſint, hic nullo modo dandam eſſe bonorum poſſeſſion.neque etiam hereditatem adiri, arg.l.1.in prin.ff.de his, quæ in teſtam.del. niſi, de ipſo teſtamento, quod in iudicium productum eſſet, exemplar authenticum exhiberet*: putarim tamẽ hoc caſu non impediri aditionem hereditatis ſi teſtamentum eſſet nuncupatiuum. Exiſtimat præterea idem Caſtr. quod ſi teſtamentum hoc modo deletum ſit, & teſtator hoc ſciuerit, nihil ex huiuſmodi diſpoſitione deberi, quamuis inductæ literæ legi poſſint, ꝙ teſtator ſibi imputare debeat, quare huic vitio non ſubuenerit, *arg.l. tractabatur, ff.de teſtam.mil.* Sed hanc obſeruationem Caſtrenſis & duram exiſtimo, & veram non eſſe, vt etiam eandẽ refellit Corn. poſt gloſſ.& Doctores, *in l.1.§.ſed ſi legi.ff.de his, quæ in teſtam. del.arg.eius tex.in prin.* cum multa emergere potuerint, quæ prohiberent teſtamentum renouari. Ratio diuerſitatis inter hæc iura colligitur, *ex l.fin.ſupr.qui admit.l.ad bonorum poſſeſſ.poſ.* quod cum quis bonorum poſſeſſionem coram iudice agnoſcere debeat, & is teſtamẽtum vitiatum eſſe animaduertat, merito eandem denegare poſſit, *vt d.l.1.§. ſemel.ff.de bon.poſſ.ſecund.tab.l.fin.infra.de edict. diui Adrian.toll.* non idem autem requiratur in aditione hereditatis, *l.pro herede, & l.gerit, ff. de acq. vel omit. hered.* vnde anceps eſt controuerſia, quid facere debeamus in illis caſibus, in quibus duntaxat defertur bonorum poſſeſſio. Et Ang quidem *hic nu.3.in fi.* poſt Petrum de Bellapertica, & Cynum, Iaſon *hic n.2.* conſtituunt Imperatorem adeundum, qui conuenientem huic negotio formam accommodet, idem probare videtur Phil.Corn. *nu.15* ſi Imperator de certa ſcientia reſcribat. Aliam ſententiam Angeli referunt, idem Corn. *nu.15.& Fulg.nu.2.* quod ſcil.heres deſiderare poſſit, vt teſtes ad perpetuam rei memoriam examinentur, vt hoc modo poſſent petere vtilẽ bonorũ poſſeſ. *arg.l.2.ff. de bon.poſſ.ſecun.tab.* ſed non commemorat, quo loco Ang hanc ſententiam tueatur, ipſe aũt Fulg. hoc caſu conſtituit nullum remediũ eſſe, *arg. l.ſi poſthumus, ff. de iniuſt. rupt. & irrit.fact. teſta.* vbi ſola datur bonorum poſſeſſio, quam ſentẽtiam veriorem puto, adhibita tamen moderatione Cornei, vt Princeps ex certa ſcientia ſubuenire poſſit.

Lex Final.

SVMMARIA.

1 *Quid ruſticis in cauſſa teſtamẽti indultũ à Iuſtin.ſit.*
2 *Conſuetudinẽ nõ poſſe teſtamenti ſolemnitatẽ tollere, niſi ſit vltra memoriam hominum repetita.*
3 *Inopiam teſtium nõ efficere, vt minor numerus quam ſeptem interuenire poſſit.*

CVm in omni teſtamento 7.teſtes, † & ꝓ- 1
terea multæ aliæ ſolemnitates, de quib. *in l.hac conſultiſſ.ſup.de teſt.* exigãtur, adeo vt minima parte omiſſa, teſtamentũ ex eo periclitari poſſit, *l.ſi vnus, 12.h.t. l.ad teſtiũ 22.§. ſi quis teſtib.& §.ſignũ, ff.qui teſt.fac poſſ.* & ꝓpterea accideret, vt ſæpe ruſticorum vltimæ voluntates periclitarentur, qui diuerſæ conſuetudini aſſueti, in tanta cõpoſitionis ſubtilitate facile impingebãt: idcirco Imperator habita ratione humanitatis, ruſticanis indulget, vt in locis, in quibus raro literati homines inueniuntur, antiqua eorum conſuetudo vicem legis obtineat, ita tñ, vt ſi ibi ſcientes literas inuenti fuerint, 7. teſtes adhibeantur, & vnuſquiſq; pro ſua perſona ſubſcribat, vbi autem non inueniuntur literati 7. teſtes, promiſcue etiam alii, qui ſcribere neſciant, vocari poſſint, quorum ſi non ſit plenus numerus quinque ſufficere, minus aũt nullo modo Imperator concedit. Multa ex hac noſtra lege colligi poſſunt, quorũ pleraque cõmunem noſtrorũ interpretum ſententiã offendunt. Vna eſt, ꝙ ne conſuetudine quidem comparari poſſit, vt minor numerus teſtium quam 7. adhibeatur, id n. aperte euincunt verba legis, *Concedimus antiquam eorum conſuetudinẽ vicem legis obtinere,* & rurſum ſequentia, *minus autem quam quinque teſtes adhiberi, nullo modo concedimus*. Et
quamuis † diſſentiant Bart. *hic n 4.Bald.n.6.* 2
& 8. Ang.n.4.Caſt.n.1.& 2. vbi ait cõmuniter contrarium teneri, *Salyc.n.4. Alex.n. 10. Iaſon.n.10.Cyn.n.4.Corn.n.3. & multi alii quos refero in l. hac conſultiſſima, ſupra hoc titulo,* tamen nulla ratione ſe expedire poſſunt, ex repu-

Digitized by Google

ex repugnantia pręſenis legis. Si enim conſuetudo cuiuſque loci mutare formam teſtamētis præſcriptam poteſt, quid opus fuit huius legis promulgatione? contra *l. 1. ff. ad municipal.* aut quorſum beneficium Principis, & humanitas tantopere hac l. cōmendata, qua nihil tribueret cōtra *l. fin. ff. de conſt. Princip.* Conſtituo itaque conſuetudinem, hoc non poſſe, vt recte defendit Iacobus de Aren. & Fulgoſ. *hic num. 2.* niſi ſit vltra memoriam hominum repetita, *argum. cap. ſuper quibuſdam, de verbor. ſignif.* tamen fateri debemus, & communem interpretationem, & contrarium hominum conſenſum, vt etiam agnoſcit ipſe Fulgoſius plane aduerſari, & propterea periculoſum eſſe, ab eadem diſcedere.

Præterea ex noſtra lege colligimus inopiam † teſtium non efficere, vt quis non ſolemnem numerum adhibere poſſet, cum ruſtici teſtamentum coram minori numero, quam quinq; teſtium facere nequeant, quamuis ibidem maior copia hominum nō inueniatur, vnde idem conſtituo, quamuis quis in mari ſit, aut in ſylua, aut denique in carceribus, quod huius rei cauſſam, vt & ceteros fortuitos caſus fato quis adſcribere debeat, *l. inter cauſſas 26. §. non omnia, ff. mandat.* & morientis cuiuſque interſit, ne in paucitate teſtium quid falſi committatur, *l. iubemus, hoc tit.*

De heredibus inſtituendis, & quæ perſonæ heredes inſtitui non poſſunt.

TITVLVS XXIIII.

Lex prima.

SVMMARIA.

1 *Qui deportantur, tanquam peregrini, non poſſunt capere ex teſtamento.*
2 *An facultas teſtamenti faciendi, & ex teſtamento capiendi ſit iuris ciuilis, an vero iuris gentium?*
3 *Auctores, qui aſſerunt illam facultatem iuri ciuili adſcribendam.*
4 *Viginti duo argumenta, quibus hæc opinio confirmari videatur.*
5 *Contrariæ ſententiæ, quod ſcilicet ſit iuris gentium, propugnatores.*
6 *Tredecim argumenta pro defenſione huius vltimæ opinionis.*
7 *Conſideratio auctoris.*
8 *Quæ in cauſſa teſtamenti iuri ciuili debeantur.*
9 *Quæ autem proficiſcantur a iure gentium.*
10 *Deportationem ante tempora Augusti cognitam non fuiſſe.*
11 *Intellectus §. fin. Inſt. de vſu & habitat.*
12 *Non ſolum ciues Romanos teſtamentum condere potuiſſe, ſed etiam extraneos Romanis ſubiectos, nō tamen illud habuiſſe prærogatiuam Romanarum legum.*
13 *Peregrinos duplici in ſignificatione accipiendos, vt extorres & extraneos.*
14 *An peregrini in vltima ſignificatione teſtamentum facere potuerint?*
15 *In orbe Romano qui ſunt, & per cōſequens Germani, Galli, Hiſpani, pro ciuibus Romanis accipiendi ſunt.*
16 *Noua cōſtitutio Friderici de peregrinis loquens, quare promulgata ſit.*
17 *Sublata difficultas l. cum quidam, ff. de pœ. quod deportati retineant ea, quæ ſunt iuris gentium, cum tamen teſtamenti factionem amittant.*
18 *Intellectus l. ſed ſi accepto. ff. de iure fiſci.*
19 *Ius ciuile ex naturali ratione nonnullis teſtamenti factionem denegare poſſe.*
20 *Legem 12. tab. ius gentium confirmando teſtamenta comprobaſſe, nihil autem de nouo induxiſſe.*
21 *Quare ſeruus teſtandi ius non habeat?*
22 *Teſtamenti formam & ſolemnitatē eſſe iuris ciuilis.*
23 *Etiam publica iura, iure gentium accepto ferenda ſunt.*
24 *An inſtitutio heredis ſit iuris gentium, vel iuris ciuilis?*
25 *Forma adeundæ hereditatis iuris ciuilis eſt, non autem aditio.*
26 *In §. ſed cum paulatim, Inſt. de teſtam. tract. de forma teſtamenti, non eius ſubſtantia.*
27 *Quare fideicommittendi ius ab initio cognitum non fuerit.*
28 *Iſidorum diſt. 1. loqui de illo iure ciuili, quod liberos, qui erant in poteſtate, duntaxat vt ſuos ad ſucceſſionem admittebat.*
29 *Teſtamenti diſpoſitionem non conferri in tempus mortis, ſed exſecutionem ipſius.*
30 *In quæſtione, an origo & materia, an vero forma rei, de qua tractetur, denominationem dare debeat? nos intueri debere, quid excellat.*
31 *Solonem non fuiſſe primum auctorem teſtamenti, ſed illum, quod iuris gentium erat, legis auctoritate confirmaſſe.*
32 *Vtilitas præſentis inueſtigationis.*
33 *Quis deportatus eſſe intelligatur.*
34 *Etiam illos, quibus aqua & igni interdictum eſt, nihil poſſe ex teſtamento capere.*
35 *Quid obtineat in exſulibus noſtri temporis.*
36 *Deportatum & exſulem poſſe teſtari, de his bonis, quæ extra territorium quæſita ſunt.*
37 *Deportatis poſſe alimenta relinqui.*
38 *Militem deportatum inſtituere non prohiberi.*
39 *Relegati teſtamentum facere poſſunt.*
40 *Si quis deportatum inſtituerit, cui illa hereditas deferatur.*
41 *Sententia gloſſæ fiſcum hoc iuris conſequi.*
42 *Contraria ſententia Cyni, Alber. Bart. Baldi.*
43 *Argumenta, quibus gloſſæ ſentētia aliqua ratione confirmari videatur.*
44 *Contrariæ ſententiæ fundamenta.*
45 *Intellectus l. hereditas infra, de his quibus vt indignis.*

46 *Interpretatio l. ſi deportati, de legat. 3.*
47 *An ea, quæ in deportato dicta ſunt, etiam ad alias perſonas incapaces transferri queant?*

1 CVm præſenti in reſcripto ſtatuatur, † illos, qui deportantur, ſi heredes ſcribantur, tanquam peregrinos capere non poſſe, quaſi teſtamēti faciendi, aut ex eo quid adquirendi nemo ius habere videatur, quam illi, qui ciues Romani ſunt: pro euidentiori huius rei explicatione, ſtatuo mihi præuertendam quæſtionem, de qua me hoc loci
2 diſceptaturū multis in legibus promiſi, *an † ſcilicet facultas teſtamenti faciendi, & ex teſtamento capiendi, iuris ſit ciuilis, & eius beneficio debeatur, an vero ſit iuris gentium?*

3 Eſſe iuris † ciuilis, tradiderunt gloſſ. *in hac noſtra lege, in verb. non poſſunt*, Salyc. *n. 2.* Fulg. *num. 3.* Franc. Aretin. *num. 1.* Iaſon *n. 1.* gloſſ. *in l. quidā, in verb. non habeant, ff. de pœn.* Bart. *in l. ex hoc iure. ff. de iuſtit. & iur. num. 5.* Bald. *in l. decernimus, C. de ſacroſanct. eccleſ. num. 10.* Alciat. *in l. Gallus, in princ. ff. de liber. & poſthum. hered. inſt. & ibid.* Marc. Aquilin. *in §. & quid ſi tantum, num. 62.* Caſtr. *in l. 3. ff. de teſtam. n. 3.* Port. *Inſt. de teſtam. in princip. num. 2.* Bellon. *ibid. num. 12.* Thobias Non. *num. 21.* Præterea Picenard. *in 8. notab.* Oſerius *num. 12.* relati a Petro Ricciard. Paul. Caſtr. *in l. 1. ff. ad legem Falcid.* Pariſ. *conſil. 1. num. 59. lib. 2.* Alciat. *in l. filiusfamilias, §. Diui, ff. de legat. 1. numer. 8.* Arrius Pinell. *in l. 2. infr. de bonis matern. n. 7.* Emanuel Soarez. *in theſaur. commun. opin. in verb. teſtamenta*, Corneus *conſil. 137. num. 5. libro 2.* Guil. Benedict. *in c. Raynutius, in verbo, teſtamentum, num. 2.* Donell. *lib. comment. 6. c. 1.* Balduin. *ad leges Romuli, c. 26. num. 3.* Et in hac ſententia quoque eſſe videtur Dionyſ. Godofred. *in verb. peregrinus*, quamuis illud non aperte explicet Ferd. Vaſq. *lib. 1. de ſucceſſ. creat. c. 1. num. 1.* nec dubitarunt, hanc opinionem cōmunem aſſerere Port. & Guil. Benedict.

4 In tanto Interpretum numero † non deſunt quoque argumenta, quæ hanc ſententiam inſtruant, & quaſi certam reddere videantur.

Principio enim in cauſſam deduci poteſt *§. fin. Inſt. de vſu & habitat.* vbi cum Imperator oſtendiſſet, ſe diſſeruiſſe, quibus modis iure gentium res acquirantur, addit ordinis eſſe, vt etiam diſpiceret, quibus modis legitimo & ciuili iure eædem acquirerentur, vnde cum ſtatim ſubiiciat titulos *de vſucap. de teſtament.* innuere voluit, teſtamenta eſſe iuri ciuili accepto ferenda.

Secundo commendat hanc ſententiam *l. 1. ff. ad leg. Falcid.* in hæc verba: *Qui ciues Romani ſunt, qui eorum poſt hanc legem rogatam teſtamentum facere volet, vt eam pecuniam, easq́; res, quibusq́; dare, legare volet, ius poteſtasq́; eſto, vt hac lege ſequenti licebit.*

Tertio huic contermina eſt definitio *l. 120. ff. de verbor. ſignificatio.* verbis legis *12. tab. his: vt legaſſet ſua rei, iſta ius eſto.* latiſſima poteſtas tributa videtur, & heredes inſtituendi, & legata & libertates dandi.

Quarto huc pertinet *l. 130. eod. tit.* quæ ita compoſita eſt, *Lege obuenire hereditatem, non impropriè quis dixerit, & eam, quæ ex teſtamento defertur, quia lege 12. tab. teſtamentariæ hereditates confirmantur.*

Quinto non vulgare pondus huic aſſertioni præbet conſtitutio, in cuius enarratione verſamur, deportatos & peregrinos, id eſt, non ciues Romanos, ex teſtamento capiendi ius non habere.

Sexto his reſpondet *l. ſed ſi accepto 32. ff. de iure fiſci*, vbi obſides ita demum ius teſtandi habent, ſi accepto vſu togæ Romanæ, vt ciues Romani egerint.

Septimo pugnat pro hac ipſa enuntiatione *l. ſunt quidam, 17. ff. de pœn. §. 1.* quod deportati retineāt ea, quæ ſunt iuris gentium, amittat autem ea, quæ ſunt iuris ciuilis. Certum autem eſt, deportatos non habere ius teſtandi, *l. eius 8. §. in inſulam, ff. qui teſtam. fac. poſſ.* neque etiam ex teſtamento capiendi, *vt hac noſtra lege*, cōſectarium itaque eſſe videtur, vt teſtamentum iuri ciuili adſcribere debeamus.

Octauo ſuffragatur *l. nemo, pen. ſupr. qui teſtam. fac. poſſ.* quod teſtamentum facere nequeant, niſi perſonæ, quibus id conceſſum eſt.

Nono non abhorret definitio *l. teſtandi, 13. ſupr. de teſtam.* quod teſtandi cauſſa de pecunia ſua legibus permiſſa ſit, nō tamen derogare iuri publico, aut iuriſdictionis formā mutari poſſe.

Decimo non aliena quoque illa cōſideratio eſt, quod quamuis ſeruus ſit capax illorum, quæ ſunt iuris gentium, *l. quod attinet, 31. ff. de reg. iur.* non tamen idem eueniat in teſtamento *l. debitor 82. §. fin. ff. de legat. 2. l. qui teſtamento 20. ff. qui teſtam. fac. poſſ. §. ſeruus*, vbi in quæſtione, quare ſeruus in teſtamento teſtis eſſe nequeat, illa ratio redditur, q iuris ciuilis communionem non habeat.

Vndecimo confirmat ea, quæ dicta ſunt, authent. *diſponat, Nouell. 22. de nupt.* quæ vltimam

timam voluntatem legis vim habere conſtituit, quod lex antiquiſſima 12. tab. id conceſſiſſet.

Duodecimo Paul. Caſtr. vim in eo cõſtituit, quod teſtamentũ dicatur eſſe iuris publici, *l.3. qui teſtam. fac. poſſ.* quodque inter ius publicum & ciuile non videatur eſſe differentia §. *fin. Inſt. de iuſt. & iure.*

Decimo tertio, ꝙ cum inſtitutio ſit caput & fundamentum ipſius teſtamẽti, *§. ante heredis, Inſt. de legat.* & illa ſit iuris ciuilis, §. *quos aũt, Inſt. de bonor. poſſ.* quod etiã & teſtamentum in illa conditione recenſeri debeat.

Decimo quarto, quod cum teſtamentũ ſine aditione hereditatis nullius momenti cenſeatur, *l. nemo, ff. de reg. iur.* aditio autem hereditatis inter actus legitimos cõmemoretur, *l. actus 77. ff. de reg. iur.* quod idem iudicari etiam debeat de ipſo teſtamento.

Decimo quinto, ꝙ cum *in §. ſed cum paulatim, Inſt. de teſtam. & §. praced.* recenſeatur origo teſtamenti, illa nõ feratur accepto iuri gentium, ſed iuri ciuili, prætorio, & conſtitutionibus Principum.

Decimo ſexto, huius rei argumentũ locuples fideicommiſſa præbere poſſunt, quæ primum infirma cum eſſent, tandẽ auctoritate Imperatorum vires & effectum ſortita ſunt *Inſt. de fideicom. in prin.*

Decimo ſeptimo, conuenit cum his, quæ cõmemorata ſunt teſtimonium Iſidori, *diſt. 1. c. fin.* in hęc verba: *Ius Quiritiũ eſt proprie Romanorum, quod nulli tenent, niſi Quirites, id eſt, Romani, in quo agitur de legitimis hereditatibus, de cretionibus, de tutelis, de vſucapionibus, qua iura apud nullum alium populum reperiuntur, ſed propria ſunt Romanorum, & in eoſdem ſolos conſtituta*

Decimo octauo, hanc concluſionẽ viua ratio fulcire poteſt, ꝙ diſpoſitio cõferatur in illud tẽpus, quo quis dominus futurus nõ ſit, & non multũ inter ſe differant, nõ poſſe aut reiicere in illum diem, quo quis illud facere nequeat, *l. eum 13. §. 1. ff. de iuriſd. omn. iud & l. cum non ex eo die, inf. quand. prouoc. non eſt nec.*

Decimo nono, ꝙ cũ forma rei, nomen, & quodãmodo ipſam eſſentiam tribuat, *l. ſi is qui quadringenta 80. ff. ad l. Falc. l. Iulianus, §. ſi quis, ff. ad exhibend.* & teſtamenta formã ex diſpoſitione iuris ciuilis accipiant, *l. hac conſultiſſima, ſupr. de teſtam.* quod etiam inde ſequatur, teſtamenta eſſe iuris ciuilis.

Vigeſimo, Ferd. Vaſquius magnopere ad confirmationem huius inſpectionis facere putat, ꝙ antiquitus omnia fuerunt communia, *l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iur.* vnde cum nõ eſſet vllum diſcrimen inter meum & tuum, teſtamenta etiam non potuiſſe confici.

Vigeſimo primo, huc pertinet, quod in fragmẽtis Vlpiani *tit. 22. §. 1.* ſcriptum videmus, *quod qui dedititiorum numero eſt heres, inſtitui non poſſit, quia peregrinus eſt.*

Vltimo, vrget illa conſideratio, ꝙ ante tẽpora Solonis legiſlatoris, teſtamẽta nullam vim habuerint, *vt oſtendit Baldui. ad leges Romuli, c. 26.* quodq; ex Tacito de morib. Germaniæ ſcribẽte edoceamur, *apud Germanos nullum teſtamentum in vſu fuiſſe*, in verba ſequentia: *Heredes tamen ſucceſſoresq; ſui cuiq; liberi, & nullum teſtamentum, ſi liberi non ſunt, proximus gradus in poſſeſſione fratris, patroni, auunculi.*

Contrariæ ſententię † aſſertores ſunt, ſibi non vſq; adeo conſtantes, Bart. *in l. interdũ, n. 7. ff. de cond. indeb.* & ibid. Iaſ. *n. 4.* idẽ Iaſ. *in l. ſi teſtamentũ, n. 6.* Fulg. *n. 2.* Rom. *n. 11.* Alex. *in rub. de acq. hered. n. 4.* Coraſ. *in l. ſi teſtamẽto, n. 15. inf. de impub. & aliis ſubſt.* Ioan. Hannib. *in l. nemo poteſt, ff de legat. 1. n. 109.* Thurzac. *in theſ. com. opin. in dictione teſtamentũ, nu. 1. & 2.* Villalob. *n. 20.* vbi hanc opinionẽ cõmunem dicunt Crauet. *conſ. 235. n. 6.* Decius *conſ. 357.* Iul. Clar. *lib. 3. ſent. §. teſtamentũ, q. 2.* Curt. Senior *conſ. 65. ſuper pramiſſa, n. 5. col. 2.* Calcan. *conſ 8. n. 16.* Pariſ. *conſ. 45. n. 32. lib. 3.* Did. Couar. *var. reſol. lib. 3. c. 6. n. 7.* Fortun. *in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, nu. 287.* Corn. *in l. ſi teſtamentum, n. 2. ſup. de teſtam.* qui tamẽ certa ratione diſtinguit, vt poſtea intelligemus, Iacob. Cuiac *ff. qui teſtam. fac. poſſ. ad legem 3. eiuſdem titul.* vbi pariter diſtinguit, Vigl. §. *ſed prædicta, Inſt. de teſtam. n. 4.* Franciſc. Conan. *comment. lib. 9. c. 1. nu. 3.* Franc. Duaren. *in explic. eiuſdem tit. c. 1.* Vulteius *Inſtit. de teſtam. in prin. & n. 1.* Schneid. *ibid. n. 6.* Petr. Ricciard. *ibid. n. 153.* vbi nonnullos alios adhuc refert. Accedũt alii, quos cõmemorat Ferd. Vaſq. *de ſucceſſ. creat. c. 1. n. 1.* vbi tradit hanc opinionem indubitanter communem eſſe, quamuis aliam veriorem putet. 5

Hæc ſententia † etiam ſua fundamenta habet, quemadmodũ ex his, quę poſtea perſequemur, apparebit. 6

Principio, ꝙ cum quilibet ſit arbiter, & moderator rerum ſuarũ, *l. in re mandata, ſup. mandat. l. 2. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt, l. Proculus, ff. de damno infect.* idque iure gentium & naturali viuis cõcedatur, abſurdum videri, ſi morientibus hæc facultas auferatur, *l. 1. ſupr. de ſacroſ. eccleſ.*

Digitized by Google

Secundo, quod cum nihil tam naturale ſit, quam voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferre ratam ſeruari, *Inſt. de rerum diuiſ. & acq. ear. domin. §. per traditionem, l. naturalem 9. §. hæ quoque, ff. de acq. rerum dom.* id potiſſimũ in ſupremis morientium votis euenire dicamus.

Tertio, quod hanc facultatem adeo naturæ iuri inniti videamus, vt nulla cõuentione etiã ab ipſo teſtatore interpoſita infringi poſſit, *l. pactum 15. ſupr. de pact. l. hereditas, ſup. de pact. conuen. l. fin. ff. de ſuis & legit. hered. cum ſimil.* cum tamen beneficia iure ciuili quæſita quilibet paciſcendo amittere poſſit, *l. pen. ſupr. de pact.*

Quarto, quod cum ius ſucceſſionis ab inteſtato naturæ accepto feratur, propter votum parentum, & coniecturis ſubnixam voluntatem, *l. nam etſi 15. ff. de inoffic. teſtam. & l. fin. ſupr. quorum bonorum*, vbi ratio vxorem a proximis excludendi redditur, quod prudentum omnia reſponſa, & lex ipſa naturæ eos ſucceſſores faciat. Quod & ipſum commemoratur *in l. in ſcripto, ff. vnde liberi, item l. cum ratio, ff. de bon. damnat. c. ius naturale, diſt. 1.* æquum quoq; cenſeatur, vt expreſſam eius voluntatem, quæ ſemper pluris cenſeri debeat, *l. fin. ſupr. de pact. conuent. inter vir. & vx. l. cum ex filio 39. §. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* reſpuere non debeamus.

Quinto, quod cum ille, qui cõfirmat, nihil proprii tribuere dicatur, *l. & quia, ff. de iuriſdict. om. iud. c. cum inter, de re iud. c. cum dilectus, de confirm. vtil. & inutil.* Ius autem ciuile eam hereditatem, quæ teſtamento deferatur, confirmare dicatur, *l. lege obuenire 130. ff. de verb. ſignif.* non poſſit intelligi teſtandi ius introduxiſſe, ſed confirmare facultatẽ apud omnes gentes per manus traditam.

Sexto, quod cũm Princeps reſcripto ſuo tollere poſſit ea, quæ ſunt iuris ciuilis, *l. Princeps, ff. de legib.* de qua re nos diſſeruimus *in l. cauſſas, ſupr. de tranſaction.* non autem ea, quę ſunt iuris gentium, *vt ibidem oſtendimus*: aperte conſtituatur *l. ſi teſtamentum 10. ſupr. de teſtament.* quod teſtamentum iure factum auctoritate reſcripti Imperatorii reſcindi nõ oporteat, cuius rei illam rationem Doctores reddiderunt, quod teſtamentum ſit iuris gentium.

Septimo, quod abſurdum videatur, quod cum omnis homo liber naſcatur, *§. 1. Inſt. de ingenuis, l. manumiſſiones, ff. de iuſtitia & iure.* Libertas autem ſit naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, niſi quid vi, aut iure prohibeatur, hanc ipſam facultatem morienti adimere, & quodammodo ipſum in ſeruitutẽ addicere velimus, ꝙ ipſæ leges in hominibus, qui antea ſerui fuerant, & certam libertatis ſpeciem acceperãt, exſecrantur, *Inſt. de lege Fuſia Canin. tollend.*

Octauo, quod qua ratione maris & fœminæ coniunctio iuri naturali expẽſa refertur, *Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* quãuis forma cõiunctionis diſpoſitioni iuris debeatur, *Inſtit. de nup. in prin. & tot. titul. ext. de ſponſal.* & nihilominus iuris gentium eſſe dicitur, eadem ratione etiam teſtamenta, quæ materiam & originem a iure gentium, formam autem a iure ciuili receperunt, intelligantur eſſe iuris gentium.

Nono, quod cum in teſtamento militis merum ius gentiũ ſequamur *l. 1. & l. Diuus, ff. de teſtam. milit.* deportatus, qui beneficiorum iuris ciuilis particeps nõ eſt, vt ſupra apparet ex huiuſmodi teſtamento capere non prohibeatur, *l. neque, §. deportati, ff. de teſtam. milit. & l. milites, ſup. eod.* Sed hoc argumentum a Viglio, & aliis quibuſdam adductum, diſtinctionem ſuam requirit, vt mox eandẽ perſequemur, ne alias potius repugnet, quam hanc ſententiam fulciat.

Decimo, ꝙ quamuis Reipublicæ interſit, ne Regna, Ducatus, vel Imperia ex diuiſione, vel alienatione membrornm aliquid detrimenti accipiant, *c. intellecto, extr. de iureiur. Rol. a Vall. conſ. 1. nu. 109. vol. 2. Peregrin. de iure fiſci, lib. 1. tit. 3. nu. 74.* non tamen eorum, qui imperii habenas habuerunt poteſtas ita circumſcribatur, quin liberum illis ſit, non ſolum aliis filiis tantum relinquere, aut ea bona aſſignare, quæ ſatis ſint ad honeſtam vitam ducendam, habita perſonarũ & facultatum ratione. *Panorm. in c. licet, de vot. & voti redemt. nu. 15. Bald. in l. alimenta, C. de negot. geſt. n. 3. Tiraq. in tractat. de primogen. q. 4. n. 33.* ſed etiam illis, qui tali neceſſitudine deuincti non ſint, *Panor. in c. intellecto, n. 7. ext. de iureiur. Henric. a Roſenthal. in ſua ſynopſ. feud. c. 5. concl. 12.* quod abſurdum ſit, teſtandi facultatem tanquam iure gentium omnibus debitam in totum reſtringere.

Vndecimo huc pertinet auctoritas Ciceronis *lib. 3. de finib.* in verb. ſeq. *Quoniam*, inquit, *illa vox inhumana, & ſcelerata ducitur eorum, qui negant ſe recuſare, quo minus ipſis mortuus terrarum omnium deflagratio conſequatur, quod vulgari quodam verſu Græco pronuntiari ſolet, certe verum eſt etiam iis, qui aliquando futuri ſint, eſſe propter ipſos conſulendum. Ex hac*

animo-

Digitized by Google

animorum affectione teſtamenta, commendationesq; morientium nata ſunt.

Duodecimo, omnium gentium animis hanc affectionem impreſſam ſemper fuiſſe, inde æſtimare poſſumus, quod Iſocrates *in Æginetico*, commemoret, Græcos in aliis facile diſſentientes: tamen in hoc vnanimiter conuenire, vt legem teſtamentis ſuffragantem, vbique probent & complectantur.

Decimo tertio, ꝙ plurima diuinæ ſcripturæ & hiſtoriarum exſtent exempla, ex quibus colligere poſſumus, etiam ante tempora Solonis ius teſtandi in vſu fuiſſe. Etenim Geneſeos *cap. 25.* edocemur, *Abraham filium ſuum Iſaac heredem inſtituiſſe, excluſo Iſmaele*, cui tantummodo quædam munera, ex quibus aleretur, donarit. Pari ratione Geneſeos *cap. 27.* conſtat, in cauſſa ſucceſſionis Iacobum fratri ſuo voce paterna, quæ vim teſtamẽti haberet, prælatum fuiſſe. Præterea Titus Liuius *lib. 1. decad. 1.* auctor eſt, Tarquinium teſtamento patris heredem inſtitutum, omnia bona ſolum retuliſſe, excluſo fratre poſthumo, cui a re nomen Egerii fuiſſet. Eodem pertinet, quod idẽ Liuius commemorat, Procum Albæ Regem, Numitori vetuſtum Syluiæ gentis regnũ legaſſe, tanquam filio maiori natu, quamuis violentia à iuniore filio Amulio illata, plus potuerit,
7 quam paternum iudicium.

Hactenus recenſui † argumenta, de quibus vtraque pars cõfidere potuerit, reliquũ eſt, vt, quid mei iudicii ſit, expromam, quod ſane in tam acri Interpretum contentione, & legum, atque rationum conflictu, nedum difficile, ſed etiam periculoſum eſſe conſtituo, cum tamen id cuique Interpretum ex officio incumbat, id mihi faciendum eſſe animaduerto. Statuo itaq;, vltimam ſententiam veriorem eſſe, ſed ſuam diſtinctionem recipere. In teſtamentis enim multa iuri ciuili debentur. Principio forma, de qua in *l. hac conſultiſſima, ſup. tit. proxim.* deinde, quod quis debeat de omnibus facultatibus diſponere, *l. ius noſtrum, ff. de regul. iur.* Et quod ſi de quibuſdam duntaxat teſtetur, locum habeat ius accreſcendi, *l. ex poſt facto 35. ff. de hered. inſt. l. 1. §. ſi ex fundo, eodem*, prꝑterea, quod dominium rerum hereditariarum ſtatim a tempore aditionis in heredem tranſeat, ſine vlla poſſeſſionis apprehẽſione, *l. cum heredes 22. ff. de acq. vel amit. poſſ.*

In his igitur & ſimilibus beneficium legis, ſiue iuris ciuilis verti conſtituimus. Nam
8 cum † ipſa natura liberos ad ſucceſſionem vocaret *l. cum ratio, ff. de bon. damnat. & l. in ſcripto, ff. vnde liberi, Nouell. 1. in princip. verſi. 1.* & his non exſtantibus quodammodo etiam propinquos, *l. fin. ſupr. quor. bonor. & c. ius naturale, diſt. 1.* & alia naturæ lex dictaret, cuique integrum eſſe debere, vt de re ſua pro arbitrio diſponeret, §. *per traditionem, Inſt. de rer. diuiſ.* Lex ciuilis ſuam auctoritatem interpoſuit, hãc pugnam dirimendo, & certo fœdere conciliando, *l. verbis 120. ff. de verbor. ſign. l. parentibus, & l. omni modo, ſup. de inoffic. teſtam.* vt quidem teſtari poſſent, ſed filiis relicta portione legitima, *Nouell. de trient. & ſemiſ. & d. l. parentibus.* Propinqui autem exceptis fratribus, *l. fratres, ff. de inoff. teſtam.* etiam beneficio iuris noſtri in totum ſubmoueri poſſent, quemadmodũ e diuerſo ius ciuile teſtãdi facultatem iure gentiũ generaliter conceſſam, ex multis cauſſis reſtrinxit; vt, dum certis perſonis teſtamẽti factionem denegat, vt filiisfamiliarum, *l. nemo, ſupr. qui teſtam. fac. poſſ.* vt ſeruis, *l. quod attinet, ff. de regul. iur. & l. qui in poteſtate, ff. qui teſtam. facere poſſ. §. legari, Inſt. de legat.* damnatis in metallum, *l. 1. & tot. tit. ff. de his qui pro non ſcrip. hab.* incertis perſonis *§. incertis, Inſtit. de legat.* qui crimen læſæ Maieſtatis contraxit, *l. quiſquis, inf. ad leg. Iul. Maieſt.* illis, quæ conuolarunt ad ſecundas nuptias intra luctus tempora, *l. 1. ſupr. de ſecund. nupt.* his quibus aqua & igni interdictum eſt, *l. eius 8. ff. qui teſtament. facer. poſſ.* item deportatis, *d. l. 8. §. 2. & hac noſtra lege.*

Pro cuius rei pleniori † intellectu ſciendũ 9
eſt, deportationem ante tempora Auguſti incognitam fuiſſe, *vt oſtendimus in noſtris commentariis de præſcript. part. 3. cap. 6. numero 30.* Tiberium deinde, & alios Imperatores motos exemplo ipſius Auguſti, hoc genus ſupplicii paſſim exercere cœpiſſe, adeo, vt loco interdictionis aqua & igni, ſuccedere cœperit, *vt ibidem copioſius eandem rem perſequimur.* Porro ius ciuile circa teſtamenti cõceptionem, multa alia ex iuſtis cauſſis vindicauit, vt teſtamentum non valeret ſine inſtitutione heredis, §. *ante, Inſt. de legat.* vt aditionem hereditatis requireret, *l. ſi nemo, ff. de regul. iur.* vt ſine inſtitutione, aut exheredatione liberorum ex iuſta cauſſa non valeret, *Inſt. de liber. exhered. in princip.* vt deniq; omnes illæ ſolemnitates adhiberentur, de quibus mentionem fecimus, *in l. hac conſultiſſima, ſup. de teſtam.*

Quibus fundamentis iactis facile poterunt refelli argumenta, quꝙ pro prima parte

Digitized by Google

10 adducta ſunt. Nam † quod ad §. *vlt. Inſtit de vſu & habitat.* attinet, non poteſt in eodem magna vis cōſtitui, quod tit. *de donationibus,* item *per quas perſon. nob. acq.* qui intermedii ſunt, facile coarguant, nō omnes titulos ſequentes iuri ciuili in ſolidum accepto ferendos, quãuis multa in his peculiaria ſint, quæ iuri ciuili accepto ferantur, qua ratione etiam ſingulare in teſtamentis eſt, vt forma ipſius, deinde ius in vniuerſum ſuccedendi, & multa alia, de quibus ſupra mentionem feci, legibus ciuilibus debeantur.

Argumentum ſecundum, quintum, ſextum, & vigeſimum primum facilem diſſolutionem recipere non poſſunt, niſi vel cum ipſo Cuiacio, *in l. 3. ff. de teſtam.* ſtatuamus, po-
11 tuiſſe † etiam illos, qui ciues non eſſent, teſtamentū condere: non tamen legibus Romanis, ſed ſuis, vel patriæ ſuæ, *l. ſi non ſpeciali, ſup. de teſtam.* vnde ſi leges patriæ circa legitimam portionem filiorum, item legem Falcidiam, vel SC. Trebell. & alias iuris noſtri prærogatiuas, de quibus *inf. n. 30.* nihil cōſtituiſſent: extraneus, & qui ciuis Romanus nō eſſet, eo nomine blandiri ſibi non poſſet.

Sed negotium faceſſit *l. ſed ſi accepto, ff. de iure fiſc.* & argumentum 21. vnde colligimus, peregrinos, aut non ciues Romanos nullo
12 modo teſtari potuiſſe. Sciendum itaq; † eſt, verbum *peregrini,* duplicē ſignificationem admittere, vt modo deſignet eū, qui ius ciuitatis Romanę amiſiſſet ex cauſſa pœnæ, vt ſunt illi, quibus aqua & igni interdictum eſt, *l. 6. §. ſolemus, ff. de hered. inſt. l. 10. §. ſed ſi per pœnam, ff. de in ius vocand.* Vlpian. *in ſuis fragm. tit. 21. §. 1. idem titul. 23.* alio modo peregrinus dicitur, qui ciuis Romanus non ſit, *vt l. 2. §. cumq; conſules, ff. de orig iur. l. 9. etſi ſeruum, ff. de dol. mal.* Priori in ſignificatione peregrini, neque teſtādi ius habuerunt, neq; etiam ex teſtamentis quidquam capiendi, *vt hac noſtra lege.* Cum enim deportationis pœna, vt antea admonui, ſucceſſerit loco interdictionis aquæ & ignis, & illi, qui huiuſmodi animaduerſione plecterentur, prohibiti vſu rerū ad vitam tuendam adeo neceſſariarū, & per conſequens tecto, atque commercio ciuium Romanorum, cogebantur exſilii cauſſa vertere ſolū, quoad ad illam gentem perueniſſent, quæ illos in tutelam & ciuitatem ſuā reciperet, vt apparere poteſt ex ſequentibus Ciceronis verbis in oratione pro domo ſua: *Ciuitatem nemo vnquam vllo populi iuſſu amittet inuitus, qui ciues Romani in colonias Latinas proficiſcebantur, fieri non poterant Latini, qui non erant auctores facti, nomenq; dederant, qui erant rerum capitalium condemnati, non prius hanc ciuitatem amittebant, quam erāt in eam recepti, quo vertendi, hoc eſt, mutandi ſoli cauſſa venerant, id autem vt eſſet faciendū non ademtione ciuitatis, ſed tecti, aqua & ignis interdictione faciebant.* Hi igitur & ſimiles, tãquã exemti de numero ciuium, non poterant ex teſtamento Romanorum ciuium capere, *vt hac noſtra lege dixi ſimiles,* quod ex fragmentis Vlpiani *tit. 21. §. 1.* intelligamus, dedititios etiam in ea cauſſa fuiſſe, quæ peſſima videbatur eſſe conditio libertatis. Porro ſi verbum *peregrini.* pro extraneo accipere velimus, aut alterius nationis, non animaduerto, quod noſtra definitio ad eoſdem deflecti poſſit. Abſurdum enim eſt dicere, homines diuerſæ nationis vt Græcos, non habuiſſe ius teſtandi, cum certum ſit, leges 12. tab. quæ ius teſtandi confirmauerint, vt antea intellectum eſt, hauſtas & petitas ex inclytis Philoſophi Solonis legibus, *l. 2. ff. de orig. iur. §. poſtea ne diutius, Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil. §. ſed ius quidem ciuile, Balduin. ad leges Romuli, c. 26.* Quod autem capere ex teſtamento poſſint, apparet ex *l. extraneum, 11. h. tit. & l. quidam 46. ff. hoc tit. & §. fin. Inſtit. eod.*
Quod † cum ita ſeſe habeat, tamē animad- 13
uerto, nonnullos in cōtraria eſſe ſententia, vt ſtatuant peregrinos etiam hoc modo acceptos, huiuſmodi prærogatiuam vindicare non poſſe: ita enim accipio Viglium *Inſt. de hered. inſt. §. fin. n. 3. & 4.* Mynſ. *ibid. nu. 3.* item Vulteium *in princ. eiuſdē tit. n. 2.* Duaren. *anniuerſ. diſput. lib. 1. c. 9.* dum peregrinantē inſtitui poſſe declarant, non autem peregrinum: & dum idē Viglius mentionem facit iuris in Galliis frequentati, vt illi, qui *Albini* ibidem vocantur, de quibus copioſe Paponius *in ſuis arreſtis, lib. 5. tit. 2.* differit, & varia decreta atq; ſententias in mediū proponit, ex quibus intelligamus, extraneos de bonis in Gallia quæſitis, teſtari non poſſe, itē Guil. Benedict. *in c. Raynutius, in verb. & vxorē nomine Adelaſiam, n. 1042.* tamē nō puto a priori interpretatione recedendū eſſe, vt ſtatuam peregrinos, id eſt, externæ nationis homines, & teſtamentū poſſe facere, & ex teſtamēto acquirere. Cum n. omnes in illa conditione ſint, *l. ſi quæramus, ff. qui teſtam. fac. poſ.* qui nominatim teſtamentū facere nō pro-
hibentur, & peregrinis † quidem in priori 14
ſignificatione hoc denegatū ſit, vt his, quib. aqua & igni interdictū eſt, *l. eius 8. ff. qui teſt. fac. poſ. §. itē & deportatis, vt eadem lege. §. 2. &*

hac

Digitized by Google

hac noſtra lege, deinde dedititiis *d.tit.21.* §.1. *in fragment. Vlpian.* quippe, quod omnes peregrini intelligantur iuxta priorem ſignificationem. Extranei autem non inueniantur prohibiti, imo nominatim comprehendatur *l.extraneum 9. hoc tit.* quod inſtitui poſſint, abſurdum videri debet, ſi eoſdem teſtamenti factione fraudemus. Plane ſi quis exiſtimet, extraneos habuiſſe quidem prærogatiuam teſtandi, & ex teſtamento capiendi, ſi quid a ſuæ conditionis hominibus, vel extra fines Romanos relinqueretur, nō potuiſſe tamen eoſdem capere ex teſtamentis ciuium Romanorum, quemadmodum videtur cōſtitutum fuiſſe in Latinis Iunianis, item in his, qui cœlibem vitam agebant, vt, niſi intra certum tempus Latinus ius Quiritiū conſecutus eſſet, aut cœlebs legi de contrahendis nuptiis paruiſſet, ius capiendi nō haberent, *argum. eorum, quæ traduntur l.1. & toto tit. de indict. vid. toll.* & quæ commemorantur *tit.17. in fragment. Vlpiani in princ.* parem auctoritatem legum & conſtitutionum ab illis requiram. Et ſi obiiciant rationem præſentis conſtitutionis, quod peregrini a ſucceſſione arceantur, repetam illa, quæ ſupra de duplici ſignificatione expoſui, & in dubio ſemper illa, quę benigniora ſunt, præferenda eſſe, *l.in ambiguis, ff. de reg.iur. l.quoties, eo.tit.* Quāuis ingenue fateri debeam, verba Ciceronis ſupra a me relata, mihi fluctuandi anſam præbuiſſe, dū eum, cui aqua & igni interdictum eſt, conſtituit alibi in ciuitatem, quo vertēdi ſoli cauſſa venerat, recipi poſſe. Sed cōſiderari poteſt, quod multum interſit, inter illum, qui ſine vllo delicto peregrinus eſt, & ciuitatis iura non habet, & eum, qui ratione pœnæ ad hanc conditionem redactus eſt, quique plerumque in longinquas regiones deportari ſolet, neque vllam Romā cōmeandi facultatem habet, quod tamen extraneis denegatum non eſt. Porro, ſi ponamus hanc ſententiam præualuiſſe, quod illi, qui non ſunt ciues Romani, capere ex teſtamentis ciuium Romanorum nequeant, cōtendam tamen huiuſmodi leges non pertinere ad illas nationes, & prouincias, quæ in orbe Romano ſunt, *l.in orbe 17. ff. de ſtatu homin.* in hæc verba: *In orbe*
15 *Romano † qui ſunt, ex conſtitutione Imperatoris Antonini, ciues Romani effecti ſunt*, ſtatuens, in hac conditione omnes Chriſtianos eſſe, vt ſatis inſinuant ibid. Godefred. *in ſua gloſſ.* & Coſtal. Alciat. *lib.4. parerg. c.5.* idem Alciat. *lib.2. diſpunctor. c.21* Arrius Pinell. *infr. de bonis matern. in 1 part. rubr. num.12.* Hinc infero etiam, quod *l.extraneum 9.* in propria ſignificatione accipere debeamus, vt de illo intelligatur, qui noſtræ nationis non ſit, vt is tam a ciuibus Romanæ ciuitatis, quam aliis, qui toto in orbe Romani Imperii, & Chriſtiani nominis diffuſi ſunt, inſtitui poſſit. Obſeruandum autem hoc loco eſt, Fridericum † Imperatorem, cum animad- 16
uerteret impiam quorundam interpretationem eo conſuetudinis rem deduxiſſe, vt bona peregrinorum, ſiue aduenarum, perinde quaſi ius teſtandi non haberent, hoſpites, ad quos forte deflexerant, tam inhumanæ conſuetudini, male intellecti veteris iuris imaginem (vt credere licet) imponentes, occuparent, hanc ipſam cōſuetudinem tanquam iuri naturali repugnantem ſuſtuliſſe, *authent. omnes peregrini, infr. commun. de ſucceſſ.* & graues pœnas illis infligere, qui prętextu conſuetudinis eo amplius proſilire ſuſtinent.

Et hæc de ſecundo argumento ſuffecerint. Scrupulus autem tertio & quarto loco iniectus facile eximetur, ſi meminerimus, inter confirmationem & inductionem noui iuris multum differentiæ eſſe, vt ſupra oſtendimus; in eadē cauſſa eſt difficultas mota ex præſenti conſtitutione, vt ſcilicet vlteriori confutatione non indigeat, quam quæ ſecundo loco propoſita eſt;

Quamuis obicem ſeptimo loco occurrentem in confutatione ſecundi argumenti pro inſigni parte ſuſtulerimus: tamen q,
non ceſſent difficultates ex † *l.cum quidam,* 7
17. ff. de pœn. item *l.8. §.2. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* quod deportatus retineat illa, quæ ſunt iuris gentium, cum tamen teſtamenti factionem amittat, Idcirco ne in ea re prolixiores ſimus, putamus duplici reſponſione, quod inde periculi eſt, depelli poſſe. Primo, quod, *vt auctor eſt Bartolus*, non poſſint teſtari iure Romano, ſed iure ciuitatum, quo delati ſunt, ſeruato ſcilicet præſcripto legis municipalis circa formam teſtandi, item circa legem Falcidiam, circa portionem, quæ filiis debeatur, &c. Sed quia hæc reſponſio, q, ad perſonam deportati attinet, periculoſa eſt, & mihi ſemper ſuſpecta fuit: Idcirco ſtatuo, hanc difficultatem longe alia ratione ſubmoueri poſſe, vt cum in toto iure generi per ſpeciem derogetur, *l.in toto 80. ff. de regulis iur. l.non eſt nouum, ff. de legibus*, dicamus deportatum retinere illa, quæ ſunt iuris gentium, vt *emere, vendere, conducere,*

eſt ſtipulationis, quam pacti nudi, ex cauſſis quas perſecuti ſumus *in l. in bonæ fidei, ſupr. de pact.* eadem ratione videtur etiam maior effectus legatis attributus fuiſſe, quam fideicommiſſis, quoad notata quorundam ſeria voluntate, in fideicommittēdo, & inſigni ꝑfidia illorū, qui promiſſa, aut eiuſmodi preces eluderent, etiā huic difficultati ſubuentum fuit, *Inſt. de fideicom. in princ.*

28 Non excutiet † nos de curſu ſuſceptæ defenſionis, auctoritas Iſidori: ſtatuimus enim eundem de illo iure ciuili loqui, quod liberos, qui in poteſtate erant, duntaxat ad ſucceſſionem vt ſuos admittebat, § *ſui, Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. def.* Emancipatos autem plane repellebat, §. *emancipati, eod. tit.* item quod maſculos fœminis in cauſſa ſucceſſionis præferebat §. *item vetuſtas, eod. tit. l. maximum vitium, infr. de lib. præt.* quoad Iuſtinianus exploſo diſcrimine emancipationis & ſexus, naturale vinculum & coniunctionem duntaxat ſpectandam conſtituit, *Nouel. 118. & auth. in ſucceſſione, inf. de ſuis & legit. hered.*

Quod coloris decima octaua allegatio contrariæ ſententiæ adiicere potuit, facile detergemus, ſi animaduertamus non ipſam
29 diſpoſitionem † conferri in tempus mortis, ſed exſecutionem ipſius, vt apparet ex definitione legati, §. *legatum, Inſt. de legat.* Accedit regula, qua comprehenditur, non vitiari ſtipulationem, ſiue quem alium actum, licet inciderit in caſum, á quo incoare non poſſit, *l. pen. §. 1. ff. de verbor. oblig.*

His ita ſubductis, reliquum eſt, vt crucem decimo nono fixam ſubmoueamus. Qua in re committendum nō eſt, vt certa ſubtilitatis imagine nobis imponat. Sciendum ita-
30 que eſt, in quæſtione, † an origo & materia, an vero forma rei, de qua tractetur, nomen, & definitionem iuris tribuere poſſint, nos intueri debere, quid excellat, *Inſtit. de rerum diuiſion. §. cum ex aliena, & l. adeo, §. cum quis, ff. de acquir. rer. dom. l. quidquid, in princ. & §. 1. eod. l. quæritur, ff. de ſtatu homin. l. incola, ff. de incol. lib. 10.* Quod autem origo & materia teſtamēti in propoſita inſpectione excellat, colligi poteſt ex §. *per traditionem, Inſt. de rerum diuiſ. item l. 1. ſupr. de ſacroſ. eccl. l. quoniam indignum, l. ambiguitates, l. præpoſteri, l. in teſtamentis, ſupr. de teſtam.* Eſt deinde & alia conciliatio, quod quamuis forma teſtamenti condendi inter ciues Romanos iuri ciuili debeatur, vna cum ſuis beneficiis, *l. 1. ff. ad legem Falcid.* quod tamen aliud fuerit in teſtamentis nationum externarum, quæ iure gentium, & propria forma teſtamenta conficere potuerunt, vt fuerūt Græci, Syri, Ægyptii. Hos enī ante conſtitutionem ipſius Antonini, *l. in orbe 17. ff. de ſtatu homin.* conſtituo potuiſſe teſtamentum facere, vt de Græcis, ne quidem dubitari conuenit, ſed non puto in illorum teſtamentis locum habuiſſe beneficia iuris ciuilis, veluti ius accreſcendi, *l. ius noſtrum, ff. de regul. iuris, l. 6. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. triplici 142. ff. de verborum ſignific.* dominii ſine apprehenſione poſſeſſionis, transferendi, *l. cum heredes, ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* quacunque lingua teſtandi, *l. hac conſultiſſima, § fin. ſup. de teſtam.* remedium legis Falcidiæ, *l. 1. ff. ad leg. Falcid.* Senatuſconſultum Trebellian. *l. 1. ff. ad SC. Trebell.* certæ portionis duntaxat filiis, aut heredibus inſtitutis relinquendæ, & de ceteris bonis libere diſponendi, *l. parentibus, ſupr. de inoff. teſtam. l. 1. ff. ad leg. Falc. l. verbis, 120. ff. de verb. ſign. §. diſponat, Nouell. de nup.* item quod legata & fideicōmiſſa, nedum actionem in perſonam pariant, ſed etiam in rem, item hypothecariam, *l. 1. & 2. infra commun. de legat. & fideicom.*

Conſideratio, quam vltimo loco experiri videmus, parum negotii exhibebit, ſi repetamus illa exempla, quæ pro cōtraria parte allegata ſunt, ex quibus conſtat, Solonem
† non fuiſſe auctorem huius iuris, ſed quod 31
communi iure gentium licebat, & cuius affectio omnibus impreſſa erat, illud auctoritate ſuæ legis confirmaſſe, vt hoc modo conatus, & conſilia illorum, qui fortaſſe ea, quæ in vltima voluntate relicta erant, implere detrectabant, reprimerentur, & intra certum tempus, & ſub congruenti pœnarum interminatione, ad obſequium ſupremæ voluntatis compellerentur, quemadmodum videmus parentes cōpelli iuris ciuilis remediis ad alendos filios, deniq; illos ex certa portione inſtituendos, quamuis vtrumque ius naturale per ſe ſuadeat, *Inſtit. de iure nat. gent. & ciuil. in prin. l. non eſt enim conſentiendū, ff. de inoff. teſtam.* Quod apud Germanos nullum fuerit teſtamentum, id hactenus Tacito largiri poterimus, ſi intelligamus de teſtamento in ſcriptis, item de certis bonis, cuius rei veſtigia adhuc in Geldria, & aliis regionibus manere videmus, vt de rebus ſoli diſponere nequeant, aliud autem obtineat in bonis mobilibus. Eius rei etiam argumentum præbent bona feudalia, *de ſucceſſ. feud. in princip.* Quod vero vltimæ defunctorum preces in nullis bonis vim habe-

re potuerint, id mihi perſuadere non poſſum. Deinde ſi illud nobis concedendum eſſet, quod vna aut altera natio deprehẽdatur, quæ ius teſtandi plane non agnouerit, nõ poterimus tamen inde ius gentium metiri, *argum. l. iura, ff. de legib.* & quod a potiori parte locum denominatio habeat, *l. quæritur, ff. de ſtatu hom.* Nam, vt recte animadmaduertit Cuiacius *ad l. 3. ff. qui teſtam. facer. poſſ.* ſcribens, quamuis inceſtus apud Perſas probetur, non tamen propterea dicemus, huiuſmodi facinus natura turpe non eſſe, *l. probrum, ff. de verb. ſignif.*

32 Vt igitur huic inueſtigationi † ſua vtilitas conſtare poſſit, huius reſolutionis effectus ſe oſtendit in reſcriptis Principum, qui ſecundum receptam opinionem, de quã mentionem fecimus *in l. cauſſas, ſup. de tranſact.* tollere poſſunt ea, quæ ſunt iuris ciuilis, non autem ea, quæ ſunt iuris gentium, vnde recte Imperatores conſtituerunt *l. teſtamentum 10. ſup. de teſtam.* quod teſtamentum iuré factum, cuius heres capax eſſet, auctoritate reſcripti reſcindi nõ oporteret. Ex hoc fonte deriuatur, quod ſtatuta & conſuetudines, quæ liberam teſtandi facultatem auferant, itẽ pacta de hoc interpoſita, nullius ſint momenti, vt oſtendi *in l. pactum 15. ſup. de pactis.* Hinc infertur, etiam ante conſtitutionem Friderici Imperatoris, *authent. omnes peregrini,* conſuetudinem, quæ bona aduenarum, ita hoſpitibus, ad quos diuerterant, addiceret, vt nulla peregrinis de his diſponendi facultas eſſet, nullius momenti fuiſſe, quod ius naturale hoc modo violaretur; neque vlla ratio naturalis exſiſteret, quæ exceptionis cauſſam in aduenis, cur de his, quæ attuliſſent, ſtatuere non poſſent, cõfirmaret. Conſtitutionem autem Imperatoris Friderici omnes peregrini, *inf. de ſucc.* eo pertinere ſtatuo, vt metu pœnarum ibidem propoſitarum, nefarii homines ab huiuſmodi vſurpatione abſtinerent.

Hæc de tã ardua quæſtione ſuffecerint, conſequens eſt, vt legis noſtræ caſum reſumentes, vim definitionis propoſitę excutiamus. Duas itaq; ſentẽtias inde elicimus: Primã, *quod deportati heredes ſcripti nihil ex teſtamẽto capere poſſint, vt peregrini.* Secundã, *quod talis hereditas in ea cauſſa ſit, atque ſi ſcripti heredes nõ fuiſſent.* De ratione primæ enuntiationis ſatis multa diximus; res itaque poſtulare videtur, vt principale pronuntiatum explicemus.
33 Deportatum illũ † intelligimus, qui rite & ordine deportatus ſit. Nam licet præſes hanc ſententiam protulerit, nõ antea in illa cauſſa cenſebitur, quam Imperator factum præſidis cõprobet, & inſulam aſſignet, *l. 1. §. deportatos, ff. de legat. 1.* Multos admiratione afficere ſolet, quid cauſſæ ſit, quod cũ præſes ius gladii habeat, & animaduertere in facinoroſos vltimo ſupplicio poſſit *l. illicitas, §. qui vniuerſas, l. cõgruit 13. & l. Diuus, ff. de off. præſid.* is ius deportandi non habeat. Hac in diſceptatione omiſſis aliorũ intempeſtiuis diuinationibus, admonendos nos eſſe duxi, præſidem habuiſſe quidem ius gladii in extraneos, non autem ciues Romanos, quod lex Porcia carnificem de foro ſuſtuliſſet, *vt conſtat ex oratione Ciceronis in Verrem 10. item oratione pro Gaio Rabirio, Alciat. lib. parerg. 1. c. 15. Balduin. ad leges Romuli, cap. 47.* vbi verba legis 12. tab. recenſet: *de capite ciuis niſi centuriatis comitiis ne roganto.* Cum itaque *d. l. 1. ff. de legat. 3. §. deportatos,* tractetur de perſona ciuis, an is a præſide deportari, & cõſequenter ciuium iure exſui poſſit, non abſurdũ debet videri, quod ſtatuatur illud, eum ſine approbatione Principis non poſſe, quod tam grauis pœna, quæ nõ multum diſtet a morte naturali, illi permittenda non videbatur, aliud autem cõſtitutum eſt in præfectis prætorio, & præfectis vrbi. Nam illis ex epiſtola Diui Seueri maior poteſtas conceſſa eſt, *d. l. 1. §. a præfectis.* An autem præſidum poteſtas ex poſtfacto aucta ſit, altioris eſt diſquiſitionis. Qua de re Lectorem reiiciendum puto ad noſtra commentaria *de vſucapio. & præſcrip. part. 3. c. 6. num. 24.* vbi eius rei materiam, nec non alias rationes, quare præſidibus deportandi poteſtas non fuerit conceſſa, perſequimur.

Ornando igitur hoc noſtrum axioma, quod deportatus ex teſtamẽto nihil acquirere poſſit, quippe qui ad cauſſam peregrinitatis ſit redactus, & vt alii ἀπόλιδες, atque extorres huius iuris non ſit particeps, ſtatuimus idem locum habere † in his, quibus a- 34
qua & igni interdictum eſt, *l. 1. §. hi quibus, l. 1. ff. de legat. 3.* idem quoque probamus, ſi in metallum damnatus ſit, *l. 3. ff. de his, quæ pro non ſcript. hab.* imo quod magis eſt, non putamus illud reſpuendũ eſſe in exſulibus no-
ſtri † temporis, modo exſilium ex ea cauſſa 35
infligatur, ex qua deportatio olim conſtitui ſolebat; ita intelligo gloſſam *in §. 1. Inſt. quib. mod. ius patr. pot. ſol. in verb. retinent, Cephal. conſ. 202. num. 8 lib. 1. & conſ. 78. num. 13. Damhoud. in ſua prax. criminal. cap. 58. num. 3. Bald. in l. eam quam, C. de fideicommiſſ. num. 19. Oſaſc. deciſ.*

Digitized by Google

deciſ.Pedem.105.n.9. vbi tamen videtur requirere publicationem bonorum, quod & ego non abnuo, ſed ſufficere tamen conſtituo, ꝗ bona publicẽtur, vel ex definitione iuris, vel ex cõſuetudine regionis, vt in Galliis, ſiue expreſſim, ſiue tacite id fiat, *Ioſeph.Ludo. deciſ.Peruſ.11.n.7.* vbi hanc ſententiam communem dicit Spec. *in tit.de inſtr.edit.* §.*compendioſe,in verb.quid de bannitis.* idẽ etiã conſtituunt Caſt.*hic n.4.* Iaſ.*n.6.* In his, qui proſcripti ſunt, cũ bonorũ publicatione, vel cũ illa cõditione, ꝗ ab omnib.impune offendi poſſunt, *Io.ab Imol.in l.ex facto,§.ex facto,ff.ad SC.Trebell. Alex.conſ.23.nu.10.lib.1. Bald.in l.ſi qua pœna,ff.de his qui ſui vel al.iur.ſunt, in prin.* Hancq; ſententiam de iure veriorem contendunt Ang.*in §.1.Inſt.quib.mod.ius pat.pot. ſol.n.14. Aldebrand. nu.58. Tiraq. in tract.de retract.conſang.§.1.gl.16.n.29. Alciat.in l.1.n.8.ff. de bonor.poſſ.contra tab. Decian.reſpon.86.n.37. lib.1.* & plures alii, qui a nobis referuntur *in tract.de vſucap.& præſcript.part.3.c.6.nu.13.& ſequ.* vbi etiã varias diſſentientiũ ſententias referimus. Etenim quemadmodũ deportatio ſucceſſit loco interdictionis aqua & igni, & eandem iuris definitionem accepit *l.1.§. deportatos,ff.de legat.3.l.eius 8.ff.qui teſt.fac.poſ.* ita exſilium, quod cum deportatione bonorum ex illis cauſſis & criminibus irrogatur, ex quibus olim deportatio ſolebat, ſi tractetur de illis facultatibus, quæ inter fines ſententiam proferentium, verſantur, vt oſtendunt hoc loco Caſtr.& Iaſon *in locis allegatis,* & a qua ſententia non eſt alienus Alber. *hic n.7.* Philip.Corn.*n.28.*& paſſim alii, quos ſupra commemoraui. Etenim locus nõ videtur deportatum reddere incapacem, ſed delictum & ſententia condemnatoria; *argu.l. ictus fuſtium,ff.de his qui not.infam.item l.infamem,ff.de public.iud. l.ſi quis filio exheredato,§. ſed & ſi quis,præterea §.eius,* vbi quis teſtamẽti factionem amittit ſtatim, ex quo Princeps ei inſulam deſignauit, quamuis nondum eo deuectus ſit, *l.1.§.deportatus.* Deinde, quia certum eſt, ita proſcriptũ, vel exſilio ad hũc modum coercitum, amittere iura ciuitatis, & peregrinorum loco haberi in illa ſignificatione, de qua *in noſtra lege,* vt conſtat ex communi Interpretum noſtrorum cõſenſu, dum ipſi iura ciuitatis denegant; deinde abſurdũ eſſe videtur quærere, an hic heredem relinquere poſſit, cuius bona publicata ſunt, & qui vlteriorẽ publicationẽ tempore mortis ſenſurus ſit, *l.2.inf.de bo.damnat. l.ex facto,§.ex facto,ff.ad SC.Trebell.* Quæ leges quamuis in deportatis loquãtur: tamen ex eadem rationis auctoritate videntur probandæ in huiuſmodi exſule. Nam duorum alterum neceſſe eſt, vt plane cõmercio totius iuris, & omnium commodorum, quæ in patriam ipſius deferri poterant, priuetur, vt ſunt proſcripti ab Imperio, cum omnia humanitatis iura, & officiorum viciſſitudines, atque commercia amittant, *argum.l.amiſſione,§ qui deficiunt,ff.de capit.minut. auth. item nulla communitas,C.de epiſc.& cler. Mynſ. reſp.21.n.61. And Gail.lib.2.de pac.publ.c.1.n. 24.*& infiniti alii, quos cõmemorauimus *in tract.de vſucap.& præſcrip.part.3.c.6.n.55.* aut quod condemnati ſint, cum bonorum publicatione, ita tamen, vt certo in loco prouinciæ ſubſiſtere poſſint, aut deniq; tota ꝓuincia pulſi, adhuc quædam cõpendia ab amicis, vel aliis ex donatione, vel ſimili conuẽtione ſentire poſſent, quoad moriantur. Neutro enĩ caſu exiſtimo illos de his facultatibus, quas intra fines eius Principis, a quo condemnati ſint, habent, quidquam diſponere poſſe.

Regula ad hunc modum propagata, certas declarationes admittit. Primo, vt nõ ꝓ-
cedat in bonis, quæ † quæſita ſunt extra ter- 36
ritorium, *arg.l.fin.ff.de iuriſd.om.iud.* Secundo, vt locum nõ habeat in his, quæ alimen-
torum † nomine relinquuntur, *argu.l.3.ff.de* 37
his quæ pro non ſcrip.hab. Tertio, † ꝗ peculia- 38
re ius ſit in teſtamento militis: is enim deportatum inſtituere non prohibetur, *l.neq.,§.1.ff.de teſtam.mil.l.ſi deportati,§.1.ff.de leg.3.* Quarto, quod licet hoc procedat in deportatis: tamen diuerſum probandum ſit † in 39
his, qui duntaxat relegati ſunt, *l.eius 8.§.pen. ff qui teſtam.fac.poſſ.*

Hæc de primo legis noſtræ † membro. 40
Secunda vero pars incidit in quæſtionẽ non admodum expeditæ interpretationis, *quod cum deportatus pro non ſcripto habeatur, cui hereditatis, vel legati emolumentum deferatur?* Et
gloſſ. † quidem in verb.*non fuiſſent,* præterea 41
Chriſtoph. Caſtellioneus, relatus a Iaſone: item Iacob.de Butrio exiſtimant, fiſco locũ eſſe. Sed eandem gloſſam reprehendũt pe-
ne omnes † noſtri Doctores, *vt Cyn.hic nu.2.* 42
Alber.n.2.Bald.n.8.Bart.n.1.Ang.n.3.Caſt.n.3. Fulg.n.4.& ſeq.Salyc.n.9.Alex.n.1.& 2.Iaſ.nu. 3.Philip.Corn.nu.12.& ſeq.Franc.Aret.num.2.
Argumenta, quibus gloſſæ ſentẽtia † aliqua 43
ratione fulciri poſſit, ſunt *l.hereditas,inſ.quibus vt indign.* Secundo, præſens noſtra lex. ſi vim conſtituamus in verb.*capiendi,* vt non

Digitized by Google

prohibeatur, accipere in commodum fiſci, ſed capere in commodum ſuum, *l.aliud eſt capere,ff.de reg.iur.* Tertio,quod de hac re videatur eſſe text.expreſſus *in l.ſi deportati,7. ff. de legat.3.* vbi legatum relictum ſeruo de-
44 portati, fiſco applicatur. Contrariæ autem † ſentententiæ & communis argumẽta ſunt. Principio *l.3.ff quæ pro non ſcripto hab.* Secundo, quod deportatus mortuo ſimilis intelligatur, § *1.Inſt.quib.mod.ius pat.pot.ſol.& l.1.§. ſin.ff.de bonor.poſſ.cont.tab. l.ſi necem, §.deportatus, ff.de bon.libert.* Tertio, quod certũ ſit, deportatum nihil etiam ab inteſtato capere, *l.1.§.pen.& §.vlt.ff.de bon.poſſ.contr.tab.l. ſi necem, §.deportatus,ff.de bon.libert.* vnde etiam conſectarium videtur, vt ex teſtamẽto nihil acquirere poſſit, *arg.l.qui ſanctam, ſupr. de apoſtat.* Quarto,quod ad hoc, vt fiſcus bona auferre poſſit,neceſſarium ſit,vt aliqua ſit hereditas,alias enim fiſco applicari non poteſt, *l.ex facto,§.Iulius Longinus, ff.de vulg. & pup.ſubſtit.* Quinto,quod ſi deportatus eſſet capax hereditatis, quod cõſequenter noceret nepoti, cuius tamen contrarium decidi videmus, *l.1 §.quidam, ff. de bon.poſſ.cont.tab. item l.Gallus, §.& quid ſi tantum, ff.de liber. & poſth.hered.inſtit.* Sexto, quod huiuſmodi inſtitutio tanquam nulla, ſtatim ſubſtitutioni locum faciat, *l.ſi miles,7.ff.de iniuſt.rupt.& irrit fact.teſtam.*

Et hæc ſententia tanquam verior & receptior, meo iudicio probãda eſt. Neq; putamus quidquã obſtare leges in cõtrarium
45 allegatas. Nam quod ad † *l.hereditas,* attinet, illa locũ habet in his, qui capaces ſunt ipſius teſtamenti: ſed tamen ob aliquod factum indigni redduntur, ita vt fiſcus ex ea cauſſa hereditatem auferre poſſit. Noſtra autem conſtitutio parum momenti circa hanc defenſionem adferre poterit, quod nouiſſima verba ſatis declarent, perinde rem habendam eſſe, atque ſi nullus heres conſtitutus fuiſſet. Maior difficultas eſt in vl-
46 timo argumento, ſed † breuiter reſpondendum eſt ex ſententia Fulgoſii *hic numero 5.* quamuis diffidenter loquatur, Conani *lib.comment.2.c.12.num.10.* idcirco hoc legatum fiſco cedere, quod ſeruus fiſci reuera ſit, *argum. l.cum proponas, hoc eod.tit.* Neque ad rem pertinet, quod ſeruus deportati appelletur, cauſſam enim præcedentis dominii hoc impetraſſe videri, *argum.eorum, quæ ſcripta reliquit Tiraquellus in tract.ceſſant.cauſ. limitat.15. & 16.* Ceterum,quia hanc ſolutionem ex eo periclitari videmus, quod *in d.l.ſi deportati,* commemoretur aliud iuris eſſe, ſi deportatus eundem ſeruum alienauerit, idcirco non incolorate defendi poterit, in eadem lege quæri de fideicommiſſo, quod ei relictum erat, qui nondum fuerat deportatus, & ſeruum ante pœnam conſtitutam alienauerit, vt ſi is poſtea talem ſententiam excipiat, huius fideicõmiſſi commodum non deportato, ſed fiſco quæratur, vel nouo domino. Eſt deinde & alia conciliatio Bartoli *hic num.2.* Bald. *num.7.* Caſtr. *num.3.* Iaſon *num.3.* quod interſit, vtrum aliquid relinquatur deportato, an ipſius ſeruo. Hic enim valere fideicommiſſum, illic autem huiuſmodi diſpoſitiones pro nõ ſcriptis haberi. Et quamuis e contrario vrgeat multis in locis inſinuata regula, quod ſerui non ſint capaces hereditatis,aut eorum, quæ teſtamento relinquuntur, niſi ex perſona domini, *l.ſi mihi 12.§.regula,ff. de legat.1. l.debitor,82. §. ſeruo, ff. de legat. 2. l.neque, hoc tit.l. non minus,ff.eodem,* reſpondeat, eandem definitionem eo caſu intelligendam, quo dominus relicti capax ſit, Quod ſi vero proponamus,illum eſſe plane incapacem,tũc perſonam ſerui conſiderandam eſſe, quemadmodum in ſimili caſu animaduertimus fieri, cum duæ lucratiuæ cauſſæ ex perſona ſerui cõcurrunt, vel res propria alicuius ſeruo adſcribitur, *d.l.debitor 82.§.ſeruo,ff.de leg 2.* Ego autem conſtituo, adhuc aliam rationem intercedere, quæ id impetret, ꝙ cũ is, qui ſeruum alienum inſtituit, videatur habere animum, non ſolum huic gratificandi, qui iam dominus eſt, ſed qui ex poſtfacto dominus reddi poteſt, *vt l.cum proponas 3.h.t.* ita etiam is, qui ſeruo deportato aliquid relinquit, ita, vt ex euẽtu pendeat, cui hoc quæri debeat, & dies fideicõmiſſi non antea videatur cedere, quam ſeruus ad eũ peruenerit, qui relicti capax ſit, vnde ſi is eundẽ alienauerit nouus dominus, hoc cõpendium cõſequetur, ꝙ ſi vero reſtitutus fuerit, ipſe admittetur; ſin aũt in deportatione moriatur, fiſcus vna cũ aliis bonis etiã hoc fideicõmiſſum vindicabit, *l.2.inſ.de bo.dam.& l.ex facto,§.ex facto, ff.ad SC.Treb.* Et ſi quis inſtet, quo pacto conſtituamus deportatũ potuiſſe ſeruũ alienare, cum is fiſci proprius videatur, contra *l.id quod noſtrum eſt,ff.de reg.iur.* Reſpõdeo, eum obſeruare debere deportatũ poſt ſententiã poſſe acquirere, & eadẽ bona ipſi hactenus relinqui, quoad moriatur, *l.ea ſola 97.ff.de regul.iur.l.ſi mãdauero 22.§.is cuius bona, ff. mandat.l.certa forma,infr.de iure fiſci.*

Quæ

47 Quæ dicta ſunt de † deportato eadem transfert Ang. hic *n. 4.* Phil. Corn. *nu. 21* ad alias perſonas incapaces, vt ſunt illi, qui crimen læſæ maieſtatis contraxerunt, *leg. quisquis, inf. ad leg. Iul. maieſt.* item hæretici *auth. gazaros, ſup. de hæret.* de qua tamen re conſuli poterunt Innocent. Pet. de Anchoran. & Ioh. ab Imol. *extr. eod.*

Lex, pater tuus, 2.

SVMMARIA.

1 *Appellatione reſidui nonnunquā totum contineri.*
2 *Cauſſæ dubitandi circa hoc pronuntiatum.*
3 *Cauſſa decidendi.*
4 *Cautela ad excludendum fiſcum vel illos ab inteſtato, vt quis non capienti palam ſubſtituat.*
5 *Quid iuris ſit ſi ſpurius vel alius qui capax non erat, ſolus inſtituatur, an fiſcus admittendus ſit, an heredes ab inteſtato.*
6 *Sententia Bartoli & Baldi fiſcum admittendum, cum argumentis.*
7 *Contraria ſententia Cornei, Iaſ. Caſtr. Fulgo. cum legum ſubſidiis.*
8 *Cautela ab auctore tradita, qua quis ſpurio conſulere poſſit.*
9 *Quæ dicta ſunt de verbo reſidui, eadē etiam locū habent in dictione hoc amplius, ceterorū, reliquorū.*
10 *Si aſſe toto expleto quis Titium ex reliqua parte heredem inſtituerit, is pro eo habebitur, ac ſi ſcriptus non eſſet.*
11 *Cum teſtator reſiduum debiti legat, intuemur tempus teſtamenti.*
12 *Appellatione reſidui totum non continetur, quando inde tertius læderetur.*

1 CVm quidam filium haberet ex † damnato complexu natū, vel deportatum, eundem heredem inſtituit ex parte, quam capere poterat, & quendam amicum ex reſiduo, quæſitum eſt, cum heres ſcriptus nihil ex teſtamento capere poſſit, *auth. ex complexu ſup. de inceſtis nup. & l. 1. hoc noſt tit.* quid appellatione reſidui contineatur, *an dimidium aut alia hereditatis pars, an deniq; totum?* Et conſtituit Imperator, vniuerſam heredi-
2 tatem huic deberi. Cauſſa dubitandi † erat, quod pronuntiatio reſidui cōtineat ex propria ſignificatione relationem, vt habeat illud quod reliquum ex hereditate ſit. Cauſſa
3 decidendi † eſt, quod mentem inſtituentis intueri debeamus, *l. in conditionibus 19. ff. de cond. & demonſt. l. heredes. §. 1. ff ad SC. Trebel.* deinde quod ius noſtrum non patiatur, vt quis pro parte teſtatus aut inteſtatus decedat, *l. ius noſtrum 7. ff de reg. iur.* Tertio quod cum is, qui prior inſtitutus fuit, plane incapax ſit hereditatis, non videatur propriæ ſignificationi dictionis reſidui repugnare, vt totum contineretur *l. ceterum 160. ff. de verb. ſig.* vbi ait iuriſconſultus ceterorum & reliquorum appellatione etiam omnes contineri, vnde ſi Sempronio ſerui vnius optio legata ſit, ex omnib. Titii ſeruis, ceteri autē Gaio, & Sempronius optare nolit vel mortuus ſit, Gaius omnes ſeruos vindicare poterit. Vnde etiam inferimus quod ſi vna ex tribus rationib. ceſſaret, veluti definitio *l. ius noſtrum*, quod tamen hæc diſpoſitio locum haberet, veluti ſi deportato aliquid legatum ſit, & reſiduum eius quod capere non poſſit Sempronio, Sēpronius totū legatū referet.

Ex huius legis definitione doctores † quā- 4
dam cautelā eliciunt, ad illos excludendos, quib. hereditas deferretur, ſi ille qui † capax 5
nō erat ſolus inſtitutus eſſet, videtur † enim 6
Bart. hic *n. 1.* item Bal. *n. 1.* Fran. Are. *nu. 3.* innuere, quod ſi quis ſpuriū, qui ex teſtamento patris hereditatē acquirere non poſſet, palā heredem inſtituiſſet, quod fiſcus hanc hereditatem auocare poſſet, idq; aperte ſtatuunt Alber. *in l. hereditas, inf. de his quib. vt indig. n. 2.* Cyn *ibid. n. 2.* In qua ſententia quoq; eſſe videtur Accurſ. *l. hereditas, inf. de his quib. vt indig. in verb. peti poſſunt*, vbi tamē nonnullas perſonas prius admittit. Et hæc opinio fulciri videtur *arg. l. hereditas, inf. de his quib. vt indig. itē l. ex facto, 43. §. Iulius Longinus, ff. de vul. & pup ſubſt. item l. Papinianus, 8. §. meminiſſe, ff. de inoff. teſt.* Ceterum hanc † Bartoli traditio- 7
nem reprehendunt hoc loco Phil. Cor. *n. 6.* Iaſon *n. 9.* imo ipſe Bart. *in d. l. hereditas n. 1.* aperte contrariū docet, quod admittēdi ſint heredes ab inteſtato, addēs ſe ſæpius ita cōſuluiſſe, *& ibid. Ang. n. 4. Alex. n. 3. Sal. n. 6. Pau. Caſt. n. 4. Fulg. n. 5. glo. ſibi parū conſtans in l. Lucius, §. in teſtamento ff. de leg. 1. Marc. Ant. Pereg. lib. 3. de iure fiſci tit. 18. n. 97. Bal. quoq; ſibi cōtrarius in l. eam quā, inf. de fideicom. n. 50. idem Bal. Ang. Caſt. Iaſo. in l. ſi is qui ex bonis, ff. de vulg. & pupil. ſubſt. Ferd. Vaſq. illuſt. q. lib. 3. c. 102. n. 8. Rodor. Soares alleg. 27. n. 24. Did. Cou. in li. 4. decret. §. 5. part. 2. c. 8 n. 6. Mich. Graſ. in verb. inſtit. q. 9.* Et hæc ſententia defendi poteſt, *arg. l. non intelligitur 3. § ſi quis palam ff. de iure fiſci*, vbi fiſco locus non ſit, ſi quis palā rogatus ſit, vt non capienti hereditatem reſtitueret, item *l. 1. ſup. de ſecund. nup.* quo pertinēt etiā omnia argumēta ſupra *in l. 1.* a nobis propoſita. Nos autē huius rei diſquiſitionē maturiori deliberationi ſeruamus. Quamuis itaq; cautela Bartoli nō proſit ad fiſcū excludendū, quippe qui ex communi ſententia nō ſuccedat, procedit tamē ad ſubmouendos heredes ab inteſtato. Videntur itaq; omnes, quos ſupra commemoraui, *vt Bart. Bal. Fran. Aret. Corn.*

Digitized by Google

Iaſon, quib. adiicio Odofred. *hic n.* 1. *Cyn. nu.* 1. *Alberic. n.* 2. *Caſt. n.* 2. *Ang. n.* 1. *Fulg. in princ. Salyc. in prin. Alex. n.* 2. *Sich. nu.* 1. *& ſeq. Cæpol. caut.* 38. in hoc conſentire, vt ſufficiat ad excludendos eos, qui aſpirare ad hereditatem poterant, ſiue fiſcus ſit, ſiue heredes ab inteſtato, quod aliquis idoneus ſit ſubſtitutus. Quæ ſane cautela ad eludēdum ius fiſci, vel heredum ab inteſtato haud ſcio, an plane ſecura ſit. Si enim inſtitutus heres retineat hereditatem, hoc modo filiis cōſultum non erit. Quod ſi vero reſtituat, non video, quare fiſcus aut heredes ab inteſtato ius ſuū perſequi nō poſſint, *vt aduertit etiam Barth. Cæpol. in d. cautel.* 38. propterea tutior

8 † ratio eſſe non poteſt, quam vt filios inſtituat ſub illa conditione, in quantum capere poſſint, & in teſtamento comprehendat, vt filii poſt mortem ſuam poſſint implorare ab Imperatore, vel eo, qui talem facultatem habet, beneficiū legitimationis, *vt tradidit eodem loco Cæpol. circa fin. Iaſon hic nu.* 9. *Philip. Corn. hic nu.* 5. *Sichard. num.* 7. *Bart. in l. Gallus*, §. *& quid ſi tantum, ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit. Iaſon ibid. n.* 138. *Galliaul. n.* 74. *Alciat. in lectur.* 2. *nu.* 82. *Coſta in ſecunda part. num.* 172. *Marc. Aquilin. nu.* 182. *in verb. quid ſi aqua & ignis interdictione peteretur, Paleot. in tract. de nothis & ſpuriis, c.* 45. *num.* 2. *Did. in epitom. lib.* 4. *decretal. c.* 8. 2. *part. num.* 12. *Bal. in* §. *inſtituens, in* 4. *notabili, d. l. Gallus, Alex. ibid. n.* 2. *Iohan. ab Imol. nu.* 47. *Socin. nu* 2.

Hoc axioma, vt appellatione reſidui totum contineatur, etiā ad alias cauſſas transferri

9 † poteſt, vt idem ſit ſi dixerit, *quod eundem ex parte ſubſtituat*, non addita deſignatione partis, *arg. l. vxori, 33. ff. de legat. 3. Caſtr. hic nu. 2.* idem quoque defendendum erit, ſi vtatur dictione hoc amplius, *l. 1. §. hac verba & ibid Gloſſ. ff. ſi cui plus, quam per leg. Falcid. liceat, in diction. ceterorum & reliquorum, l. cum optio, ff. de option. legat. & d. l. ceterorum.*

10 Hæc doctrina tamen † nonnullas exceptiones admittit, vt ſcilicet tunc demū procedat, quando ex caſu interueniente, & ex mente teſtantis totum complecti poteſt. Nam ſi teſtator aſſe totius hereditatis expleto, Titium ex reliqua parte heredem inſtituerit, is non videbitur eſſe inſtitutus in alium aſſem, ſed pro eo habebitur, atque ſi ſcriptus non eſſet, *l. item Sabinus, 17. § ſed ſi aſſe, ff. de hered. inſtit.* Vnde ſi prior inſtitutus ſolidum capere poſſit, cum ſub hac conditione ſcriptus eſſet, quatenus capere poteſt, vtique ſecundus, qui ex reliqua parte heres deſignatus eſt, ſubmouebitur, *l. qui non militabat, 78. cum duab. legibus ſeq. ff. eod. tit.*

Secunda exceptio peti poteſt ex *leg. cum ſtipulamur, 125. ff. de verb. oblig.* vbi illud obſeruauit Paul. Caſtr. quod ſi quis, cum debitorem † haberet Titium, qui ex mille flore- 11
nis forte trecentos aut quadringentos ſoluerat, legauerit eius debiti reſiduum, aut quod eum dare oportet, & teſtator ſuperuiuens maiorem ſummam eidem mutuo dederit, appellatione reſidui non comprehendetur maior ſumma quam debebatur tempore teſtamenti, *Iaſon hic nu.* 7.

Tertiam exceptionem tradiderūt Bald. *in l. fi. §. 1. infr. de vſur. rei iudic. Alex. hic num. 3. Iaſon. num. 7. Sichard. n. 5.* vt locum non habeat, ſi talis interpretatio coniuncta eſſet, cum † detrimento alieno, veluti, ſi, cum 12
duo fideiuſſores conſtituerentur pro ſumma quadraginta florenorum, & vnus promiſerit vigintiquinque, alter reſiduum, hic appellatione reſidui ſoli quindecim floreni comprehendentur, *arg. l. inter fideiuſſores, & l. inter eos, ff. de fideiuſ.*

Lex, Cum proponas. 3.

SVMMARIA.

1 *Hypotheſis præſentis legis.*

2 *Conciliatio huius Conſtitutionis, cum l. ſi pater familias 40. ff. de hered. inſtit. ſecundum gloſſ. Bart. Bald. Caſt. Iaſ. quod ſcilicet præſens diſpoſitio locum habeat, ſi certa ſit voluntas teſtatoris, in dubio autem procedere l. ſi paterfam.*

3 *Alia ſolutio Vigli quod teſtator hic fuerit miles.*

4 *Confirmata ſententia gloſſæ:*

5 *In re ambigua atq; perplexa plerunq; benigniorem ſententiam amplectimur.*

6 *Referuntur varii caſus in quibus in re ambigua, media atque benignior ſententia locum habet.*

7 *Exemplum memorabile ex T. Liuio vbi Scipio in re controuerſa qui prior murum conſcendiſſet, duos pariter murali corona donauit.*

8 *Quis fuerit ille Parthenius de quo in l. ſi paterfamilias.*

9 *Cauſſa quod Tiberius ſibi totam hereditatem non adſcripſerit, ſed duntaxat dimidium.*

10 *Verus intellectus d. l. ſi paterfamilias, & l. ſequ. examinata prius explicatione Cuiacii, & deinde Alciati.*

11 *Diſtinctio an quis proprium ſeruum heredem conſtituat, an communem, an denique alienum.*

12 *Quando demonſtratio ius ſanguinis & per conſequens cauſſam final. continet, tunc deficiente huiuſmodi cauſſa, deficit & diſpoſitio.*

13 *Sub clauſula vulgaris ſubſtitutionis, ſi heres nō erit, duo caſus comprehenduntur, ſi noluerit aut non potuerit.*

14 *An ſerui voluntas in conſideratione ſit, cui quis ita ſubſtituit, ſi heres eſſe noluerit.*

15 *Quid obtineat in perſona filiifamilias.*

Cum

Digitized by Google

1 CVm Alexander eques, Iulianum † vt libertum ſuum heredem inſtituiſſet, & eidem Vitalem militem ita ſubſtituiſſet, vt ſi Iulianus ex aliqua cauſſa eius hereditatem adire noluiſſet, aut non potuiſſet, Vitalis ſuccederet, & poſt mortem ipſius Alexādri apparuiſſet hunc ipſum Iulianum non eſſe libertum, ſed ſeruum communem defuncti militis, & ipſius fratris Zoili, & controuerſia orta eſſet, *quis ex tali teſtamento admittendus eſſet ſubſtitutus, an vero dominus heredis inſtituti Zoilus*, reſcribit Imperator Alexander voluntatis eſſe quæſtionem. Nam ſi crediderit eum proprium & ſuum libertum eſſe, & certum ſit quod noluerit, per eum alium heredem effici, admittendum eſſe ſubſtitutum Vitalem. Quodſi vero verba ſupraſcriptæ ſubſtitutionis ad ius retuliſſet, vt ſi heres in propria perſona nō extitiſſet, neq; alium cuius iuri poſtea ſubiici poſſet, heredem feciſſet, aut facere noluiſſet, ita demum hoc caſu ſubſtitutum Vitalem admittendū eſſe, ſi dominus hereditatem repudiaſſet, vel ſeruus eidem domino in adeunda hereditate parere noluiſſet, alias autem ſi ſpōte adiſſet, ſubſtitutioni locum non eſſe.

2 Habemus noſtræ legis † ſententiam, ſed cum repugnet *l. ſi paterfamilias 40. cum l. ſeq. ff. de hered. inſt.* item § *fin. Inſt. de vulg. ſubſtit.* quibus comprehenditur hereditatem diuidi inter dominum inſtituti heredis, & ſubſtitutum non videtur eſſe mediocris difficultas, quo pacto has leges ad concordiam reuocare poſſimus, *Gloſ. hic in verb. potuit, &* Bart. *hic n. 7.* Bald. *n. 8.* Caſt. *n. 1.* Iaſon *n. 1.* Bal. *in d. l. ſi paterfamilias nu. 1.* Alberic. *ibid. nu. 1.* Ioh. ab Imol. *num. 2* conſtituunt, diſpoſitionem præſentis legis locum habere in duobus caſibus, quo ſcilicet certum eſſet teſtatorem noluiſſe vt hereditas per inſtitutum alteri quæreretur, aut quo liquido conſtaret illum e diuerſo voluiſſe vt poſſet eum heredem facere, cuius poteſtati poſtea ſubiiceretur. Quid autem iuris eſſet in dubio, hac lege non decidi, ſed illam controuerſiam definiri *in d. l. ſi paterfamilias.* Porro Vigl. *in d. § fin. n. 10.* & ante Viglium Raphael Cum. *in d. l. ſi paterfamilias n. 5.* Fulg. *hic n. 4.* conſti-
3 tuunt † diuerſitatis rationem ex perſona teſtantis conſtituendam, quod hic miles proponatur teſtamentum condidiſſe, cuius voluntas quodammodo pro lege habenda videatur *l. 1. ff. de teſtam. milit.* addit præterea idem Cuman. hic rationem finalem defeciſſe, quod putaret illum eſſe libertum qui reuera non erat, & propterea inſtitutionem vitiari, *arg. l. 4. hoc tit. & l. eam quam, inf. de fideicom.* Quamuis itaq; hæc opinio probabilis videatur, tamen non puto recedendum eſſe ab interpretatione † gloſſæ, quod *in d. l. ſi* 4
paterfamilias, ſi teſtator fortaſſe ſciuiſſet illum non eſſe liberum, & propterea conditionem iuris actu extitiſſe, non fuerit eundem heredem ſcripturus, *arg. l. ſi iā facta, ff. de cond. & demonſt.* quod in præſenti conſtitutione dicendum non videtur, cum aliis verbis hæc eadem lex concepta ſit, ſi noluerit aut non potuerit, quę illi qui ſemper liber manſurus eſſet, magis conuenire videbantur, cum ſerui nolle aut velle ſine iuſſu domini non videatur eſſe, in conſideratione *l. ſi quis mihi bona 25 ff. de acqu. hered.* Hac tamen dubitandi ratione exploſa, quod ſerui voluntas maxime alio herede ſubſtituto ſpectanda ſit, vt conditioni locus eſſe poſſit, & quod in diſpoſitione teſtatoris excutere debeamus quid is ſenſerit, *l. in conditionibus 16. ff. de cond. & demonſt.* quod deniq; expreſſa voluntas & declaratio teſtatoris excludat tacitam aut ſubauditam prouiſionem legis, *l. cum ex filio 39. §. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſtitut.* conſtituunt partitioni locum non eſſe, *vt in d. l. ſi paterfamilias 40. ff. de hered. inſtit.* Licet enim nulli iudicum illud conceſſum videatur, vt ius vnius alteri adiudicet, aut ruſticorum more inter litigantes rem partiatur, *l. Neſennius 34. ff. de neg. geſt.* tamen non videtur improbanda ipſius deliberatio, qui cum vltro & citro eas rationes pugnare videat, vt animi ſui motum de quo *in l. ob carmen §. ſi teſtes, ff. de teſtib.* neque ad hanc, neq; ad alteram partem applicare poſſit, ſi mediā viam eligat, & quod in poſtulationem venerat, ex æquo diſtribuat, *vt d. l. ſi paterfamilias 40. cum l. ſeq. & d. §. fin. Inſt. de vulg. ſubſt.* quemadmodum etiam videmus ipſum Imperatorem &
iuriſconſultos in re ambigua † atque perple- 5
xa, benigniorem ſententiam & mediā plerumq; amplecti, *l. adeo §. cum quis ex aliena, ff. de rer. diuiſ. & acq. ear. do. §. igitur, Inſt. per quas perſon. nob. acq. §. fi. Inſt. quib. manumit. nō licet.*

Ex hoc fonte † manat illa definitio, quod 6
ſi quis illi, qui ex duobus fratribus ſupremus moreretur, ſubſtitutus eſt, & ambo nauigātes fluctib. obruti eſſent, atq; propterea nō ſciatur quis prior ſpiritū profudiſſet, ſubſtitutus nō fraudetur hereditate, ſed vtriq; ſuccedat *l. ex duob. 34. ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. qui duos, 9. ff. de reb. dub.* Pari rōne ſi quis cū duos haberet filios, & filio in numero ſingulari tutorē dederit

dederit, vtriſq; dediſſe cenſebitur *l. quis ita 16. ff. de teſtam. tut.* §. *1.* idem etiam obtinet ſi vni filio legatum adſcripſerit, & plures habeat, vt omnes ad legati commodum aſpirare poſſint, *l. qui filiabus* §. *1. ff. de legat. 1.* huc pertinet *l. Titia* §. *1. ff. eod. tit.* item *l. ſi quis Titio, 17.* §. *ſi heres. ff. de legat. 2.* His etiam reſpondet, *l. duo ſocii, 8 ff. de hered. inſt.* vbi ſi duo ſocii communem ſeruum heredem & liberũ eſſe iuſſerint, & ruina oppreſſi perierint, & quæratur cuius libertus orcinus intelligi debeat, in dubio vtriuſq; cenſeatur. His finitimum eſt quod traditur *in c. cum quis, de ſepultur in 6.* quod ſi dubitetur de compendio ſiue portione canonica, quæ poſt mortem alicuius eccleſiæ parochiali debeatur, ab eo qui duabus in parochiis æqualiter ſe inſtruxit, huiuſmodi compendium ex æquo diuidatur. Accedunt deinde multi alii textus noſtri iuris, vbi numerus ſingularis in pluralem reſoluitur, propter eandem rationem, *l. 2.* §. *hereditas, ff. de ſuis & legit. hered. l. Labeo,* §. *1. ff. de ſtatu lib. l. cum inter inf. de fidecom. libert.* nec non id genus aliæ leges, quæ co nmemorãtur ab And. Tiraq. *de iure primogen q. 7. opin. 4.* vbi illud multis exemplis illuſtrat. Vnum
7 profecto memorabile eſt petitum † ex Tito Liuio *decad. 3. l b. 6.* item Plutarcho *in vita Scipionis*: quod cum Scipio in expugnatione nouæ Carthaginis inſigne prçmium illi propoſuiſſet, qui primo mœnia ciuitatis conſcendiſſet, & capta ciuitate duo profeſſi eſſet, ſibi muralis coronç decus deberi Quintus Trebellius centurio legionis quartæ, & Sextus Digitius ſocius naualis, & hæc res nedum acrem contentionem inter duos peperiſſet, verum etiam ſtudia vtriuſque corporis hominum excitaſſet, adeo vt hinc legionarii milites, inde vero claſſici per omnia ſacra iurare parati eſſent, Scipio ad tollendum ancipitis periurii diſcrimẽ, pro concione pronunciauit ſe ſatis compertum habere, Quintum Trebellium & Sextum Digitium pariter in murum aſcendiſſe, ſeq; ambos virutis cauſſa coronis muralib. donare. Plura alia exempla ſi quis requirat, is eundẽ Tiraquellum adire poterit ex Dionyſio Halicarnaſſeo, Homero, Virgilio, & id genus aliis auctoribus illa ſuppeditantem.

Quæ cum ita ſe habeant, alienũ à ratione cenſeri non debet, quod Imperator Ti-
8 berius † in perſona ſerui ſui Parthenii conſtituerit, quamuis Alciatus Titum Imperatorem huiuſmodi decretum interpoſuiſſe auctor ſit in Parthenio, qui poſtea dux & auctor fuerit coniurationis in Domitianum ipſius fratrem, ſed cum nuſquam legamus hunc Parthenium ſeruum fuiſſe, neq; etiam veriſimile videatur, eo dignitatis libertum Imperatoris paucis ante annis ſeruum, promotum fuiſſe, vt præpoſitus cubiculo tantum auctoritatis haberet, idcirco nihil de lectione Florentina mutandum cenſeo. Exiſtimo itaque Tiberiũ in propoſita voluntatis quæſtione, cum de eadem aperte, vt in hac noſtra l. non conſtaret, & ex relata *d. l. ſi paterfamilias*, item *d.* §. *fin. Inſt. de vulg. ſubſt.* & hac noſtra lege, iuris † interpretatione, quod ſci- 9
licet nedum ſibi, ſed etiam domino futuro hereditatem acquirere poſſet, potior inſtitutionis cauſſa videretur, motum humanitate, nec non verecundia, ſibi in aliqua rationum repugnantia, plus nimio vindicandi, cum detrimento, ærarii ſui dimidiã partem ſubſtituto conceſſiſſe, adeo vt plane abſurda iudicari debeat expoſitio gloſſæ *in d. l. ſi paterfamilias*, item Bart. *ibid. nu.* 1. Bal. *nu. 7.* Alber. *nu. 1.* Cuman. *n. 5.* exiſtimantiũ, quod ſubſtitutus duntaxat quartam, portionẽ ex tota hereditate recipiat, cum ex fine *d. leg. ſi paterfamilias* intelligamus, quod duo ſemiſſes fiant, ita vt alter ſemis inter eum, qui dominus heredis inſtituti fuerit, & ſubſtitutum æquis portionibus diuidatur, conſtituentes primum ſemiſſem domino inſtituti deberi, deinde etiam quadrantem alterius ſemiſſis, quod veriſimile videatur Tiberium Imperatorem propenſiorem in cauſſam ſuã fuiſſe, cum caritas a ſe ipſo incipere ſoleat, *l. ſi præſes, ſup. de ſeruit. & aqua.* Quamuis enim verba textus cuius iam ſæpe meminimus, hanc interpretationem præſeferãt, tamen ſenſus totius legis, & de nde legis ſequentis, item §. *fi. Inſt. de vulg. ſubſti.* plane diuerſum coarguũt. Qua de cauſſa duorum alterum † faciẽdum 10
nobis quis non improbabiliter exiſtimauerit, vt vel ſecuti Cuiacium in explicatione eiuſdem legis dicamus, imperitia illorum factum eſſe, qui hanc legem tranſcripſerunt, vt cum iuriſcõſultus adſcripſiſſet dictionem *as*, in verba ſequentia. *Ita vt as inter eum, qui dominus inſtituti heredis fuerit, & ſubſtitutum æquis portionibus diuidatur*, illi ex incogitantia, vel ex inconſulta ſubtilitate, exiſtimantes ſingulas literas vicem notarum ſuſtinere, & volentes ſupplere, quod ſupplendum non erat, integras dictiones ſubiecerint, nimirum illas, quæ ſupra propoſitæ ſunt, ita vt per ambitioſam ſuam diligentiam, veram legis ſententiam ſubuerterint, aut, vt vna cum

cum Alciato *lib. 2. diſpunct. cap. 2.* Goueano *obſer. 6.* quibus ſubſcribunt Mynſ. VVeſenb. Claud. Cant. *in d. §. fin. Inſtit. de vulg. ſubſtit.* item Hugo. Donell. *hic num. 3.* ex fide vetuſtioris Codicis, quam ſe habuiſſe idem Alciatus deprædicat, loco *heredem* ſcribamus *coheredem*, quaſi duo heredes principaliter inſtituti fuerint, vnus qui totum ſemiſſem retulerit, item & ſeruus Tiberii Parthenius, cui ſoli ſubſtitutum eſſet.

Quamuis itaq; vtraq; explicatio per ſe vera ſit, & ad ſenſum legis recte applicari poſſit, tamen quod aſſertioni vnius viri cum præiudicio iuris communis non facile innitendum ſit, & neque emendandi ea, quæ certam & receptam lectionem hactenus habuerunt, facultas priuato competat, & coniecturæ Cuiacii ex eo confundi videantur, quod iuriſconſultus ſecundum hanc interpretationem vel pugnantia videretur propoſuiſſe, vt obiectat hoc loco Donell *nu. 4.* vel potius idem bis repetiiſſe, dum dicit, *itaque ſemiſſes fient*, & mox ſubiicit, *ita vt as æquis portionibus dimidatur*, præferendam putarim, aut expoſitionem Lancelloti Politi verecundius cum noſtris legibus agentis, ita vt nihil corrigat, non diſſimulet tamen coheredis nomen ſubaudiendum eſſe. Veroſimile enim videtur Iulianum iuriſconſultum caſum multo plenius propoſuiſſe, & pandectarum ſtructores, dum breuitati ſtudent, membrū aliquod inde reſecuiſſe, aut denique, vt cum ipſo Viglio *dict. §. fin. nu. 6.* ſtatuam is, hanc vocem *alter ſemis* non illam ſignificationem recipere, vt duntaxat vnum ſemiſſem complecteretur, ſed duos qui alterutriſq; æquis portionibus deberetur, idque confirmat auctoritate Terentii, quamuis meo iudicio locus ab illo adductus ad legem noſtram commode deflecti non poſſit. Sit igitur ſuum cuiq; iudicium, quid amplecti velit, mihi Politi conſideratio non diſplicet.

Diſſoluta tam infeſta antinomia, ordinis eſt, vt & reliquis legibus, quæ negotium faceſſere videantur, manum admoueamus. Occurrit enim *l. ſed ſi conditioni 6. § ſi ſeruum, ff. de hered. inſtit.* item *l. 1. inf. de ſeruo commun. manumiſ.* ex quibus intelligimus, ſeruū communem poſſe heredem inſtitui, ita vt oblata dimidia parte iuſtæ æſtimationis, libertatem conſequi poſſit. Vrget deinde *l. quidam, inf. de neceſſ. ſer. hered. inſtit.* item *Inſt. de hered. inſtit. in prin.* quibus comprehenditur, ſeruū ex tali inſtitutione liberum intelligi & heredem. Vt hos igitur & ſimiles nodos retexamus, diſtinguimus † an quis ſeruum proprium heredem inſtituerit, an communem 11
an deniq; alienum. Primo caſu intererit an compertum habuerit, quod ſeruus eſſet, an vero illud ignorauerit, vt hic talis inſtitutio nō valeat, *l. neq; §. ſi ſeruum, ff. de militar. teſt.* illic vero & liber & heres fiat, quamuis cum hac adiectione inſtitutus non ſit: illud enim receptum eſt ex benigna interpretatione Imperatoris Iuſtiniani, *d. l. quidam, inf. de neceſſ. ſer. hered. inſtitut. & Inſt. hoc tit. in princip. Bart. hic num. 6. Caſt. num. 5. Salyc. num. 5. Cyn. num. 3. Alberic. num. 1.* Secundo vero caſu etiam referre, an ſciuerit illum ſeruum eſſe, an minus, vt tunc admittatur diſtinctio noſtræ legis, & *leg. ſi paterfamilias*, ibi vero interſit an libertatem ipſi reliquerit, vt libertatem ſoluta æſtimatione conſequatur, ſecundum *dict. l. 5 infr. de commun. ſeruo manumiſ.* An autem idem obtineat quod in ſeruo proprio, vt non adſcripta libertatis cauſſa ius offerendi habeat, expeditum non eſt, præferenda tamen videtur ſententia Cyni *num. 3.* Alberic. *num. 1.* Salyc. *num. 5.* vt hereditatis commodum alteri domino quæratur, *arg. l. 1. §. communis, ff. de ſtipul. ſer.* Porro tertio caſu principali inſtitutio ſerui alieni valet, ſi heres ſine libertate inſtituatur, *leg. 3. ff. de hered. inſtit.* Quod ſi vero ipſum liberum eſſe iuſſerit, & heredem, nulla erit inſtitutio, *leg. ſi alienum 49. ff. de hered. inſtitu.* clementior autem interpretatio eſt, ſi per fideicommiſſum ipſi libertas adſcripta ſit, *§. libertas, Inſtit. de ſingul. reb. per fideicom. relict.*

Sed rurſum ſcrupulum mouent, *l. ſi pater 4. l. nec apud 7. hoc titu. l. neque profeſſio 5. ſup. de teſtam. l. eam quam, inf. de fideicommiſ.* ex quibus intelligimus etſi teſtator illos vel illas heredes inſtituerit, quos filios fratres vel ſorores arbitrabatur, detecta rei veritate, vitiari inſtitutionem, idem igitur probandum videbatur in eo, quem libertum ſuum exiſtimauerit, ſi poſtea ſeruus communis deprehendatur. Sed obſeruandum † eſt, in iiſ- 12
dem legibus ius ſanguinis cauſſam finalem conſtituere, quod in liberto non æque procedit, cum teſtatoris mens ea eſſe colligatur vt aut ipſe libertus hereditate ſua potiatur, aut alius occaſione heredis inſtituti, vt ſaltem hoc modo clementior fiat cauſſa ſeruitutis, quæ propria conſideratio eſſe videtur noſtræ legis, & *l. qui heredi 44. ff. de condit. & demonſt. in princip.* Intelligimus præterea

Digitized by Google

nem *in l. quidam, ita in teſtamento ſcripſerat, ff. ad SC. Trebell.* eadem ratione etiam intelligatur inhibere translationem in parentem. Quinto quod quemadmodum expreſſa inſtitutio excludit tacitam prouiſionem legis, *l. cum ex filio 39. §. 1. ff. de vul. & pup. ſubſt. & l. fi. ſup. de pact. conuent. inter vir & vxor.* eadem ratione idem & hic ſtatuendum eſſe videatur. Et hanc opinionem quã Caſt. hic, item Alex. *in l. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* in puncto iuris veriorem eſſe fatentur, quamuis non audeant recedere a communi, vt aiunt, ſententia, ego quoq; probabilem conſtituo ſi conſtet de expreſſa voluntate teſtantis, vt in caſibus noſtræ legis Nam ſi dubium illud ſit, non arbitrarer procedere definitionem *l. ſi paterfamilias, ff. de hered. inſtit.* vt cum ſubſtituto cogatur partiri hereditatẽ, idq́; meo iudicio, extra controuerſiam eſt, ſi filius, quem ipſe patremfamilias eſſe exiſtimauerat, ipſemet hereditatem adeat, quamuis patri vſusfructus acquiratur. Quod ſi vero eandem repudiet, & ex opinione gloſſæ ſtatuamus patrem huiuſmodi hereditatem ſine facto filii acquirere poſſe, hic ſane ſententiam Angeli potiorem eſſe ducerem, vt hic quidem diuiſio locum habeat.

Lex, ſi pater 4.

Svmmaria.

1 *Quamuis falſa demonſtratio non vitiet legatum; tamen ſi de contraria voluntate teſtatoris appareat, aliud probandum eſſe.*

2 *Quomodo dicatur conſtare de voluntate teſtatoris.*

3 *Coniectura huius voluntatis ex l. fin. ff. de hered. inſtit.*

4 *Aliæ coniectura ex l. ſi ita legatum, ff. de condit. & demonſtr.*

5 *Quotieſcunq; demonſtratio neceſſitudinis cauſſam continet, detecto errore, diſpoſitio quoque corruit, idq; exemplis illuſtratum.*

6 *Ius fraternitatis ex mutua compotatione contrahi non poſſe, & effectus huius conſiderationis.*

7 *Conciliatio cum l. falſa demonſtratio. ff. de cond. & demonſtr.*

8 *Conſuetudinem teſtatoris in cauſſa demonſtrationis ſpectandam, niſi aliæ coniecturæ prævaleant.*

9 *Quanto quis propiori eſt gradu, tanto dilectior eſſe cenſetur.*

10 *Cui hereditas in caſu præſentis legis deficiente cauſſa, quam teſtator conſiderauit, applicetur.*

11 *Interpretatio l. aufertur. ff. de iure fiſci.*

12 *Si quis filium vt extraneum heredem inſtituat, an talis inſtitutio admittenda ſit.*

13 *An inſtitutio propterea vitietur, quod coniuncta ſit cum maledictis.*

QVamuis notiſſima iuris regula ſit, falſam demonſtrationem *l. demonſtratio 17. item l. falſa 23. l. nominatim 34. l. quibus, 40. §. qui dotalem, ff. de cond. & demonſt. l. ſi ſic, 75. §. 1. leg. ſi ſeruus 108. §. 8. ff. de legat. 1. l. his verbis 102. §. 1 ff. de legat. 3.* neque etiam falſam cauſſam, diſpoſitionem vitiare, *dict. l. demonſtratio 17 §. quod autem, l. cum tale 72. §. falſam, ff. de cond. & demonſtrat. l. 2. & l. fin. inf. de falſ. cauſ. adiect.* quod vt ait iuriſconſultus *in dict. § falſam*, cauſſa falſa legato non cohæreat;
tamen † ſi conſtaret de contraria voluntate 1
teſtatoris, quod ſcilicet ſi compertum habuiſſet, rem aliter ſeſe habere, non fuerit quidquam relicturus, aliud probandum eſſet, *d. l. cum tale 72. § falſum, ff. de condit. & demonſtrat. & l. 1. infr. de falſ. cauſ. adiect. leg. cum*
proponas, hoc tit. cõſtare de voluntate † ipſius 2
teſtatoris poterit, ſi hoc coram teſtibus expreſſerit, *dict. l. cum proponas*, vel ſi coniecturæ iure noſtro cognitæ hãc teſtatoris voluntatem coarguant, cuius rei exemplum locuples nobis ſuppeditat *l. fin. ff. de hered. inſt.*
Etenim † cũ Pactumæus teſtator Pactumæ- 3
am magnam, filiam fratris vel agnati ſui, heredem inſtituiſſet, & parens heredis inſtitutæ occiſus, forte in ciuitatis expugnatione, vel a latronibus, eſſet, & rumore percrebuiſſet filiam quoque interfectam, mutauit prius teſtamentum, & alium heredem ſcripſit, cum hac præfatione, quia heredes quos volui habere, mihi continere non potui, *Nouius Rufus heres eſto*, & poſtea apparuiſſet filiam exſtinctam non eſſe, Imperator ex ſupplicatione aditus, putauit Pactumeæ ex voluntate teſtantis ita ſubueniendum, vt hereditatem obtineret, ſed tamen legata ex poſteriori teſtamento præſtaret. Altera coniectura, quæ voluntatem
teſtantis inſinuet, deprehenditur *in* † *l. ſi ita* 4
legatum 12. ff. de cond. & demonſt. Si enim pater teſtamento ſuo ita cauiſſet, quoniam filius maior ex arca mea decem ſuſtulit, heres minor filius decem e medio ſumito; hic enim legatum valere iuriſconſultus conſtituit, quod pater id propterea reliquerit, vt conditionem filiorum exæquaret. Quæ ratio a iuriſconſulto reddita, non inſcite colligit legatum corruere, ſi filius maior natu hoc compendii non ſenſiſſet. Tertia coniectura deſumi poteſt ex præſenti conſtitutione & *l. nec apud 7. hoc titul.* item *leg. eam quam 14. infr. de fideicommiſ. & leg. neque profeſſio 5. ſup. de teſtam.* Quod ſi demonſtratio
neceſſitudinis † cauſſam contineat, & po- 5

SSſ

ſtea huius opinionis error detegatur, veluti quod is quem inſtituit, vt naturalem & legitimum filium, filius non ſit, *vt hac noſtra lege, & d.l neq; profeſſio*, aut quod ille, quem fratrem nominauit, aut ea, quam ſororem dixit, vere frater non ſit, vel quod poſtea ſuppoſitus declaretur, aut quod adoptio nulla interceſſiſſet, aut vitioſa fuiſſet, *dict. l. nec apud 7. hoc titulo*, hic aliud probandum eſſet, *vt dict. l. nec apud*, vbi inſtitutio propterea reiicitur, quod quis aliquem inſtituiſſet vt fratrem adoptatum, qui talis ex iuris definitione eſſe non poſſit, leges enim concedunt, vt quis aliquem in filium vel nepotem adoptare poſſit, ſi ætas hoc concedat, *l. nec ei, & l. arrogato §. final. item leg. adoptiones 43. ſup. de adopt. Inſtitut. de adopt. in princip. & tot. titul.* quod autem quis per adoptionem ſibi fratrem conſtituere poſſit, id nuſquam permiſſum inuenimus, vnde ſine auctoritate principali huiuſmodi neceſſitudo contrahi non poſſet, quemadmodum fœminis non conceditur, vt ſine huiuſmodi beneficio adoptent, *§. fœmina, Inſtit. de adop.* Imo quod magis eſt, nemo filium arrogare poteſt niſi oraculum Principis interceſſerit, *l. 2. §. 1. ff. de adopt.* Quod cum ita ſit, facile
6 intelligimus † ius fraternitatis ex mutua cõpotatione ſub hac conditione facta non cõtrahi, *d. l. nec apud, h. noſt. tit. l. non epiſtolis, leg. non nudis, ſup. de prob.* Vnde etiam infero, quod ſi quis aliquem, cum quo huiuſmodi compotationem inſtituit, ea cogitatione heredem ſcripſerit, quod putaret ius neceſſitudinis contractum eſſe, talem ſubſtitutionem non valere, *dict. l. nec apud, Alexand. hic num. 4. Fulg. in d. l. nec apud, n. 3.* quamuis Cor. *num. 11.* id durum exiſtimet, cuius ſentẽtiam in dubio admitterem, vel ſi conuentio pœnali ſtipulatione confirmata eſſet, ſecundum *l. quidam cum filium, ff. de verb. obligat.* quod propterea pœnam adieciſſe videantur, quod intelligerẽt talem cooptationem iure non tenere. Plane ſi illum propterea fratrem appellaſſet, non quod arbitraretur conſanguinitatem inter ſe & heredem ſcriptum mutuo verſari, ſed quod illum fraterna caritate diligeret, aliud probandum eſſet, *leg. nemo 58. §. primo, ff. de heredib. inſtit.*
7 His ita conſtitutis negotium † faceſſit, *l. falſa demonſtratio 32. ff. de cond. & demonſtrat.* qua comprehẽditur, falſam demonſtrationem, quod quis aliquem appellauerit fratrem aut ſororem, qui reuera talis non eſſet, legatum non vitiare. Difficilis ſane antinomia eſt, neq; aliam rationem me inde expediendi inuenio, quam illã quam gloſſa proponit *in verb. ſi fratrem*, & quam etiã confirmat eodem loci Alberic. *n. 1.* Caſt. *n. 1.* item Bart. Soc. *nu. 1.* vt dicamus hanc demonſtrationem non perimere legati cauſſam, ſi teſtator ſciens illum fratrem non eſſe, talẽ appellauerit, ſiue quod fraterno amore eundẽ proſequeretur, *d. l. nemo, §. 1* ſiue quod ex cõſuetudine eum talem appellaret, cum tamẽ exploratum haberet, illum fratrem non eſſe, hanc enim nos inſpicere poſſe & debere † conſtat ex *l heredes 21. §. 1. ff. qui teſt. fac. poſ.* 8
item *l. ſi ſeruus 50. §. fin. ff. de leg. 1.* ſiue quod aliam quandam cauſſam ſecutus ſit. Sufficere enim ſtatuo quod nõ errauerit. Inde exoritur quæſtio mota ab Alberico *n. 2.* quod ſi vetula, quæ haberet filiam & neptem, filiã nomine proprio ſemper appellare cõſueuerit, neptem vero blandiendo ex conſuetudine filiam vocarit, & in teſtamento filiã ſine deſignatione nominis heredem inſtituerit, & quæratur de qua ſenſerit, de vera ſcilicet filia, an nepte? Hic dicẽdũ videretur, quod cũ in teſtamentis conſuetudinem teſtãtis ſpectemus, *vt antea dictum eſt*, quod neptem intelligatur deſignaſſe, quam filiam appellare ſolebat. Contrarium tamẽ determinat ipſe Alberic. item Iaſon *hic n. 2.* Cyn. *n. 5.* Alc. *n. 3.*
Etenim edocemur † ex *l. Publius 36. §. 1. ff. de cond. & demonſtra.* quod quo quis eſt propinquiori gradu, eo magis dilectus eſſe cenſeatur, facit deinde *l. cum auus 102. eod. tit.* quod quemadmodum nemo extraneos propriæ ſoboli prætuliſſe videatur, ita quoq; non intelligatur neptem præpoſuiſſe filiæ ſuæ. Tertio quod in re ambigua debeamus illam cõiecturam ſequi, quæ actum potius cõfirmet, quam quæ eundem labefactet, *l. quotiens, ff. de reb. dub.* Vnde cum ex præteritione filiæ teſtamentum corrueret, *auth. ex cauſſa, inf. de lib. præter.* pronuntiatione filiæ potius intelligetur demonſtraſſe filiam naturalẽ, quam illam, quam blãdientium more *l. liberorum, §. 1. ff. de verb. ſig.* talem appellare ſolebat. Et hanc interpretationem quoq; veriorẽ conſtituo, nec obeſſe conſiderationem a nobis ſupra propoſitam, cum generi per ſpeciem derogetur *l. in toto 80. ff. de reg. iur. & l. non eſt nouum.* Plane ſi neptis etiã alias coniecturas volũtatis ſuæ auiæ adducere poſſet, quæ hãc magis commendarent, exiſtimarem illam pro modo coniecturarum audiendam eſſe, maxime ſi nõ de vniuerſali titulo inſtitutionis, ſed de legato vel fideicõmiſſo ageretur.

His

Digitized by Google

10 His ita cognitis reliqua quæſtio † eſt, q. cum hac lege caueatur, illi, qui vt filius inſtitutus eſt, detecta rei veritate ſucceſſionem auferendam eſſe, cui illa applicari debeat? Et gloſſa quidem hic in dictione *auferendam*, Cyn. *nu.2.* Alberic. *n.1.* Odofr. *nu.1.* Salyc. *n.2.* Alex. *num.5. circa fin.* Bart *num.3* Bal. *nu.1.* Ang. *n.3.* Caſt. *nu.4.* Iaſon *nu.10.* conſtituunt, heredes ab inteſtato admittendos, vbi ait, omnes doctores ita cõmuniter ſentire. Sed hic quædam repugnantia exſiſtit,
11 cum † *l. aufertur 46. ff. de iur. fiſci*, vbi fiſco applicatur ſucceſſio eius, qui cum heres inſtitutus eſſet, vt filius poſt mortem eius, qui pater dicebatur, ſuppoſitus declaratus eſt. Glo. *in d. l. aufertur*, item Bart. *ibid. in prin.* Glo. hic *in verb. auferendam* Ang. *hic n.3.* Odofr. *nu.1.* exiſtimant, legem *aufertur*, eo caſu accipiẽdam, quo nullus heres ab inteſtato exſiſteret, generaliter definientes, hereditatem ab indigno ablatam, fiſco addici, *l. Papinianus 8. §. meminiſſe, ff. de inoff. teſtam. l. hereditas, inf. de his quib. vt indig.* ſed tamen quoties heres aliquis ſine culpa ſua & ex facto alieno indignus habeatur, quod tunc locus ſit ſuccedentibus ab inteſtato, *l. nec apud, hoc noſt. tit.* idem quoque confirmant Cyn. *num.2.* Alberic *num.1.* Salyc. *nu.2.* declarantes tamen, huiuſmodi hereditatem fiſco potius adiudicari, vt vacantem, quam alio iure. In eadem quoque ſententia videntur eſſe, Bald. *nu.1.* Ang. *num.3.* Corn. *nu.8.* qui principalis declarationis hanc rationem proponunt, quod huiuſmodi inſtitutiones pro non ſcriptis habeantur. Sed hanc rationem meo iudicio non incolorate repudiat Fulg *num.2.* cum falſa cauſſa ipſo iure inſtitutionem non vitiet, *l cum tale 72. §. falſam, ff. de cond. & demonſt.* & ipſe nihilominus heres ſit, quamuis illa ab eo tanquam indigno auferatur, *vt hac noſt. lege, item dict. l. nec apud, & d l. aufertur.* Vnde cum animaduerteret, hanc interpretationem in diuinationem incidere, excogitata quadam diſtinctione, ſe tam infeſtum obicem diſcuſſurum eſſe arbitratus eſt, vt interſit, an indignitas originem ſumſerit a ſcelere quodam & turpitudine, *vt dict. l. aufertur*, an vero a facto licito: priori caſu fiſco locum eſſe, *l. Lucius 9. ff. de iure fiſci.* Secundo vero caſu admittendos eſſe heredes ab inteſtato, *vt d. l. nec apud.* Et hanc opinionem de iure veriorem eſſe fatetur Phil. Corn. *num. 8.* quamuis ipſi religio ſit a communi ſententia diſcedere. Et licet Iaſon *hic num. 11.* impugnet hanc Fulgoſi conſiderationem, quod culpa aliena aliis nocere non debeat, *l. ſancimus, inf. de pœn.* Item quod *l. aufertur*, neminem deſignet cui applicari debeat, tamen mihi definitioni *l. aufertur* magis congruere videtur, quod diuinatio ſit longe petita, teſtatorem mortuum eſſe nullo herede ab inteſtato relicto, quod ſane rarius accidere ſolet, & quod titulus, in quo eadem lex poſita eſt, ſatis indicare videatur, cui hereditas applicanda ſit, & noſtræ leges non loquantur eo caſu, quo res inciperet a turpi initio. Vnde etiam videtur hæc diſtinctio Fulgoſi præferenda eſſe. Nec obſtat *l. ſancimus, inf. de pœn.* cum etiã alii caſus emergant, in quibus fiſcus rem aufert, quamuis indignitas ex facto heredis inſtituti non cœperit, puta ſi Titius heres inſtitutus ſit a Sẽpronio per vim coacto, cuius tamen Titius conſcius non erat. *Bart. in l. eos, ff. ſi quis aliq. teſt. proh.* Accedit quod *in l. nec apud*, item *in l. eam quam*, perſonæ inſtitutæ non poſſint cenſeri indignæ, cum nullum ſcelus ſuum aut alienum interueniret, quod in partu ſuppoſito dici non poteſt, deinde cum is hereditatis non ſit plane incapax, hactenus eam obtinere poteſt, quoad fiſcus interueniens eam auferat, *vt dictum eſt.*

Hæc pro explicatione præſentis legis ſufficere videbantur, ſed quia gloſſa *in verb. quaſi filium*, mouet quæſtionem, primo *an inſtitutio † filii, tanquam extranei, valeat.* de- 12
inde *an maledicta, quæ cum inſtitutione commiſcentur, eandem infirment*? operæ pretium eſſe duxi, vt eaſdem paucis perſequerer. Quod ad primam quæſtionem attinet, benignior videtur eſſe ſententia eiuſdem gloſſæ, item Caſt. *hic num 3.* Alex. *nu.3.* Fulg. *n.1.* Cornei *n.3.* quod valeat, *arg. leg. 1. § ſi quis filium, ff. de Carbon. edict.* Et quamuis Iaſon hic *num.5.* repugnet, tamen non animaduerto quare a communi ſententia diſcedendum ſit, ſi enim exheredatio hoc modo cõcepta, veluti *Pamphilus ex Seia natus exheres eſto*, irrita non ſit, alienum iudicari debet, ſi illud reſpuamus in ipſa inſtitutione, niſi mediocritas portionis, & aliæ coniecturæ errorem parentis coarguerent, vt Alex. quoque ſenſiſſe videtur, *l. ſi poſthumus 14. §. ſi quis ita ſcripſerit, ff. eod. tit.*

Quæſtionem ſecundo a gloſſa † propo- 13
ſitam interpretes noſtri, *vt Caſtr. nu.3. Fulg. num.1. Salyc. num.3. Iaſon num.7.* certa diſtinctione dirimere conantur, vt ſcilicet interſit an parens maledicendo verbis generalibus vſus ſit, veluti *filius meus impiiſſimus male*

Digitized by Google

de me meritus, heres, eſto leg. his verbis 48. ff. de hered. inſti. tunc enim valere inſtitutionem. Quodſi vero ad ſpecialia crimina deſcenderit, tunc aliud probandum eſſe, *arg. l. quotiens 9. §. ſi quis nomen, ff. de hered. inſtit. item l. turpia, 54. ff. de legat. 1. §. final. Inſtit. de legat.* Ceterum hæc traditio mihi ex eo ſuſpecta eſt, quod animaduertam huiuſmodi exheredationem non improbari, veluti *Sempronius filius meus non nominandus, latro, gladiator, ex adulterio natus, heres eſto, l. 3. ff. de lib. & poſth. hered. inſtit.* Qua de cauſſa aut erit amplectenda interpretatio Cuiacii *in dict. l. 3. ff. de lib. & poſthum. hered. inſt.* intereſſe inter inſtitutionem patris, qui cum huiuſmodi conuiciis filium inſtituat, & extraneum, vt hic inſtitutio vitioſa ſit, illic autem toleretur: aut quod diſtinguamus inter inſtitutionem & legata, quæ non ſubueniendi conſilio, ſed contumeliæ ergo relinquuntur, aut cum aliqua turpitudine coniuncta ſunt, exempli gratiu, ſi quis fratris ſui filium moribus inconditis præditum, ita inſtituat: *Sempronium fratris mei filium, qui me furem & ſcurram vocare non dubitauit, tamen ex quadrante heredem inſtituo:* hic enim facile intelligimus, hanc inſtitutionem non contumeliæ ergo, ſed eo propoſito factam, vt rationem ſanguinis haberet, vt tamen ſuæ incogitantiæ admoneretur hæc conuicia adſcripta eſſe, quæ deſtinatio quoq; videtur eſſe parentis cum filium conuiciis inceſſit. Quod ſi vero homini honeſtiori & diuiti legatum aliquod adſcribat, vt ſe a mendicitate tueri poſſit, vel vt minus decora veſte, aut aliis rebus vtatur, hic facile animaduertimus, teſtatori non fuiſſe propoſitum, vt huic ſubueniret, aut compendii aliquid deferret, ſed vt verborum contumeliis ſub imagine alicuius lucri perſtringeret. Pari ratione ſi hominem ſplendidioris vitæ, & nominis atque cognominis notiſſimi, omiſſa conuenienti deſignatione cum nota contumeliæ, a quodam vitio corporis gibboſum, claudum, ſtrabonem, in tali domo habitantem, vocet, & ita heredem deſignet, ita accipio, *l. quotiens, §. ſi quis nomen, ff. de hered. inſt.*

Lex non ideo minus 5.

SVMMARIA.

1 *Non vitiatur inſtitutio eius qui vxorem affinem appellauerit.*

2 *Vxorem proprie affinem non eſſe.*

3 *Propter quod vnumquodque tale eſt, illud magis eſt.*

CVm ex ſuperiori lege cognouerimus, falſam demonſtrationem, ſiquidem cauſſam neceſſitudinis contineat, vitiare inſtitutionem, legata, fideicommiſſa, non incommode ſubiicitur quæſtio de eo, qui cum vxorem † heredem inſtitueret, illam non vxorem ſed affinem appellarit? Et videbatur, quod huiuſmodi inſtitutio non procederet, cum vxor affinis non † ſit, vt 1 apparet ex deſcriptione affinium *l. non facile 4 §. ſed quoniam, ff. de grad. & affin.* Affines ait iuriſconſultus ſunt viri & vxoris cognati, di- 2 cti ab eo, quod duæ cognationes, quæ diuerſæ inter ſe ſunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit. Contrarium tamen reſpondetur, quod abſurdum videatur, ſi minus huic perſonæ tribuamus, quæ cauſſa affinitatis ſit, quam ipſis affinibus, contra celeberrimum ipſius Philoſophi pronuntiatum *lib. 2. poſter. cap. 2.* propter † quod vnum quodq; tale eſt, illud magis eſſe, quam rationem ſecutus iuriſconſultus, *l. ex diuerſo, §. item ſi mulier, ff. ſol. matrim.* in quæſtione, an mulier, ſi a marito 3 ex promiſſione dotis conueniatur, habeat beneficium in quantum facere poſſit, decernit eidem multo magis ſubueniendum, quod ſoceri contemplatione ipſius ratio habeatur, *d. l. ex diuerſo in princip.* Accedit quod vxor vel ſponſa affinitatis nomine deſignetur *in l. quod Seruius 8. ff. de cond. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* Hanc definitionem Salyc. *hic in prin.* Corn *n. 1.* Alex. *num. 2.* transferunt ad cauſſam ſtatuti, cauentis omnes controuerſias inter affines ſine figura iudicii, apud arbitros conſtitutos, ventilandas eſſe, vt illud multo magis probemus, ſi vxor vel maritus conueniantur.

Lex, Si compenſandi 6.

SVMMARIA.

1 *Creditor non cogitur compenſare id quod ipſi relinquitur cum ære alieno, niſi teſtator illud expreſſerit.*

2 *Quid ſi debitum excedat relicti quantitatem.*

3 *Diſtinctio inter legata & inſtitutionem, vt hic totum compenſari debeat, illic autem id contrarium ſit.*

4 *Argu-*

Digitized by Google

4 *Argumenta in vtramque partem an quis accepto legato, totum compenſare cogatur.*
5 *Diſtinctio Caſtrenſis & Alexandri.*

QVamuis receptum ſit, creditorem, quæ teſtamento relinquuntur, non debere compenſare cum eo, quod ipſe petat, *l. creditorem 85. ff. de legat. 2. & l. 1. §. ſciendum ſup. de
1 rei vxor. act.* tamen, ſi teſtator † diſerte comprehenderit, ſe compenſandi gratia hoc legatum adſcribere, alterutro contentus eſſe debet, *vt hac noſtra lege.* Sed agitatur illa quæſtio a Caſtrenſe hic *num. 1. an, ſi debitum
2 † excedat iuſtam æſtimationem rei legatæ, & ipſe rem legatam prætulerit, totum æs alienum extinctum videatur, an duntaxat pro rata quãtitatis?* Et quidem † ſi heres inſtitutus ſit adita
3 hereditate, confuſa tota obligatio eſt, neq; amplius quidquam petere poteſt, *l. quæ dotis ff. ſol. matrim.* Quod ſi vero legatum aliquod
4 adſcriptum ſit, † ſatis dubium eſſe intelligimus quid hoc caſu obtineat. Etenim, *l. ciuitatibus 122. § fin. ff. de legat. 1.* cauetur, quod ſi fundus alicui relictus eſſet, ſub hac cõditione, ſi centum intuliſſet, quod is non cogatur fideicõmiſſum a ſe relictum pręſtare, ſi duntaxat tantũ ſit in pretio fundi quantũ is acceperit. Pari ratione *leg. Titia 34. §. qui inuita, ff. de legat. 2.* in cauſſa dotis videtur compenſatio admitti pro rata. Pugnant e diuerſo, *l. Imperator 70. §. ſi centum, eod. tit.* in verba ſequentia. *Si centum legatis, duplum reſtituere rogatus ſit, ad ſummam legati videbitur conſtitiſſe: ſi autem poſt tempus fideicommiſſum relictum ſit, vſurarum duntaxat additamentum admittetur, nec mutanda ſententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio conſecutus eſt, aut pœnam ſtipulationis imminentem euaſit. Hæc ita ſi quantitas cum quantitate conferatur. Enimuero ſi, pecunia accepta, rogatus ſit rem propriam, quanquam maioris pretii eſt, reſtituere: non eſt audiendus legatarius legato percepto, ſi velit computare, non enim æquitas hoc probare patitur, ſi, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat.* Secundo obſtat *l. quod bonis 15. §. cum fideicommiſſum, ff. ad leg. Falcid.* vt gloſſa eundem §. accipit. Tertio, *l. cum ab vno 53. ff. de legat. 2.* in verb. *cum aut ſuo iure, aut iudicio mariti contenta eſſe debeat.*

In propoſita difficultate Caſt. *hic n. 1.* item
5 Alex. *nu. 1.* ita rem moderandã † exiſtimant, vt interſit an teſtator comprehenderit teſtamento, quod nihil vlterius petere poſſit, an vero duntaxat ſcripſerit ſe compenſandi animo aliquod præſidium relinquere, vt primo caſu vlterius audiendus nõ ſit, ſecundo vero compenſatio locum habeat pro rata. Sed quia hæc reſponſio non dirimit contentionem quæ inter leges allegatas conſiſtit, idcirco Alex. diſtinguendo rem ad concordiam reuocari poſſe confidit, vt ſcilicet interſit, an quis rogetur vt rem propriam, cuius vires & merita comperta habeat, ex fideicommiſſo reſtitueret, nam tunc legatum amplectendo lædi non videtur, aliud autem eſſe, ſi quid rogetur reſtituere ratione fundi legati ab ipſo teſtatore, potuit enim cogitare atq; confidere, quod hic fundus aſſurgeret ad illam æſtimationem, quæ reſponderet vel excederet etiam onera iniuncta. Et quamuis obſtet traditio gloſſæ *in d. l. creditorem*, quam ſequuntur eodem loci Dyn. & Bart. tamen videtur ex hac ſubdiuiſione euitari poſſe. Et hæc quod ad §. *ſi centum.* Sed hoc modo non videtur eſſe ſatisfactum, *l. ſi ab vno*, putat tamen Alex. & illum textum dilui poſſe, ſi obſeruemus principalem quæſtionem in hoc verſari, an vtrumq; conſequi poſſit. Nam an compenſatio pro rata fieri debeat, an in totum, id definiri *in d. §. qui inuita, & in d. §. cum fideicommiſſum*, ſi accipiatur, vt doctores eundem repudiata interpretatione gloſſæ exaudiunt.

De lege *nec apud*, diſſeruimus *in l. ſi pater hoc tit.*

Lex, collegium 8.

SVMMARIA.

1 *Collegia quæ ſpeciali priuilegio ſubnixa non ſint, acquirere ex teſtamento non poſſunt.*
2 *Dubitandi cauſſa in l. 1. ſup. de ſacroſ. eccleſ. an eccleſiis relinqui potuerit.*
3 *Illa collegia quæ ad bonum finem contracta ſunt, non prohiberi quo minus acquirant.*

CVm regulariter, qui ex teſtamento non ſunt prohibiti capere, acquirere ex illo poſſint, *l. qui a latronib. 13. in prin. & §. 1. & 2. l. filiusfamilias 16. eod. tit.* niſi nominatim prohibiti ſint, *vt l. 1. hoc tit. & §. legari; Inſt. de leg.* In eo numero † recenſentur collegia, quæ 1
ſpeciali priuilegio ſubnixa non ſunt, vnde noſtri doctores, *vt glo. hic in verb. in ſumma Bart. in prin. Bald. n. 1. Ang. n. 1. Caſt. n. 2. Fulg. in prin. Alexand. n. 1. Iaſon in prin. Franc. Aret. in prin.* definiunt omnia collegia illicita videri quæ ſpecialiter approbata non ſint, *l. 3. §. in ſumma ff. de colleg. illicit.* Hinc etiam animaduertimus quod Bartol. & alii doctores

Digitized by Google

2 perperam ſcripto prodiderint † nullam dubitandi pene cauſſam fuiſſe *in l. 1. ſup. de ſacr. eccleſ.* quod quilibet liberam habeat poteſtatem eccleſiis in vltima volũtate relinquendi, cum vrgentiſſima fuerit, ſcilicet quod ante Conſtantinum qui ex Imperatorib. prior paganiſmi errorem ſuſtulit, collegia Chriſtianorum in ea conditione fuerint, vt acquirere ex teſtamento non potuerint, hac noſtra lege. Porro vt collegia dicantur approbata, non requirimus ſemper diploma Imperatoris, ſed ſufficit cõſtitutio legis hoc nonnullis corporibus indulgentis, vt nunc ſunt omnes eccleſiæ Chriſtianæ, *dict. l. 1. ſup. de ſacroſ. eccl.* item *l. priuilegia eod. tit.* vt ſunt ſtudioſi & doctores alicuius vniuerſitatis, *auth. habita, ſup. ne filius pro patre*, vt denique ſunt corpora artificum, de quibus mentio fit *in l. fin. ff. de iur. immunit. ita Bart. in l. fin. ff. de colleg. illicit. num. 8.* Imo exiſtimarem ſecun-
3 dum humanitatem † inſecuti temporis, omnia illa collegia, quæ ad malum finẽ contracta non ſunt, in ea cauſſa verſari, vt licita cenſeantur, *arg. l. fin. eod. titu.* quo pertinent ea quæ memoriæ prodidit Nicol. Euerh. *in loco a virtute finis num. 3.* Hinc ſequitur quod ſi ſodalitas aliqua contrahatur ad monopolia inſtituenda, *l. 1. ſup. de monopol.* aut ad conuenticula conſtituenda in cauſſa ſuperſtitionis, *l. conuenticula ſup. de ſacroſanct. eccleſ.* huiuſmodi ſocietates & collegia nullius eſſe momenti, multo minus igitur valebunt cõuentiones eorum, qui ex cauſſa factionis huiuſmodi ſodalitatem inire velint, *leg. 1. inf. de ſeditioſ.*

Lex, Lex extraneum 9.

Svmmaria.

1 *Varia præſentis legis lectura.*
2 *Differentia inter has ipſas lecturas ſecundum noſtros doctores.*
3 *Diſtinctio Cuiacii intereſſe putantis an quis cum moriatur heres ſcriptus ſit, an vero poſt mortẽ ſuã.*
4 *Repudiata hæc ipſa diſtinctio & cauſſæ.*
5 *Tertia lectura Viglii Zuichemi quam auctor etiam approbat.*

1 DVæ huius legis † ſunt lecturæ. Vna *quodquis extraneum heredem inſtituere poſſit, quo tempore moriatur.* Altera *quod lex noſtra accipienda ſit de conditione, cum quis, id eſt alius, quam heres inſtitutus, moriatur.* Vtramq; lecturam videtur ſuſtinere gloſ. *in verb. cum quis moreretur* Cyn. *num. 2.* Bart. *nu. 1.* Bald. *nu. 2.* qui tamen tres lecturas perſequitur, Fulg. *nu. 1.* Alex. *nu. 1. & 2.* Ang. *nu. 1.* Caſt. *n. 3. & 4.* Salyc. *nu. 1. & 2.* Iaſon tamen *n. 1. & 2.* exiſtimat vltimam lecturã verbis legis magis congruere. Porro doctores † ſupra cõmemorati 2
inter caſus relatos hanc differentiam conſtituunt, quod ſi conditio cõcepta ſit in mortem alienam, valeat inſtitutio ſed expectare cogatur euentũ conditionis: nam ſi is in cuius obitũ conditio collata eſt, ſuperuixerit, ipſam inſtitutionẽ exſtingui, & ſubſtitutum vel heredes ab inteſtato admitti *l. heres meus 79. § 1. ff. de cond. & demonſt.* Priori vero caſu cum certum ſit inſtitutum moriturum eſſe, & propterea habeatur atq; ſi ex die inſtitutus eſſet, nedum valere inſtitutionem, ſed etiam pro pura haberi ſublato temporis vitio *l. hereditas 34. ff. de hered. inſt.* Porro Cuiacius † *obſer. lib. 3. cap. 34.* putat primam lectio- 3
nem accommodatiorem eſſe, neq; tolli tẽporis aut conditionis adiectionẽ. Conſtituit enim differentiam, an quis moriens, vel cũ moriatur, heres ſcriptus ſit, an deniq; poſt mortem ipſius hereditatis vel legati compendium in perſonam ipſius collatũ ſit, hoc enim caſu inſtitutionẽ vitioſam eſſe, *arg. noſtræ legis, & d. l. heres,* & quod illud etiã in aliis obligationibus antea obtinuerit, vt in contractibus inter viuos, quã differentiam tamẽ Iuſtinianus ibidẽ ſuſtulit, *vt l. 1. ſup. vt acti. ab her. & cont. hered. incip. § ita autem Inſt. de inut. ſtip.* Ad legẽ autẽ, *hereditas, ff. de hered. inſt.* reſpondet multa tacite fieri poſſe, quæ nominatim cõprehẽſa diſpoſitionẽ vitiẽt, *l. 1. ff. de leg. 2. nõnunquã, ff. de cond. & demonſt.* hinc tales inſtitutiones non improbari cum capere poterit, *l. in tempus 62. ff. de hered. inſt.* cum adoleuerit *l. ſi mater 33. ff. de vulg. & pup. ſubſt. cũ morietur & cet.* Et hæc ſententia videtur fuiſſe Azonis *in ſua ſumma*, Alberic. *hic n. 1.* exſiſtimantis, talem conditionẽ eo viuente exſiſtere, *l. qui duos, de teſt. manumiſ.* addens *l. hereditas*, intelligendã eſſe de die certa, non vero incerta, mihi tamen durum eſſe videtur a recepta ſententia quam confirmat etiã Iaſon *hic n. 3.* recedere, cum duæ cõditiones a Cuiacio propoſitæ diuerſæ † naturæ inue- 4
niantur. Vtraq; enim conditio deficere poteſt, ſi puer ad pubertatem non peruenerit, aut quis hereditatis capax non ſit redditus, *arg. d. l. heres, § 1 ff de cond. & demonſt & d. l. ſi mater, item l. in tempus.*

Obſeruandum autem eſt Vigliũ Zuichemum motum fortaſſe huiuſmodi difficultatibus, tertiã † lectionẽ quã obſcure inſinuat 5
gloſ. & ſine ſcrupulo procedere teſtatur Bal. *n. 1.* amplecti, vt ſcilicet teſtator de ſua morte videatur mentionem feciſſe, perinde quaſi ita

ita ſcripſiſſet, *Titium heredem inſtituo, cum moriar.* Et ego quidem hanc lectionem ſecuriorem eſſe conſtituo, maxime, quod alienum eſſe videatur, quem heredem inſtituere, qui nullum commodum ex tali hereditate ſentire, vel operam hereditati impendere poteſt, & cum ipſe de proprio herede ſollicitus eſſe debeat: tamen ſi imaginemur, illud accidiſſe, communem interpretationem non reſpuerem. De lege *neque*, tanquã facili, & non magnæ vtilitatis in præſentia non diſſerimus, quemadmodum etiam nõ exponimus *l. extraneũ 11.* quod merita eiuſdem legis perſecuti ſimus *in l 1. h. t.* & rationẽ dubitandi, volente Deo, accuratius explicaturi ſumus *in l. Gallus ff. de lib. poſth. hered. inſt.*

Lex, Hereditatis, 12.

Svmmaria.

1 *Cauſſa dubitandi in præſenti reſponſo.*

2 *Incertis perſonis & per conſequens ciuitatibus non potuiſſe teſtamento legari.*

3 *Aproniani Senatuſconſulti diſpoſitio quæ fuerit.*

4 *Ciuitatibus legari potuit, quæ ad ornatum ipſius vel inſtructionem pertinerent.*

5 *Ciuitatibus ex noua conſtitutione Imperatoris Leonis indiſtincte legari poteſt.*

CVm in præſenti reſcripto caueatur, ne dum vrbi Conſtantinopolitanæ, ſed etiam aliis ciuitatibus, quem titulo hereditatis, legati, fideicõmiſſi, aut denique donationis, annonas ciuiles, ædificia, mancipia, & id genus alia relinquere poſſe, non immerito
1 quis ſubſtiterit, quę cauſſa † potuerit eſſe dubitandi? Cuius hæſitationẽ, vt tanto iuſtiorẽ reddam, eadẽ opera quæram, *quid cauſſæ ſit, quod antiquitus poſthumi nepotes institui nõ potuerint*, quodq; cõtrouerſum fuerit, *an teſtatori ius eſſet extraneũ heredẽ inſtituendi.* Vt igitur auditores iniecto ſcrupulo liberare poſſim, meminiſſe eoſdẽ iubebo celeberrimi §.
2 *incertis, Inſt. de leg.* q incertæ † perſonæ nõ ſolũ non inſtitui, ſed etiã nihil ex legato, vel fideicõmiſſo relinqui potuerit. Ciuitates aũt & municipia in eadẽ cauſſa fuiſſe oſtẽdit Vlpian. *in ſuis frag. tit. 22. §. 4.* in hæc verba: *Nec municipia, nec municipes heredes inſtitui poſſũt, quoniam incertũ corpus eſt, vt neq. cernere vniuerſi, neq. pro libito de herede cernere poſſunt, vt heredes fiant.* Et ſi quis parum auctoritatis in huiuſmodi fragmentis eſſe conſtituat: is tamen repudiare non poterit reſponſum Iuriſconſulti *in l. omnibus, 26 ff. ad SC. Trebell.* ex
3 quo intelligimus Senatuſconſulto † Aproniano, de quo etiã mentio fit in iiſdem fragmentis, introductũ eſſe, vt fideicõmiſſaria hereditas ciuitatibus reſtituenda ſit, quodq; edoceamur ex *l. ciuitatibus, 122. ff. de legat. 1.* ciuitatibus duntaxat legari poſſe, † quæ ad 4
ornatum ipſius, aut eiuſdẽ honorem pertinerent. *Ad ornatum*, veluti, ſi ſint deſtinata ad inſtruendum forum, theatrum, ſtadium. *Ad honorem,* puta, quod ad munus edendũ, ludos ſcenicos, Circẽſes, vel ad diuiſionem alicuius epuli, relicta eſſent: vel ſi aliquid adſcriptum ſit alimentorum nomine, pro illis, qui prouectioris ætatis eſſent, vel valetudinarii, *d. l. ciuitatibus.* Si itaque extra has cauſſas quid relictum eſſet, vel iure hereditatis, vel legati, ciuitas ea capere nõ poterat. Quæ aũt ratio fuerit, quod fideicõmiſſa maiorem vim habuerint, alibi cõmodius tractabimus.
Porro † Imperator Leo hanc legum cenſuram & ſeueritatem præſenti conſtitutione tollendam eſſe exiſtimauit, ita vt iam nõ referat, vtrum per fideicõmiſſum quid relinquatur, aut titulo inſtitutionis, vel legati, vel donationis cauſſa mortis, & an in cauſſas ſupra cõmemoratas deſtinetur, an vero ſimpliciter quid legatum ſit. 5

Lex, Quotiens, 13.

Svmmaria.

1 *Hereditatem iuris noſtri conditores aſſi compararunt, & quare.*

2 *Quid iuris ſit, ſi teſtator vnum ex fundo Semproniano, alium vero ex fundo Seiano heredem inſtituerit. & n. 4.*

3 *Si vnus ex re certa heres nuncupatus ſit, detracta eiuſdem rei mentione perinde habebitur, atque ſi pure heres inſtitutus eſſet.*

5 *Si teſtator vnum ex re certa inſtituerit, alium vero ſimpliciter, in amplectenda hereditate præfertur is, qui ſimpliciter inſtitutus eſt.*

6 *Quid obtineat, ſi ſimpliciter inſtitutus, hereditatem repudiet, an ei, qui ex certa re ſcriptus eſt, hereditas accreſcat.*

7 *Doctores & argumenta pro negatiua ſententia.*

8 *Auctores & fundamenta contrariæ ſententiæ.*

9 *Inſtitutum ex re certa, ſi alius ſimpliciter heres inſtitutus ſit, non poſſe recte conferri cum legatario, aut herede, ſed medium quoddam ius obtinere.*

10 *Quatuor effectus huius conſiderationis, in quibus cum herede comparatur.*

11 *Quatuor alii effectus, in quibus legatario ſimilis videtur.*

12 *Expreſſam prohibitionem teſtatoris ius accreſcendi impedire.*

13 *An eo caſu totum teſtamentum infirmetur?*

14 *Intellectus præſentis legis.*

15 *Quare inſtitutus in re certa propria auctoritate illam rem apprehendere poſſit?*

Digitized by Google

16 *An in propoſita ſpecie noſtræ legis, diuerſo iure ſuccedatur.*

17 *Intellectus l. Lucius, §. qui habebat, ff. ad SC. Trebellianum.*

18 *Res legata legatario cum effectu non acquiritur, antequam legatum agnouerit.*

19 *Quamuis ex certis portionibus fundi instituti detráctà mentione partium ſcripti videantur, tamen aliud obtinet, ſi teſtatoris voluntás refragetur.*

20 *Cum apparet de contraria voluntate teſtatoris, ceſſat coniecturata definitio iuris.*

21 *Mortuo herede ſimpliciter inſtituto, vel illo remoto, is qui ex certa re inſtitutus eſt, vt heres admittitur.*

22 *Quæ a tabellione ſcripta ſunt, voluntate teſtatoris ſcripta videntur.*

NEminem vel mediocriter in iure noſtro verſatum præterire poteſt, quemadmo-
1 dum iuris noſtri † conditores, ad faciliorem expeditionem partium, quæ teſtaméto adſcriberentur, hereditatem aſſi comparauerint, vt, quemadmodum as, ne dum in duodecim partes diuidatur, ſed etiam minores numero, & hæ partes definita nomina habeát, quæ ordine ab ipſo Imperatore recenſentur *in §. hereditas, Inſt. de hered. inſt. & in l. ſeruum meum 50. §. fin. ff. de hered. inſt.* vt hoc modo ſciri poſſet, ex quota portione, ſi plures heredes inſtituti eſſent, vocati intelligerentur, & inconcinna ratio vnum & idem verbum cum nauſea audientium & legentium repetendi, vitaretur; præterea, vt conſtare poſſet, cui actiones, item & æs alienum adſcribenda, & pro quota parte eſſent. Vnde illa quæſtio nata eſt, quid obtineret, ſi teſtator ex ignorátia, vel ex alia quadá cauſſa, nomina iure noſtro præſcripta ſuo teſtamé-
2 to † non inſeruiſſet, ſed vnum ex heredibus inſtituiſſet ex fundo Corneliano, alium autem ex fundo Semproniano, vel ſi aliquem heredem ſcripſiſſet ex fundo Seiano, & vnũ ſimpliciter ſine adiectione alterius rei conſtituiſſet, quis effectus eſſet huius inſtitutionis. Quamuis itaque huiuſmodi teſtator incogitantius feciſſe videatur, qui inſinuatam iure noſtro rationem teſtandi neglexerit: tamen quod vltima hominum elogia fauore proſequenda ſint, *l. quoniam indignum 15. l. ambiguitates 24. cum duabus legib. ſeq. ſupr. de teſtam.* receptum eſt etiam, talem inſtitutionem valere, *l. 1. §. ſi ex fundo, l. ex facto 35. l. qui non militabat, 78. de hered. inſtit.* Et quidem ſi
3 vnus duntaxat † heres ex certa re deſignatus ſit, detracta eiuſdem mentione, perinde habebitur, atque ſi pure heres inſtitutus eſſet
4 *d. l. 1. §. ſi ex fundo.* Idem quoque obtinebit, † ſi duo ex certa re heredes declarati ſint, Titius ex fundo Corneliano, Mæuius ex fundo Libiano *d. l. ex facto 35. ff. de hered. inſtit.* Sed hoc differétiæ erit, vt, ſiquidem fundus Cornelianus dodrantem hereditatis conſtituat, Libianus vero quadrantem, erunt quidẽ heredes ex æquis partibus quaſi ſimpliciter inſtituti. Veruntamen officio Iudicis continebitur, vt vnicuique fundus deſignatus attribuatur, *d. l. ex facto, Conan. lib. 10. ſuorum comment. c. 6. Fran. Duaren. de hered. inſtit. cap. 3. Bart. d. l. ex facto, in princip. Raph. Cuman. ibid. num. 1.* Porro, ſi hereditas etiam æs alienũ contineat, & e diuerſo actiones contra debitores, id eſt, debita & credita; ſinguli onus, & commodum harum actionũ, non pro emolumento fundi relicti, ſed ex æquis portionibus agnoſcent, *d. l. ex facto, 2. §. 1. & l. 1. ſup. de reb. cred. ſi certum petat. l. ea quæ, ſupr. famil. erciſc. l. in exſecutione 85. §. 1. ff. de verbor. oblig.* Nec diſtinguimus, vtrum teſtator vnũ heredem ſcripſerit, ex bonis, quę in Germania habuit, alium ex bonis Italicis, *d. l. ex facto, 35. ff. de hered. inſt. in princ. & §. 2. item l. qui non militabat, 78. ff. d. titul.* Nam eadem quoque diuiſio & hic locum habebit, *Conanus Duaren. & alii ſupr. allegati.* Porro, ſi † ſi vnum 5
heredem ſcripſerit ex certa re, alium vero ſimpliciter, veluti Titium ex fundo Seiano inſtituo, item Gaium Seium heredem inſtituo, hic Seius tota hereditate potietur, *vt hac noſtra lege, item argum. l. interdum 13. §. ſed ſi alter, ff. de hered. inſt.* alter autem, ſi Seius hereditatem amplecti velit, loco legatarii erit. Ita hanc legem noſtram exaudiunt, gloſſ. *in verb. ſcriptorum, Bart. in princ. & num. 1. Bald. in ſuo ſummario, Ang. num. 1. Caſtr. num. 1. & 3. Alberic. num. 1. Odofred. num. 2. Salyc. n. 1. Fulg. num. 1. Alex. num. :. Iaſon num. 2. Ioan. Sichard. num. 5. & 6. Donell. num. 6. Cyn. in princip. Fran. Aretin. num. 1. Philip. Corn. num. 1. & 10. Anton. Gomez. lib. 1. variar. reſolut. cap. 2. num. 14. Ant. Gabr. lib. 6. commun. concluſ. tit. 11. nu. 16.* Imo Salyc. *hic num. 14.* Iaſon *nu. 2.* Ioan. ab Imol. *d. l. 1. ff. de hered. inſtit. §. ſi ex fundo,* cõſtituunt idem obtinere, ſi Seius etiam ex quadrante, vel triente heres ſit inſtitutus, *argum. noſtri text.* Sed quęſtionis eſt, *quid admittendum ſit, ſi heres † inſtitutus repudiet hereditatem, an ius 6
accreſcendi locum habeat in perſona ipſius, qui ex certa re inſtitutus eſt.* Non † habere cõſtituunt 7
Nicol. de Mateſilan. Martin. Iacob. de Bur. Raynut. relati a Philippo Corneo *numer. 11.* Raph. Fulgoſ. *in hac noſtra leg. num. 5.* Sichar. *num. 7.* Bald. *num. 4.* qui tamen nonnihil diſtinguit, vt poſtea intelligemus Raph. Cum. *in d. l.*

in d.l. ex facto, ff. de hered. inſtit. num.1. & idem ſentire videntur gloſſ. *hic in diction. ſcriptorum*, Anton. Gomeſ. *d.c.2.n 16.* Bellon. *lib.4. ſupput.c.19.* item Ant. Gabr. *d. concl.11. nu.16.* dum huiuſmodi inſtitutū in omnibus cum legatario conferunt.

Argumenta, quibus hi mouentur, hæc potiſſimum occurrunt. Primo, quod hoc confirmare videatur præſentis legis definitio, ex qua intelligimus, illum eſſe legatarii loco. Secundo, quod inter eos, qui diuerſo iure ſuccedunt, non verſetur ius accreſcendi, l. *ſed cum patrono 6. ff. de bonorum poſſeſ. & argum. l. eam quam, infr. de fideicom.* Tertio, quod ius accreſcendi illis non deferatur, qui cum certa taxatione heredes ſunt inſtituti, *l. Lucius 78. §. quæ habebat, ff. ad SC. Trebell.* Quarto, quod, vt argumentantur vterque Raphael, inſtituto herede ex certa portione hereditaria, mortuo teſtatore, & deliberante herede ſcripto, inſtitutio de certa re facta iam adſciſcere cœperit naturam legati. Quinto, quod illud videatur innuere *l. quotiens 9. §. ſi duo, ff. de hered. inſtit.* Sexto, quod magna abſurditas hanc interpretationem conſecutura videatur: vt ſi teſtator filium habens, illum vniuerſaliter heredem inſtituerit, matri autem, aut fratri mille florenos reliquerit, & cognatum remotum inſtituerit ex quinq; ſolidis, quod ſi filius moriatur, vel repudiet, aut abſtineat a tali hereditate, quod perſona magis dilecta excluderetur ab eo, qui in remotiori eſſet gradu, & illā propenſæ voluntatis prærogatiuam non haberet, contra *l. Publius, §. Titia, ff. de condit. & demonſt.* Septimo, quod ius accreſcendi eius naturæ ſit, vt portioni accedat, non autem perſonæ, *l. ſi totam, ff. de acq. vel amit. hered. l. ſi ex pluribus, ff. de ſuis & legit. hered.* quod in præſenti quæſtione dici non poteſt, cum hic nulla portio hereditatis, quam augere poſſit, intercedat. Octauo, quod huiuſmodi verba plerumq; imperitiæ tabellionum accepto ferri debeant.

8 Contrariam ſententiam, † quod ſcilicet ius accreſcendi hoc caſu locum habeat, defendunt Cyn. *hic n.2.* Alberic. *nu.2.* Bart. *n.1.* Ang. *n.1.* Caſt. *num.2. & 3.* Salyc. *n.9. & 10.* Alex. *num 6.* Franc. Aret. *n.1.* Philip. Corn. *nu.14.* vbi in hanc ſententiam refert Odofred. Guil. Cuma. Pet. de Seruo, Io. Andr. & alios Iaſ. *hic n.5.* Io. ab Imo. *d.l. ex facto, ff. de her. inſtit. n.7.* vbi hanc opinionem cōmunem dicit, vt etiam facit Corn. Did. Couar. *in c. Raynutius, §.1. n.9.* Mich. Graſ. *in theſ. com. opin. in verb. hereditas. q.3. n.2.* Iac. Menoch. *cōſ.482. n.3.* Guil. Benedict. *in c. Raynutius, in verb. in eodem teſtamento relinquens, nu.266.* Dec. *in l. fin. infr. de edict. Diui Adrian. toll.* Curt. Iunior *conſil.62.*

Fundamenta, quibus hæc opinio innititur, ſubiicio. Primo, quod illud videantur præ ſe ferre *l.1. §. ſi ex fundo*, item *l. ſi alterius 10.* item *l. Attius 11.* ex quibus intelligimus, huiuſmodi adiectionē ſubmouendam eſſe. Et ſi quis obiiciat, illud benigne eo caſu receptum eſſe, quo ab initio quis ex re certa inſtitutus eſſet, eum perpendere debere, quod paria eſſe videantur, nullum eſſe inſtitutū, vel eſſe quidem inſtitutum, ſed qui ad hereditatem non aſpiret, vel non poſſit, puta, quod ante teſtatorem fato conceſſerit, vel poſtea non adita hereditate, aut quod eandem repudiauerit, *l.1. §. cum autem, infr. de caduc. tollend. l. ſi nemo, infr. de regul. iuris, l. coheredi, §. final. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l.2. §. ſed ſi ſunt ſui, ff. ad SC. Tertullian. l. eos, ff. de ritu nupt.* Vnde etiam Raphael Cumanus *hic numer.5.* fatetur, illud in eo, qui iam mortuus erat, locum habere. Commendat etiam hanc interpretationem *§. ceterum, qui alias incipit, hæc autem, Nouell. vt cum de appell. cognoſ. 115.* Vnde edocemur, quod licet filius legitimam ſuam iure inſtitutionis percipere debeat: tamen ſufficiat, ſi in rebus certis illum inſtituerit. Tertio, quod ius noſtrum non patiatur, vt aliquis pro teſtato & inteſtato decedat, *l. ius noſtrum 8. ff. de regul. iur.* quod ſane in præſenti caſu contingeret. Quarto, quod in dubio teſtamenti cauſſa præponderet *l. Papinianus, §. final. ff. de inoffic. teſtam.* Quinto, quod hæc aſſertio etiam fulciri poſſit *l. quotiens, 9. §. ſi duo, ff. de hered. inſtit.* quæ ius accreſcendi non aliter videtur præſcindere, quam ſi voluntas teſtatoris manifeſtiſſime refragetur. Sexto, quod heres ex re certa inſtitutus, etiam in poſſeſſionem mitti poſſit, ex *l. final. infr. de edict. Diui Adrian. tollend.* vbi fit mentio eius, qui ex parte inſtitutus eſt, id eſt, parte bonorum, & per cōſequens certarum rerum, vt illam ibi accipiunt Curtius *num.38.* Sapia *num.48.* Dec. *num.24.* Andreas Tiraquel. *in tractat. quomodo poſſeſſio mortui in hered. perſon. tranſ. exſtat. numero 12.* vbi allegat Cynum, Bart. Alber, Fulg. Caſtr. & multos alios, quamuis non deſint, qui diſſentiāt, vt apud eundem *n.13.* item Iac. Menoch. *remed. adipiſ. poſſeſ. nu.134.* videre licet. Septimo argum. *l. ſi quis in priore 29. ff. ad SC. Trebellianum*, vbi is heres intelligitur, qui ex

Digitized by Google

certa portione heres inſtitutus eſt, perinde atque ſi heredum mentio facta non eſſet, quamuis teſtator cauerit, vt prius teſtamentum, quod ab eodem factum erat, valeret, ſed ipſo iure fideicommiſſi tenetur ad reſtitutionem.

9 Pro diſſolutione propoſitæ † controuerſiæ ſciendum eſt, inſtitutum in re certa, ſi alius ſimpliciter heres ſcriptus ſit, non poſſe commode conferri cum legatario, nec etiam cum herede, ſed ex vtroque iure quædam mutuari, vt mixtæ cõditionis videatur, *vt tradunt Bart. Ang. Imol Alex. Iaſon, Didac. Graſſus, & pene omnes Doctores ſupra a nobis laudati*, quamuis Decius & Curtius illũ potius ad heredem accedere exiſtiment.

10 Hæc conſideratio † certos effectus parit. Primo, quod ſi filius ex certa re heres ſit ſcriptus, teſtamentum propterea non vitietur, *d. §. hoc autem, verſ. ceterum, Nouell. 115.* vt defendunt Bart. Caſtr. & pene omnes Doctores ſupra allegati, nominatim autem Iaſon *num. 5.* Alex. *in l. ſi quis priore, num. 3. ff. ad SC. Trebell.* Emanuel a Coſta, *in c. ſi pater, de teſtam. in 6. part. 1. num. 12.* Graſ. *in verb. hereditas, q. 3. num. 6.* Bald. *hic num. 4.* Fulgoſ. *num. 5.* Roman. *conſil. 179. numer. 10.* Alciat. *regul. 2. præſumt. 28. num. 4.* Iacob. Menoch. *præſumt. 20. lib. 4. numero 6.* idem Menoch. *conſil. 483. numero 7.*

Secundus effectus eſt, quod ſi heres teſtamento ſcriptus, in rerum natura non fuerit, quod tunc in re certa inſtitutus, omnem hereditatem ſibi vindicare poſſit, *arg. l. 1. inf. de cad. toll. §. 1. l. ſi duobus, ff. de legat. 1. Fulg. hic numero 5.*

Tertius effectus eſt, quod ſi heres ſcriptus repudiet hereditatem, is qui ex certa re inſtitutus eſt, illam adire poſſit, *argum. d. l. coheredi, §. fin. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. item l. 1. §. 4. ff. de hered. inſtit. l. alterius, cum l. ſeq. eodem tit.* de qua re ſupra diſceptauimus. Imo quod magis eſt, Bartol. *hic num. 2.* item Iaſon *num. 7.* poſt Alexand. Salycet. & nonnullos alios in hanc ſententiam adductos, Corn. *nu. 20.* conſtituunt, quod ſi inſtitutus in re certa, deliberante herede, rem ſibi hoc modo relictam apprehendat, & deinde vitam cum morte commutet, & poſtea heres ſcriptus repudiet hereditatem, heredem eius, qui ex certa parte inſtitutus fuerat, ius accreſcẽdi tanquam ad ſe tranſmiſſum habere, *argum. l. ſi ex pluribus, ff. de ſuis & legit. hered.* Sed hæc opinio ſatis dubia eſt, quod hereditas nondum delata, *l. delata, ff. de verborum ſignif.* nõ videatur in heredem tranſire, vt videre licet apud Angel. & Imol. *in d. l. 1. §. ſi ex fundo, ff. de hered. inſtit.* propterea etiam hanc quæſtionem maturiori deliberationi relinquo.

Quartus effectus eſt, quod quamuis legatarius propria auctoritate non poſſit legatum apprehendere, ſed heredis conſenſus requiratur, *l. 1. ff. quorum legatorum*, quod tamen aliud in eo probandum, qui ex certa re heres ſcriptus eſt, quod teſtator ita eum nominando, videatur hanc poteſtatem cõtuliſſe, *argum. l. eius, ff. de rei vind.* ita defendunt Bart. *in l. ex facto 35. ff. de hered. inſtit. Imol. ibidem num. 7. Iaſon hic num. 8. Tiraquell. in tract. l. municipalis*, ex qua mortuus transfert poſſeſſionem in viuum, *declar. 4. nu. 11.* vbi multos alios more ſuo accumulat, *Alex. hic num. 5. Caſtr. nu. 3. Iacob. Menoch. adipiſ. poſſ. remed. 4. num. 134.*

Hactenus † præcipuos effectus proſecuti ſumus, qui inde exſiſtant, quod videatur habere prærogatiuam heredis, nunc autem illi commemorandi ſunt, qui ex alio fonte deriuẽtur, quod ſcilicet legatario ſimilis ſit. 11

Primum itaq; effectum inde metiri poſſumus, quod ei detrahatur Falcidia *l. quotiẽs, ſupr. famil. erciſc. Iaſon hic num. 4. Mich. Graſ. in verb. hereditas, q. 3. num. 5.* Quemadmodum e diuerſo, ſi aliquid ab eodem legatum vel fideicommiſſum ſit, nihil nomine Falcidiæ, vel ex SC. Trebelliano deducere poteſt, *Did. Couar. in c. Raynutius, extr. de teſtam. §. 1. n. 15. Crauet. conſ. 131. n. 13.*

Secundus effectus eſt, quod quamuis hereditas ante aditionem non tranſmittatur, *l. ſi fratris, infr. de iure delib. l. 1. §. in nouiſſimo, verſ. hereditatem*, quod tamen relictum inſtituto in re certa factũ, in heredem tranſeat, quamuis aliquis huiuſmodi relictum non agnouerit, modo poſt teſtatorẽ vixerit, *Bart. hic num. 2. Corn. n. 23. Iaſ. n. 4.* Ratio eſt, quod, vt intelligimus ex *d. l. vnic. de caduc. tollen. §. in nouiſſimo*, legata ſtatim a tempore mortis cedant, item & dominium recta via in legatarium tranſeat, *l. a Titio, ff. de furt. l. legatum, 80. ff. de legat. 2.*

Tertius effectus eſt, quod appellatione heredis proprie is, qui ex certa re inſtitutus ſit, non cõtineatur, ſi vniuerſalem heredem habeat, & rem aliquam acquirat pro ſe, & ſuis heredibus. *Corn. hic num. 28. Didac. Couar. variar. reſol. lib. 2. c. 18. nu. 5. Mich. Graſ. in theſaur. commu. opin. in verb. hereditas, q. 3. num. 8.* quamuis nõnulla difficultas ſit, in his rebus, quæ

Digitized by Google

quæ natura ſui tranſitoria non ſunt, vt videre licet apud eoſdem auctores.

Quartus effectus eſt, quod quamuis ius accreſcendi non poſſit prohiberi ab ipſo teſtatore, *l. ſi ita quis heres, 74. ff. de hered. inſtit.* deinde argu. *l. nemo, ff. de legat. 1.* tertio, quod illud ſpeciale videatur in milite, *argum. l. ſi miles vnum ex fundo, Salyc. hic num. 13. Ioan. ab Imol. in l. quotiens, §. ſi duo, ff. de hered. inſtit.* & hanc communem appellet Viglius *Inſtit. de hered. inſtit. §. hereditas, num. 8. Alexand. in l. ſi quis priore, ff. ad SC. Trebellia.* vbi magis communem ſententiam dicit, Cephal. *conſ. 438. numer. 79.* Decius *in rubr. ſupr. quand. non petent. partes, part. 1. num. 3.* Ripa *in l. re coniuncti, ff. de legat. 3. num. 134.* tamen ſi teſtator aliquem ex certa re inſtituerit, & eum plus petere, aut conſequi prohibuerit, ceſſabit ius accreſcendi, *argum. l. quotiens, 9. §. ſi duo, ff. de hered. inſtit. item l. dominus, ff. de vſufruct. l. penult. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtament.* Et hoc caſu poſſet ſuſtineri ſententia Angeli *hic num. 1.* Caſtr. *num. 1.* Cornei *num. 37. & ſequent.* Bart. *in d. l. quotiens, §. ſi duo, ff. de hered. inſtit.* Anton. Gomeſ. *variar. reſolutio. tom. 1. cap. 10. num. 10.* & ibidem Soarez. *in addit.* Emanuelis a Coſta *in c. ſi pater, in verb. in re certa, num. 14.* Michael. Graſ. *in theſaur. commun. opin. in dictione, inſtitutio, quæſt. 21. nu. 3.* dum
12 ſtatuunt, expreſſam † prohibitionem teſtatoris ius accreſcendi inhibere. Sed quæſtionis eſt, *an tunc totum teſtamentum corruat.* Et Bartol. quidem *in d. §. ſi duo*, Corneus & alii
13 pro vltima † parte allegati conſtituunt, totum teſtamentum infirmari. Ceterum Viglius *in d. §. hereditas, numer. 8. in fine*, auctor eſt, heredes ab inteſtato videri ex his verbis inſtitutos, vt nomine legati vel fideicommiſſi, vt putat Graſſus *loco allegato*, teneantur, quamuis idem Viglius ingenue fateatur, ex definitione iuris, non poſſe hanc interpretationem, cum ſecuritate defendi.

14 His ita cognitis, reliquum eſſe † videtur, vt reſpondeamus ad argumenta, quæ pro confirmatione primæ partis adducta ſunt, quod is, qui hoc modo inſtitutus ſit, habeatur pro mero legatario. Qua in diſceptatione ſubmouebimus ſcrupulum ex legis noſtræ diſpoſitione iniectum. Etenim ſi tractetur de iure accreſcendi, parum negotii noſtra lex exhibebit, quod illud tunc demum locum habere propoſuimus, quo vel nullus heres ſimpliciter, vel ex quota hereditatis inſtitutus eſt, vel is ex cauſſa mortis, aut repudiationis amplius obſtare non poteſt. Porro, ſi quæratur de §. *ceterum, Nouell. 115.* occurremus, non eſſe nouum, vt generi per ſpeciem derogetur, *l. in toto 80. ff. de regul. iur.* aut vna lex ab alia determinationem accipiat, *l. nō eſt nouum, ff. de legib.* Nec eſt, quod nos moueat, quod ita † inſtitutum ponamus 15
etiam propria auctoritate rem hoc modo relictam, apprehendere poſſe. Nam idem quoque in legatis conceditur, ſi appareat de expreſſa vel præſumta voluntate teſtatoris.

An inter ſuccedentes iure diuerſo ius accreſcendi locum habeat, commodius tractabitur *in l. vnic. de caduc. tollend.* Sed tali allegatione † circumſcripta, non eſſet, quod 16
fluctuaremus, cum negari poſſet, hos diuerſo iure ſuccedere, deinde cum hic illa abſurditas cōſequeretur, quod quis pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decederet cōtra *l. 8. ff. de reg. iur.* Accedit, quod ius accreſcendi hic proprie cōſiderari nequeat, cum potius ſit auctoritas iuris, ſuperfluam mentionem fundi detrahentis, & deinde ſolemnem inſtitutionem ex tota hereditate introducentis.

Quod ex † *l. Lucius, §. qui habebat, ff. ad* 17
SC. Trebellian. periculi eſſe poterat, facile depelletur, ſi negemus, hic dictionem taxatiuam intercedere, deinde eueniſſe illum caſum, de quo teſtator non cogitauerat: Omnem autem diſpoſitionem regulariter accipi rebus in eodem ſtatu perſeuerantibus *l. licet, ff. de recept. arbit. c. cum M. Ferrarienſis, de conſtitut.*

Negari quarto poteſt, quod ab vtroque Raphaele prætexitur, huiuſmodi inſtitutionem in cauſſa legati eſſe cœpiſſe. Quamuis enim dies legati a tempore mortis cedat, §. *in nouiſſimo, l. vnic. de caducis tollend.* & dominium rei legatæ in legatarium tranſeat, *l. a Titio, ff. de furt.* tamen legatum cum
† effectu non acquiritur, antequam legata- 18
rius legatum agnouerit, *l. ſeruum filii 44. ff. de legat. 1. & l. quædam ſunt 15. ff. de rebus dub.* Vnde interea temporis res in ea conditione eſt, atque ſi nihil quæſitum eſſet. Deinde obſeruare debuerant, illud tunc demum procedere, ſi heres per aditionem confirmaſſet hereditatem, *d. §. in nouiſſimo, verſic. hereditatem.*

Quod a quinta impugnatione diſcriminis eſſe potuit, id ex diſtinctione circa quartum & vltimum effectū ſublatum eſſe confidimus, poſſe ſcilicet teſtatorem, ſi duo ex certo fundo inſtituti ſint heredes, quamuis ex portionib. inæqualibus, prouiſionē legis,

Digitized by Google

quod detracta mētione fundi æqualiter he-
19 redes inſtituti videātur, expreſſa ſuæ † mentis declaratione, immutare. Quæ res cum per ſe obſcura ſit, non pigebit verum legis ſenſum paulo apertius proponere. Duo heredes ſunt inſtituti ex fundo Corneliano, vnus ex parte tertia, alter ex beſſe eiuſdem fundi, ſecundum legis prouiſionem, de qua *d.§.ſi duo, item l.ſi alterius 10.ff. de hered.inſtit. in l. ex facto 35. eodem tit.* intelliguntur hi ex æqualibus portionibus inſtituti, ſiue de actionibus, ſiue de aliis rebus tractemus: ſed officio Iudicis familiæ erciſcundæ continebitur, *d.l.35.§.1.& ſeq.* vt in diuiſione hereditatis, alteri trientem in fundo, id eſt, tertiam partem fundi, alteri vero beſſem, id eſt, reliquas partes eiuſdem fundi, vel duplum eius, quod alter habebat, aſſignet: quod propterea cōſtitutum videtur, quod hæc diuiſio voluntati teſtatoris conſentanea intelligatur. Vnde ſi conſtet, teſtatorem voluiſſe, quod, qua ratione vnum ex beſſe fundi Corneliani inſtituerit, alterum autem ex triente, ita etiam has partes habeant in reliquis bonis & actionibus parebitur voluntati ipſius teſtatoris, cum expreſſa ipſius diſpoſitio ſoleat prouiſionem legis excludere, *l. cum ex filio 39.§.1.ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* & hic illa incommoda locum non habeant, quod quis pro parte teſtatus & inteſtatus decedat.

Quæ ſexto loco de abſurditate comme-
20 morantur, † ceſſabunt, ſi meminerimus, inſtitutionem ex re certa tunc hoc prærogatiuæ nō habere, quando apparet de contraria voluntate teſtatoris, ſiue expreſſa, ſiue quæ indubitatis coniecturis innitatur, *vt oſtendit Iacobus Menoch. conſil.483. num.10. & ſeq.* vbi multos auctores in hanc rem refert, idem Menoch. *lib.præſumt.4.cap.20.num.2. & 3.* quamuis Corn. *hic num.17.* contrarium defendere cōetur, in exemplo ab ipſo propoſito, ſi mater ex certa re inſtituta ſit, & eccleſia ex aliquot aureis, quod teſtātor videatur animæ ſuæ ſalutem conſideraſſe, obiiciens, idem incommodum etiam locum habere, ſi teſtator matri tertiam partem hereditatis legaſſet, & extraneum ex milleſima parte heredem inſtituiſſet. Ego tamen nihil puto de priori declaratione mutandum, quod interſit inter cauſſam legati, & inſtitutionis ex quota hereditatis: deinde, quod teſtator illud videatur feciſſe cōtemplatione heredis primo inſtituti, non eius, qui ex tam exigua portione heres ſcriptus, aut inſtitutus ſit, cum hoc per imperitiam videatur eſſe factum, *vt antea dictum eſt*, & circa cauſſam inſtitutionis, quomodo illa intelligenda ſit, voluntatem teſtatoris ſpectare iubeamur, *d. §.ſi duo, l.quotiens, ff. de hered.inſtit.*

Septimum argumentum ex ea conſide-
ratione † ſubmouebitur, quod ſublato ob- 21
ſtaculo heredis ſimpliciter inſtituti, hic non legatarius, ſed heres eſſe, & propterea ius accreſcēdi habere intelligatur, vel quod legis auctoritate detracta mentione fundi, aut rei relictæ ſimpliciter inſtitutus videatur, vt diximus circa confutationem ſecundi argumenti.

Quamuis, vt vltimo aſſeritur, imperitia
tabellionum multi errores committi † ſo- 22
leant: tamen in dubio illud factum eſſe non intelligitur, ſed omnia, quæ inſtrumento continentur, a contrahentibus, vel teſtatore proficiſci, *l. cum precibus, ſupr. de probat.*

Lex fin. hoc tit.

Summaria.

1 *Quam vim habeat hæc inſtitutio Sempronius Plotii heres eſto.*

2 *Neminem adeo obliuioſum cenſeri, vt proprii nominis non meminiſſet.*

3 *Exempla clariſſimorum virorum, qui memoria lapſi ſunt, vel in delirium inciderint.*

4 *An præſumtio, quod is, qui proprium nomen ignoret, ſanæ mentis non ſit, probationem recipiat in contrarium.*

5 *Quid obtineat, ſi pater filii ſui, vel contra filius patris nomen memoria non teneat.*

6 *Quare Imperator Iuſtinianus hæc verba,* Sempronius Plotii heres eſto, *benigna interpretatione adiuuanda duxerit.*

7 *Regula iuris antiqui heredē heredis, teſtatoris quoque heredem videri multis exemplis illuſtrata.*

8 *Tres exceptiones a propoſita regula.*

9 *An ex his verbis,* Sempronius Plotii heres eſto, *Plotius inſtitutus videatur, cum cauſſis dubitandi.*

10 *Declaratio axiomatis, quod ille, qui vult cōſequens, cenſeatur quoque velle omne neceſſarium antecedens.*

11 *Inſtitutio heredis incertis coniecturis committi non debet.*

12 *Interpretatio l.3.§.fin. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.*

13 *Verba in dubio in directa potius ſignificatione accipienda ſunt.*

14 *An pupillaris ſubſtitutio tacitam vulgarem complectatur, & ibidem examinata præſens conſtitutio.*

15 *Subſtitutio nedum expreſſa, ſed etiam tacita ius accreſcendi excludit.*

DEcidit hac conſtitutione Iuſtinianus, quæſtionem apud veteres Iuriſconſultos

1 tos † agitatam, quam vim hæc inſtitutio haberet, *Sempronius Plotii heres eſto*, ſi teſtator non Plotius, ſed Titius vel Mæuius vocaretur, & initio repudiat quorundam interpretationem, exiſtimantium hanc inſtitutionē perinde valere, ac ſi teſtator ſibi aliquem directo heredē ſcripſiſſet, quaſi teſtator in nominis deſignatione lapſus eſſet, ſecundū definitionem *l. ſi in nomine 4. ſupr. de teſtam.* errorem nominis, cognominis, vel prænominis non obeſſe, ſi de perſona cōſtet. Expendit eñ Imperator intereſſe inter cauſſas er-
2 roris: neminem enim † adeo ſupinū & obliuioſum, vel, vt ipſe ait, ſtultum videri, vt proprii nominis non meminiſſet. Certum aūt eſt, teſtamentū a furioſo vel demente factū, non ſubſiſtere, *l. furioſum, ſupr. qui teſtam fac.*
3 *poſſ.* Quamuis enim exſtent exēpla † clariſſimorū virorū, & excellentis ingenii atq; eruditionis, qui in hoc vitium inciderint, cum Meſſala Coruinus, egregius Orator, & Ciceronis, cui operā nauarat imitator, vt commorat Crinitus, Plin. *lib. 7. nat. hiſt. c. 24.* vbi varios caſus illorū, qui memoriæ damnū incurrerēt, perſequitur, in obliuionē nominis ſui incidit, cum tñ cetera commode & prudēter explicare poſſet, *Iac. Menoch. lib. 6. præſumt. 45. n. 31.* idem quoq; de Orbilio tradit Sueton. *de illuſt. Grammat.* præterea idē Menoch. ex Coraſio & Volaterrano auctor eſt, Georg. Trapezontium, Franciſ. Barbarum, item Phil. Decium inſigni eruditione præditos viros, in ſenectute ita delirare cœpiſſe, vt hic omniū legum & paragraphorū, illi aūt bonarum artiū obliti, nihil amplius recitare poſſent. Sed cum poſtrema exēpla ab ipſo Menochio relata confirment rationē a Iuſtiniano adductā, & priora, q ſcilicet alia cū tanta dexteritate & cōſilio expedire potuerint, vix fidem impetrēt, quidquid Crinitus & Menochius adſeuerent, recte cū Imperatore conſtituimus nominis proprii obliuionem euidentiſſimū ſtultitiæ & delirii argumentū eſſe, vt etiam oſtendimus *in l. furioſum, ſup. qui teſtam. fac. poſſ.* Et quamuis Raph.
4 Cuman. *hic n. 2.* conſtituat, † eſſe præſumtionem iuris, & de iure, quod nemo in nomine proprio errare præſumatur, idq; videatur etiam ſentire Iaſ. *hic n. 2.* tñ mihi præferēda videtur conſideratio Franciſ. Aretini *hic nu. 1.* Baldi *n. 11.* Phil. Cornei *n. 2. & 3.* Sichard. *n. 2.* Raphael. Cuman. *in l. 4. ff. de legat. 1.* Quod ſi conſtaret teſtatorem ſanæ mentis fuiſſe, & ex aliis demonſtrationibus, vel indubitatis coniecturis appareat, quod de ſe ſenſerit, tunc huiuſmodi errorem non obeſſe.

Quæ dicta ſunt de errore † nominis pro- 5
prii, Bald. *hic n. 12.* Alex. *n. 2.* Phil. Corn. *n. 4.* Iaſ. *n. 2.* Sichard. *n. 2.* transferunt etiā ad perſonā filii, vt ſi fingamus, patrem nomen filii ſui, de quo loquebatur, fugiſſe, id videatur ex mētis alienatione fieri, niſi illo abſente, natus eſſet. Porro Lud. Rom. *conſ. 179.* idem etiam probat in illo, qui nomen paternū proferre non potuit. Et quāuis hāc traditionem improbare non ſuſtineam, tamen puto circumſtantias rei nonnunquā contrariū ſuadere poſſe. Quid enim ſi pater ante multos annos ab hac luce ſubtractus eſſet? quid ſi pater aut filius per plurimos annos abfuiſſent? ita vt longinquitas temporis obliterare memoriam nominis potuerit, maxime accedente perturbatione vicinæ mortis?

Porro, q illud, quod † nunquam amplius 6
redit arbitrium, interpretatione potius adiuuari debeat, quā infirmari *l. omni modo. ſup. de inoff. teſtam.* Imperator intellectū horum verborū, quoad potuit, conuenienti expoſitione ſuſtinendū atq; ornandū duxit, vt, ſiquidē teſtator alicuius heres fuiſſet, qui *Plotius* vocabatur, intelligatur, illum ad cōpendium huius hereditatis vocaſſe, ſecundū definitionē antiqui iuris regulæ, heredē † here- 7
dis, teſtatoris quoq; heredē videri, *l. ſciendū, 7. ff. de verb. ſig. & l. heredis 65. eod.* Vnde edocemur, heredis appellationē non ſolum ad proximū heredem, ſed etiā ad vlteriores referri. Quibus reſpōdent *l. paterfamilias, §. fin. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. l. 3. ff. de petit. hered. l. ſi quis filium, §. fin. ff. de acquir. heredit.* Imo quod magis eſt, quamuis conditiones in illa forma, quæ præfinita eſt, impleri debeant *l. qui heredi 44. in prin. l. Meuius 55. ff. de condit. & demonſt. l. cum ita 94. in prin.* tamen ſi quis ſub hac cōditione inſtitutus eſſet, vel quid aliud cōpendii ſentire poſſet, ſi decē aureos Titio ſoluiſſet, ne dum huiuſmodi emolumentū conſequitur, ſi Titio hanc ſummam numerauerit, ſed etiā ipſius heredi, *d. l. cum ita 94. §. fin. ff. de cond. & demonſt. Iaſ. hic n. 3.* Inde etiam Alberic. *n. 4.* Cyn. *n. 2.* Bart. *n. 2.* quos ſequuntur Alex. *n. 2.* Corn. *n. 7.* Iaſ. *n. 3.* Sichar. *n. 3.* Fulg. *n. 2.* Fran. Aret. *n. 2.* inferunt, quod ſi aliquis ſit heres patris ſui pro parte, & deinde fratribus ſuis, ad quos hereditas paterna pro virili portione quoq; peruenerat, heres exſtitiſſet, quod recte in libello, quo talem hereditatem contra extraneos poſſeſſores vel debitores perſequitur, ſe heredem in ſolidum profiteri poſſit.

Digitized by Google

8 Admittit tamen hoc axioma † nonnullas exceptiones. Etenim ſi quis filio ſuo impuberi ſubſtituerit per hæc verba: *quiſquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres ſit*, non omnis, qui patri heres exſtitit, ſed is, qui in teſtaméto ſcriptus eſt, ſubſtitutus videbitur, & ideo heredis heres non admittetur, quod teſtatoris iudicio non veniat, cum incertum ſit, quem heredem habiturus ſit, de qua re in §. *incertis, Inſt. de legat.* Bald. *hic n.15.* Salyc. *num.2.* Iaſ. *n.3.* Corn. *num.9* Secunda exceptio eſt, quod in pœnalibus hęc interpretatio locum nõ habeat, vt in exemplo *l. cum patronus 22.* §. *1.* item *l. in teſtamento 27. ff. de cond. & demonſt.* Vnde, ſi teſtator iuſſerit ſibi monumentũ fieri ſub certa pœna, heres heredis in huiuſmodi pœnam non incidet, *ita Bald. hic n.61. Alex. n.2. Corn. nu.7. Iaſ. nu.3. Sichard. n.3.* Tertio hæc regula non procedit, ſi heres ex natura rei non comprehendatur ſub tali diſpoſitione, veluti, ſi vſusfructus alicuius fundi relictus ſit pro ſe & herede, *l. antiquitas, ſupr. de vſufruct.* Nam de proximo herede duntaxat intelligetur, idem quoque tradi poteſt in materia fideicommiſſi & feudi, *argum. l. ex facto,* §. *fin. ff. ad SC. Trebell. Bald. hic num.18.*

Ceterum, ſi teſtator nulli ſucceſſiſſet, cui huiuſmodi nomen erat, hoc caſu Iuſtinia-
9 nus † adhuc diſtinguit intereſſe, *an Plotius a teſtatore heres ſcriptus ſit, an minus, vt hic ſubſtitutio irrita ſit, illic vero defendenda.* Contrarium videbatur, quod ille, qui velit conſequens, etiam intelligatur deſiderare omne neceſſarium antecedẽs, *l. illud 77. ff. de hered. inſt. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. ff. de procurat. inſt. de hered. inſt. in princ. Nic. Euerh. in ſuis locis legalib. in argum. a conceſſione conſequentis, nu.3.* Vnde teſtator poterat intelligi ex huiuſmodi mentione, Plotium prius heredem inſtituiſſe. Secundo, ꝙ ſubſtitutio ſine præcedẽti inſtitutione valere videatur, *l.3.* §. *fin. ff. de lib. & poſth. her. inſt. l. ex facto 19. ff. h. tit.* Tertio, ꝙ hæc verba, *Sempronius Plotii heres eſto,* videantur potius fideicommiſſi interpretationem continere, vt ſcilicet vel poſt mortem Plotii admittendi videantur, *iuxta l. ex facto, infr. ad SC. Treb.* vel etiam ſtatim ex quo Plotius hereditatem agnouiſſet, fideicommiſſi cõpendium ſibi polliceri poſſent, *arg. l. Scæuola, eod.*

Pro defendenda itaq; hac Iuſtiniani definitione ſingulis argumẽtis ſuas ſolutiones accommodabimus. Qui vult conſequens,
10 cenſetur quoque velle omne † neceſſarium antecedens, niſi illud cõparatione facta excellat, maiorisq; ſit momenti, *l. pen.* §. *illo, inf. de neceſ. ſeruis hered. inſt.* Inſtitutio autem cũ ſubſtitutione collata, quid eminentius eſſe videtur, *arg. l. Publius,* §. *1. ff. de cond. & demon. ita Iaſ. hic n.6. poſt Lud. Rom. Nic. Euerh. in ſuis locis legalib. in loco a conceſſione conſequentis, nu.4.* Alia ſolutio eſt Bald. *hic num.29. in 16. oppoſ.* regulam a nobis allegatam non procedere, in diuerſis perſonis. Eſt deinde & tertia cõciliatio, quam potiorem duco, quod cum inſtitutionis ſolemnitas non pendeat a voluntate teſtantis, *l. iubemus, ſupr. de teſtament.* quæ claram & indubitatam heredis † inſti- 11
tutionem requirit, non debeamus incertis coniecturis inniti. Primo, quod non ſatis conſtet, an teſtator hoc velit, deinde, quod non adhibuerit formam iure præfinitam, cui ipſe derogare non potuit, *l. teſtandi 13 ſupra de teſtam.* quod & ipſum confirmat definitio *l. ex facto 19. ff. de hered. inſtit.* vbi ex his verbis: *Si Seius mihi heres non erit,* nulla inſtitutio inducitur, & ita hanc legem accipiunt Alexand. *num.8.* Salyc. *num.3. & ſeq.* Franciſ. Aretin. *num.3.* Iaſon *num.6.* Corneus *nu.15.* Sichard. *num.7.* idem quoque probant *in d. l. ex facto,* Bart. *in princ.* Angel. *num.1.* Bald. *nu.1.* Alberic. *circa fin.* Raph. Cuman. *n.1* Io. ab Imol. *n.1.*

Secundum fundamentum † *ex l.3.* §. *fina. ff. de lib. & poſth. hered. inſt.* facile tollemus, ſi 12
memoria & iudicio complectamur, intereſſe inter caſum, vbi nullus eſt heres inſtitutus, & illum, vbi aliquis heres deſignatus eſt, quamuis inutiliter, quod certum hic ſit, cui, & pro quota portione hereditatis quis aliquem ſubſtituerit, in eum caſum, quo quis heres eſſe nolit, aut non poſſit, *l. cum proponas, hoc noſtro tit.* quamuis Iaſon admodum deſudet *hic num.6.* circa conciliationem, *l. ex facto 19. ff. de hered. inſtit.* & illam antinomiam, adeo infeſtam arbitretur, vt vix cum labore quis inde ſe moliri poſſit: tamen ego nullam eſſe conſtituo, cum textus verba in conſilium adhibita, aperte coarguant, ſubſtitutionem nullam eſſe. Et quamuis in pręſentia huius interpretationis nullos alios aſſertores laudare poſſim, quam Cuiac. *in d. l. ex facto,* item Ant. Fabrum, *lib. coniectur. 5. c. fin.* cum & gloſſ. aduerſetur, atque hoc de inſtituto, nõ ſubſtituto intelligat, & gloſſæ ſubſcribant Bart. *ibid. n.1.* Bald. *n.1.* Caſt. *num.2.* Ang. *n.1.* Ioan. ab Imol. *n.2.* Raph. Cum. *n.1.* Fran. Aret. *in l.1. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. nu.5.* Alex. *ibid. n.17.* Iaſ. *nu.33.* & paſſim alii Interpretes,

Digitized by Google

pretes: tamen non puto mihi ſpectandum, quid illi ſenſerint, ſed quid per leges, & legibus probatas rationes docere potuerint, *l. nemo, inf. de ſent. & interloc. omnium iudic. & c. ego, diſt. 8.*

Tertium argumentum ſubmouebitur, ſi meminerimus, quod, cum hæc ſubſtitutio dubia ſit, vt illam appellat gloſſ. *in l. verbis ciuilibus, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Bald. *hic nu. 24. Ang. n. 1. Caſt. n. 2. Fulg. n. 3.* & verba per ſe directe ſint concepta, quod propterea Im-
13 perator maluerit verba accipere † in potentiori ſignificatione, & vt concepta ſunt, *ita Alex. hic n. 5. Corn. n. 10. Fulg. num. 3. Caſtr. num. 2. Ang. nu. 1. Franc. Aret. n. 4. Salyc. n. 4. Sichard. n. 9. & 10.* Accedit, quod ſecundum Bald. *nu. 24.* hæc verba collata ſint, non in perſonam heredis, vt fideicommiſſa ſolent, *d. l. ex facto, & l. qui filium, ff. ad SC. Trebell.* ſed ipſius ſubſtituti.

Notandum deinde eſt ex noſtro textu, ſecundum Bart. *hic n. 4.* Alex. *n. 6.* Corn. *nu. 12.* Iaſon *num. 8.* qui in hanc ſententiam allegat Ioan. ab Imol. Bald. Salyc. & alios, item Emanuel Soarez *in add. ad Gomeſ. tom. 1. variar. reſolut. cap. 4. lib. 1.* vbi hanc opinionem teſtatur eſſe communem, & plane tenendam, quidquid Gomezius ſentiat, Michael Graſ. *in theſaur. commun. opin. in verb. ſubſtitu-*
14 *tio, q. 21. n. 4.* quod † pupillaris ſubſtitutio tacitam vulgarem complectatur. Ceterum, ſi rei veritatẽ excutere velimus, non puto verba noſtræ legis munus ab illis impoſitũ ſuſtinere poſſe, cũ plane ſit diuinare, quod Plotius, de quo textus noſter mentionem facit, pupillus fuerit, cum Imperator proponat, dubium fuiſſe, an Plotius heres ſcriptus fuetit, an non, quod ſane de filio impubere dici non poteſt, quod eo præterito & inſtitutio & ſubſtitutio corruiſſent, *Inſt. de libe. exhered. in princ. & l. 3. ff. de lib. & poſth. hered. inſtit. §. fin.* quod etiam animaduertit Caſt. *num. 3.* Vnde hæc doctrina aliis argumentis ſtabilienda erit.

Præterea colligimus ex noſtro textu, dũ ait, *in locum partem ve loci*, quod quemadmodum ſubſtitutio expreſſa ius accreſcendi ex-
15 cludit, *l. 2. §. ſi duo, ff. de bonorum poſſeſſ. ſecund. tabul.* ita etiam † ſubſtitutio tacita, *vt declarant Iaſon hic numero 9. Baldus in l. final. infr. de inſtit. & ſubſtit. ſub conditio. fact. num. 2. & ibidem etiam gloſſ. in verb. prior, Iacobus Menoch. lib. 4. præſumt. 87. numero 5. Bolognet. in rubric. quand. non petent. part. numero 42.*

De Inſtitutionibus & ſubſtitutionibus, & reſtitutionibus ſub conditione factis.

TITVLVS XXV.

Præludia.

SVMMARIA.

1 *Conditionum nonnullas eſſe veras, nonnullas falſas, ſiue imaginarias.*
2 *Varia exempla conditionum falſarum.*
3 *An præcedens diſtinctio ſpecies conditionum contineat.*
4 *Definitio conditionis.*
5 *Conditionum aliæ ſunt efficaces, aliæ vero non efficaces.*
6 *Exempla conditionum, quibus lex effectum denegauit.*
7 *Conditiones ratione formæ diuiduntur in expreſſas, & tacitas.*
8 *Quibus cauſſis tacitæ conditiones accepto ferantur.*
9 *Natura negotii quando tacitam conditionem inducat.*
10 *Lex quando interpretatione ſua conditionem tacitam conciliet.*
11 *Conditiones, quæ præſumtæ teſtatoris voluntati debeantur.*
12 *Quando verba teſtatoris vi ſua tacitam conditionem inſinuant.*
13 *Conditiones ratione materiæ, circa quam verſantur, quomodo diuidantur.*
14 *Si conditiones faciendi, vel dandi conferantur in perſonam heredis, vel legatarii, plerunque poteſtatiuæ appellantur.*
15 *An heres conditiones poteſtatiuas implere poſſit?*
16 *Effectus conditionum dandi & faciendi ſeruis, quibus libertas relicta eſt propoſitarum.*
17 *Conditiones quæ pendent ab euentu incerto, caſuales appellantur.*
18 *Conditiones, quæ in factum noſtrum, & alienum concipiuntur, mixtæ vocantur, & effectus huius conſiderationis.*
19 *Cõditiones, quæ in factum noſtrum collatæ ſunt, quædam dicuntur faciles & promiſcuæ, quædam vero difficiles, cum exemplis.*
20 *Vtilitas huius inueſtigationis.*
21 *Conditiones, quæ in non dando, aut non faciendo conſiſtunt, per cautionem Mutianam implentur.*
22 *In quibus caſibus cautio Mutiana non ſit neceſſaria.*
23 *Effectus conditionis in eo conſiſtit, vt in euentum ſui ſuſpendat omnem obligationem.*
24 *Intereſſe an plures conditiones adſcriptæ ſint, an vna, item an coniunctim, an vero diſiunctim?*
25 *Quæ affinitatem cum conditionibus habeant.*
26 *Contraria conditionum.*

1 PRo euidentiori huius tituli explicatione operæ pretium eſſe exiſtimauimus, vt cõditionum materiam, atque membra ipſius ſummatim perſtringamus. Sciendum ita-

Digitized by Google

1 que eſt, conditionum † quaſdam eſſe veras, quaſdam falſas, ſiue imaginarias, quæ formam ſcilicet, atque imaginem conditionum continent; quà in cauſſa illæ recen-
2 ſendæ ſunt, quæ † proponunt id, quod ex neceſſitate ineſt, veluti, *Si Titius heres meus erit, centum dato*, *l. in conditionibus 19. §. 1. ff. de condit. & demonſtrat.* item quæ complectuntur, quod omnino futurum eſt, veluti, *heres meus Titio, cum ipſe Titius morietur, dato* hoc enim legatum, quo ad obligationem, purum eſt, quoad exactionem, in diem, *l. heres meus 79. eodem.* Huc pertinet hæc conditio, *heres meus liberis meis, cum ipſi petierint hereditatem, reſtituito.* Nam hoc fideicommiſſum licet formam conditionis contineat: tamen reuera purum eſt, *l. Titia 85. d. tit.* Ad eandem cauſſam referuntur conditiones in præteritum, vel præſens tempus conceptæ, veluti, *Si rex Parthorum viuit*, *l. 37. ff. de rebus credit.* quæ conditionibus adſcribendæ non ſunt, quod protinus agentem repellant, *l. eas cauſſas 80. ff. de con-*
3 *dit. & demonſtrat.* Hæc autem † diſtinctio non comprehendit ſpecies conditionum, neque enim qui dicit, hominum alios eſſe viuos, alios mortuos, ſpecies hominis exhibet, ſed talis admonitio initio facta eo ſpectat, vt æquiuocationis vitium effugiamus.

4 Conditionem veram definimus, † incertum, eumque rei futuræ euentum, in quem diſpoſitio cum effectu conferatur; niſi lex impediat: Dicimus *euentum*, vt illo verbo, tam quæ in dando, faciendo, quam quæ in caſu conſiſtunt, complectamur, *l. in facto, 60. ff. de condit. & demonſt.* Addimus *incertum*, vt ſubmoueamus conditiones, quæ omnino exſtituræ ſunt, *l. ſi pupillus, §. 1. ff. de nouat.* mentio fit *futuræ rei*, cum quæ in præſens tempus, vel præteritum conferuntur, conditionibus non ſint adſcribenda, *l. illa inſtitutio 10. ff. de condit. inſtit. l. 37. & 39. ff. de rebus credit. l. cum in ſecundo 16. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtament.* verba, *in quē diſpoſitio cōferatur*, effectum conditionis cōtinent. Actum enim noſtrum adeo conditio ſuſpendit, vt ante conditionem nulla obligatio dicatur contracta, *l. cedere diem 113. ff. de verborum ſignification.* vnde etiam id, quod ſub conditione debetur, per errorem ſolutum repeti poteſt, *l. ſub conditione, 16. ff. de condictio. indebit.* Vltima verba definitionis, *niſi lex impediat*, eo ſpectant, vt excludant cōditiones, quibus lex effectum denegauit.

Diuiduntur n. ratione † effectus in effica- 5
ces, & non efficaces. Cauſſæ enim conditionibus cohærentes ex auctoritate legis ita irritas eas conſtituunt, vt perinde ſit, qua-
ſi non eſſent † ſcriptæ, huius membri ſunt 6
conditiones turpes, *l. non dubitamus 20. ff. de condit. & demonſtr. l. conditiones 14. l. filius 15. ff. de condit. inſtit.* quibus accedunt illa, quæ ſub iuriſiurandi forma relicta ſunt, *l. 8. ff. eodem tit.* conditiones impoſſibiles *l. 3. ff. de condit. & demonſtr.* quæ ſunt contra bonos mores, *d. l. conditiones 14. ff. de cond. inſt.* contra vtilitatem publicam, veluti, quibus prohibentur matrimonia, *l. quotiens 22. ff. de cōd. & demonſt.* Hic tamen animaduertendū eſt, quod licet hæ cōditiones impedientes matrimonium, reiiciantur: ſi tamen ſeruo, qui mulieri ſub hac cōditione legatus erat, ſi nō nupſiſſet, libertas relicta eſſet, ſi mulier non nupſiſſet, & ea nuptias contraxerit, libertatis cauſſam fauore publico eſſe potiorem, *l. Titio 96. §. fin. eod. tit.* Si vero mulieri & Titio, ſi mulier non nupſiſſet, legatum adſcriptū ſit, ipſa nubendo quidem partem ſuam conſequitur ex perſona Titii: ſed licet is repudiet legatum, ius accreſcendi non habet, quod ſcilicet iure ſingulari ſucceſſit, *l. mulieri 74. ff. eodem titul.* Ponderare præterea debemus hanc conditionem locum non habere, ſi certæ perſonæ quis nubere iubeatur, *l. 1. & 2. hoc eod. tit.* Et hæc de conditionibus, quæ ex cauſſa improbantur, ſuffecerint. Conditiones, quas efficaces eſſe, aut effectum ſortiri poſſe profeſſi ſumus, rurſum in has ſpecies
† ratione formæ deducuntur, quod quæ- 7
dam ſint Expreſſæ, quædam Tacitæ. Taci-
tæ conditiones diuerſis † cauſſis accepto fe- 8
rendæ ſunt, vt, naturæ negotii, interpretationi legis, præſumtæ voluntati teſtatoris, inuolutæ verborum formæ, naturæ nego-
tii, veluti, quod † Areſcuſa pepererit, quod 9
ex fundo Seiano natum erit, *l. 1. §. fin. eodem tit. l. 16. ff. quand. dies legat. ced. l. cum illud, eodem tit. l. conditiones 99. ff. de cond. & demonſtr.* quo & hæ referri poſſunt, quæ extrinſecus dicuntur prouenire, &, non impediunt ius tranſmiſſionis, licet effectus poſtea reſpondeat, *d. l. conditiones, & l. 6. §. 1.* vbi exemplum proponitur, *ff. quand. dies leg. ced. item d. l. cum illud 25. §. 1.* in legato quod mihi pupillus debet, quamuis in aliis tacitis legatis diuerſum obtineat, *d. l. cum illud, in princip. & l. 16.
eod. tit.* Interpretatione legis † tacitam con- 10
ditionē introduci videmus in cauſſa dotis, quę ita data cenſet, ſi matrimoniū ſequatur,

vt l.

Digitized by Google

vt l.Titio centum 70.§.Titio genero,ff.eo.tit. Parem conditionem legis benignitas attribuit legato,quod ſeruo, qui liber ſub conditione eſſe iuſſus eſt, relinquitur: licet enim legatum ſit purum, tamen vt ſeruo deberi poſſit,fingitur ſub eadem conditione relictum, *l.cum ſeruus 82.eodem tit.* & hoc ſi libertas ex alia cauſſa contingat, tamen legatum non conſequitur, niſi pareat conditioni, *l.Iulianus,eod.tit.* Huc pertinet *l.fin.hoc tit. & l.precibus,infr.tit.proxim.* quod conditio, ſi filius natus non erit, ſubſtitutos extraneos excludat, quamuis natus ſit filius, & intra pubertatem moriatur, *l.iam hoc iure,ff.de vulg. & pupill.ſubſt.* vbi vulgaris ſubſtitutio continet tacitam pupillarem, an idem in matre obtineat,*d.l.fin.*intelligemus.

11 Præſumta teſtatoris † voluntas quandoque tacitam conditionem continet, veluti, ſi a filio petat, vt hereditatem reſtituat Titio, ſi intra triginta annos quid humanitus ipſi contingat. Intelligitur enim, ſi moriatur ſine liberis,*l.102.cum auus,l.generaliter, de inſtit.& ſubſtit. & reſtit.ſub cond.fact. l.acutiſſimi, C.de fideicommiſ.* item ſi mater nepotes heredes inſtituat,& patrem roget, vt illos emancipet.Intelliguntur enim ſubſtituti ſub conditione emancipationis,*l.mater 93.ff. de cond.& demonſt.*

12 Verba legato adſcripta, licet † conditionem non exprimant, tamen vi ſua cõditionem inſertam habent, veluti in hac enuntiatione:*rogo te Meui, vt acceptis centum nummis hereditatem Titiæ reſtituas.* Nam niſi Titia centum dederit,heres centum dando conditionem implere, atq; ita hoc emolumentum cõſequi non poteſt. Duo enim ablatiui abſolute poſiti in cõditionem reſoluuntur, *l.a teſtatore 109. cui ſimilis eſt l.Plautius 43.* vbi hæc verba,*perceptis centum*, cõditionem faciunt, vt apparet ex §. *diuerſo*, per verba, quia in ſolidum conditioni paretur.

Eiuſdem generis ſunt conditiones, quæ ex copula & verbo hoc amplius intelliguntur repetitæ, *l.auiæ 77. l libertis 115.* niſi libertatis cauſſa ex huiuſmodi repetitione periclitaretur,*l.Iulius Paulus 81.ff.eod.* Huc pertinet translatio legati,quæ ſub eadem conditione facta videatur *l.legatum 93.eod.tit.*

13 Expreſſæ conditiones,† quæ facti vocantur, ratione materiæ, circa quã verſantur,in hoc conſiſtunt,vt aliquid fiat, vt aliquid detur, vt aliquid contingat, vel retro, ne quid fiat, ne quid detur, ne quid contingat, *l.in facto 60. eodem titul.* Primæ duæ ſpecies ſi conferantur in perſonam heredis, vel legatarii, quibus ſub conditione aliquid relictum eſt, plerumque † poteſtatiuæ dicuntur, veluti, *ſi in capitolium aſcenderit,ſi nuptias contraxerit, ſi decem heredi dederit:* Si enim fato concedat, antequam det, conditione defecta, heres ipſius † non audietur, *l.cum illud 25.ff.quand.dies legat.ced. l.16. eodem tit. l.1.§ 2 ff.de condit.& demonſtr.* idem ſi ille,cui quis aliquid dare iuſſus ſit, vitam cum morte commutet *l.tales 112. item l.cum ita 94. in princip. ff. de condit. & demonſtrat.* fauore tamen libertatis nonnunquam hæc regula aliquam moderationem recipit, *d.l. cum ita.* Porro, ſi heredi teſtatoris quid dare iuſſus ſit, legati commodum conſequitur,ſoluendo heredi heredis, *d.l.cum ita, §.final.* ratio traditur *l.ſciendum,ff. de verborum ſignific. & l.fin.ſupr.de hered.inſtit.* Præterea hæ dandi † faciendive cõditiones nonnunquam ſeruis ſunt propoſitæ,dandi, veluti, *Sticho ſi decem dederit Titio, libertatem lego,* tũc enim decem ex peculio etiam inuito herede dando ad libertatem peruenit: poteſt tamen heres hanc pecuniam a Titio auocare *l.110.eod.tit.* faciendi,*ſi operas quinque praſtiterit,ſi rationes reddiderit.* Poteſt enim ſeruus etiã reluctante herede operas edere, vel,ſi ſi heres id expreſſim prohibeat, ad libertatẽ nõ impenſa opera admitti,*l.quaſitum 57.ff.eo.* Seruus aũt rationes reddere dicitur, non ſi in folle reliqua offerat,ſed ſi in loco domicilii eius, cui rationes reddere debet, illas exhibeat legẽdas,& deinde cõputandas, vt explorari poſſit,an accepta,& erogationes probe, an improbe relata ſint, vt eo facto reliqua ſoluat *l. 81.& 82.eo tit.* Et quidẽ ſi quid dolo admiſit, id præſtat, ex culpa vero nõ ſemper tenetur *l.quãuis 32.ff.eo.tit.* non cogitur etiã ſemper debitores, cum quibus cõtraxit,idoneos in diẽ mortis præſtare *l.111.ff.d.t.* Si vero inter heredẽ & ſtatuliberum in reddendis rationibus controuerſia oriatur, aditi conſules arbitrum dabunt, qui cõſtituat,quæ reliqua ſint,quas rationes, quæque inſtrumenta exſoluerere debeant *l.50.d.tit.*

Tertia ſpecies,ſi quid contingat,† vel nõ cõtingat, pendet ex euentu, veluti, ſi nauis ex Aſia venerit, & hæ conditiones caſuales ab Imperatore appellantur, *l.vnic. §.ſin autem,C.de cad.toll.* Idem admittendum eſt, ſi conditio collocetur in factum alienum: ſi vero † concipiatur in factum noſtrum,& alienum, veluti ſi Titius nuptias cum Mæuia contraxerit,mixta dicitur,*§.ſin autem,& l.in*

Margin numbers in right column: 14, 15, 16, 17, 18

teſtamẽto 31. ff. eod. quo etiam referri poſſunt *l. 1. & 2 hoc titul.* In his enim medium quoddam ius verſari videmus, vt ſiquidem caſu res impediatur, legatum quoq; perimatur *d. l. in teſtamento 31. ff. de cond. & demonſt.* item *d. §. ſin autem*, quod ſi vero facto vel voluntate eorum, quibus conditio propoſita erat, hoc acciderit, tunc intereſſe, an ſteterit per legatarium, an vero per illum, cui nubere debebat, vt hic legatum conſequatur, *d. l. in teſtamento*, illic vero aliud probandum ſit, *l. 1. & 2. hoc tit.* Nec obſtare putamus *l. pater Seuerinam 101. eodem tit.* quæ innuit, quod etiam ſi quis pro ſua parte paratus ſit, ſed ſteterit per aliam perſonam, quod tamen legatum deficiat. Etenim ſciendum eſt, ibidem tacitam voluntatem teſtatoris id conciliare, quod nolle non dicatur, quæ matura connubio non fuerit.

19 Ex his, quæ † in factum noſtrum collatæ ſunt, quædã dicuntur faciles & promiſcuæ, quædam difficiles: faciles, ſi in Capitoliũ aſcenderit, ſi heredi decẽ dederit, *l. ſi facta 11. §. 1. eod. tit.* difficiles, *ſi nuptias cõtraxerit, l. hæc conditio 10.* Si Aurelius Claudius ſe filiũ meũ eſſe docuerit, *l. Lucius 83. ff. d. titul.* ſi filius in patriam fuerit reuerſus, cum is filius eſſet in lõginquis regionibus, *l. 4. h. t.* vel, ſi Titio decem dederit, cum Titius etiam magno locorũ maris & terræ interuallo abeſſet, *l. ſuus 4. ff. de hered. inſt.* ſi Conſul aut Doctor fiat, *l. ſi quis 7. h. tit. & l. Publius 36. ff. eod. tit.* Generaliter autem, quæ conditiones faciles, quæ difficiles ſint, definiri non poteſt, ſed id pendet ex facto & exemplis, vt ſupra oſtenſum eſt.

20 Cognitio † autẽ huius in pluribus rebus neceſſaria eſt: facilis conditio enim poſt mortem teſtatoris impleri debet, *d. l. aut facta, §. 1.* difficili poteſt vel viuo, vel mortuo pareri, *d. l. 7. hoc t.* item *d. l. 10. ff. de condit. & demonſtr.* niſi natura conditionum repugnaret. Hæc enim conditio, *ſi mihi nupſerit*, euentum ſuperſtite teſtatore deſiderat, illa vero ſi in funus meum venerit, niſi defuncto teſtatore impleri nõ poteſt, *l. conditionum 91. ff. eod. tit.* Præterea cum filiusfamilias ſub conditione, quæ in poteſtate eius eſt, heres inſtitui poſſit, *l. ſuus 4. & l. iam dubitari 86. ff. de hered. inſt.* (licet alias faciles & difficiles, quę a facto noſtro pendent, dicantur eſſe in poteſtate) tamen in hoc caſu difficiles cõditiones in poteſtate filii minime eſſe intelliguntur, vnde etiam teſtamentum, tanquam ſi filius præteritus eſſet, vitiatur *d. l. 4. C. de inſtitut. & ſubſtitution.*

Conditiones, † quæ in non dando, aut non faciendo conſiſtunt, per cautionem Mutianam, *vt l. Mutiana 7. ff. de condit. & demonſt.* implentur, niſi tales eſſent, quæ viuo teſtatore exſiſtere poſſent, *l. cum tale 72. §. Titius, l. pater Seuerianam 101. §. ſocrus*, excipiuntur caſus, qui *in d. l. cum tale, in prin. & §. 1.* continentur, ſi poſt cautionem præſtitam, quis contra fidem promiſſionis verſetur, ne dum rem ipſi ſolutam ex cauſſa legati reddere cogitur, ſed etiam fructus, *l. Titio 73. l. 79. §. qui poſt, ff. de cond. & demonſt.* Nonnunquam † etiã ſine cautione quis defungi poteſt, veluti, ſi teſtator expreſſe cautionẽ peti vetuerit *l. 72. §. quid ergo*, vel tacite eam remiſerit, veluti, ſi tutores ad rem gerendã accedere iuſſit, ſi mater, cui mandatũ erat, vt filiæ decies millies moriẽs reſtitueret, vita deceſſiſſet. Ex his enim verbis matri cautio remiſſa intelligitur, *l. auia 77. §. pater, ff. eod. tit.* 21 22

Reliquum videtur, vt de effectu cõditionis diſſeramus, qui ſane in eo conſiſtit, vt † in euentum ſui ſuſpendat omnem obligationem *l. 41.* & ſi reſpondeat, confirmet inſtitutionem, vel legatum, *l. Publius 36. l. ſi fundum 105. ff. de cond. & demonſt.* ſi non ſequatur, ꝙ relictũ eſt, perimat, quod adeo verum eſt, vt etiam in libertate locum habeat. Si quis eñ Stychi vſumfructum Titio leget, libertatem ipſi Stycho, ſi ad Titium pertinere deſiiſſet, & Titius viuo teſtatore mortuus ſit, Stychus non adipiſcitur libertatem, quia non dicitur deſinere, qui non incepit, *l. Titio 96. eodem titul.* Vnde etiam is, cui quid legatum eſt, ſi filium emancipauerit, ſi legatum petat, cogitur illum emancipare, *l. ſi cui 92. ff. de condit. & demonſtratio.* quod multo magis locum habet, ſi iam cum effectu agnouerit legatum, hinc fit, vt mortuo eo, cui quid legatum eſt, legatum quoque intercidat, idem quoque ſi ſeruus pœnæ fiat *l. intercidit 59.* diuerſum autem probandum eſt, ſi deportatus ſit, cum poſſit reſtitui, *l. 104. eodem.* Cetera, quæ ad effectum ſpectant, colligi poſſunt ex his, quæ poſtea toto titulo perſequemur. Illud hic meminiſſe † conuenit, quod nonnunquam vna conditio proponitur, nonnunquam plures, & id fit aut coniunctim, aut disiunctim: ſi coniunctim, omnibus parendũ eſt, *l. 5. ff. de cond. inſtit.* ſi diſiunctim, alterutrum ſufficit, *d. l. 5. ff. de cond. inſt.* item *l. ſi quis 129. ff. de verb. oblig.* Sed ſi prius legatum ſit purum, deinde ſub conditione, & id ex interuallo contingat, nouiſſi- 23 24

Digitized by Google

nouiſſima ſcriptura ſpectanda eſt, ſi vero, id fiat in continenti, tunc arbitrio legatarii cõmittitur, vt, ex qua cauſſa velit, legatum petat, *l. non ad ea 89. ff. de cond. & demonſt.* In libertate ſpeciale vt leuiſſimæ conditioni obtemparari ſufficiat, *l. quod traditũ eſt 87. eod. ti.*

Quæ † ſimilitudinem cum conditione habent, ſunt demonſtratio, cauſſa, modus, de quibus *in l. 17. ff. de cond. & demonſt.* Contraria † vel potius ſeparata ſunt diſpoſitiones puræ, in diem certam collatæ, in certam enim diem, a conditione non ſeparamus, *leg. heres 79. l. 1. §. 2. eod. tit.* conditiones quæ imaginem conditionis tantum habent, de quibus in initio huius diſtinctionis dictum eſt.

Lex prima.

Svmmaria.

1 *Si conditioni poteſtatiua, quis non pareat, a relicti compendio ſubmouetur.*
2 *Intellectus l. quæ ſub conditione, §. quotiens, ff. de condit. inſtit. ſecundum interpretes, & alius ſecundum auctorem, & nu. 4.*
3 *An conditio, quæ in dando conſiſtit, mere poteſtatiua cenſeri debeat.*
4 *Deficiente cõditione poteſtatiua caſu fortuito, maxime ſi mora interceſſerit legatum perimitur.*
6 *An purgatio moræ in conditione poteſtatiua admittatur.*
7 *Diſtinctio Bartholomei Socini in propoſita quæſtione.*
8 *Semel facta exſecutione mora purgari nequit.*
9 *Conditione poteſtatiua deficiente, legatum quoque perimitur, quamuis facto alieno quis parere prohibitus ſit.*
10 *Intellectus l. Titius, 14. ff. de condition. & demonſtration.*
11 *Morte legatarii ante impletam conditionem, legatum quoque exſtinguitur.*
12 *Conditio difficilis, aut quæ inſtaurationem facti non recipit, etiam viuo teſtatore impleri poteſt.*
13 *Si conditio quæ tractum habet, vtriuſque vtilitatem reſpiciat, heredis & legatarii, mortuo herede legatum annuum non euaneſcit.*
14 *Deficiente conditione poteſtatiua, inſtitutio vel legatum quoque exſpirare ſolet.*
15 *Exceptio a propoſita regula, ſi hereditas pure relicta ſit, & libertas ſub conditione caſuali.*
16 *Si facto vel culpa eius cuius intererat conditionem non implere quis impediatur, legatum nihilominus debebitur.*
17 *Legatum non perimitur, ſi teſtator deficiente conditione, rem nihilominus relicturus erat.*
18 *Conditio mixta ſi deficiat, quid hoc caſu ſtatuendum ſit.*
19 *Interpretatio l. vter ex fratribus, ff. de condition. inſtitut.*
20 *Intellectus l. ſi pater Seuerianam ff. de condit. & demonſtrat.*
21 *Quid probandum ſit, ſi conditio deficiat, cuius ordinem teſtator immutauerit.*
22 *Si conditio mere caſualis deficiat, ipſum legatum quoque conditionale euaneſcit.*
23 *Intellectus, l. ſi fundum per fideicommiſſum, 92. §. ſi Titio. ff de legat. 1.*
24 *An definitio præſentis l. locum habeat in contractibus.*

CVm vt ex præludiis intellectum eſt conditionum aliæ ſint poteſtatiuæ, aliæ caſuales, aliæ mixtæ, textus noſter mixtæ conditionis exemplum ſuppeditat, & oſtendit quid iuris ſit, ſi conditio caſu vel voluntate eius qui illam implere debebat, & contra ſi ex recuſatione eius, cũ quo matrimonium contrahendum, aut conditio perficienda erat, eadem defecerit.

Pro cuius rei euidentiori explicatione, ꝙ
incidamus in contraria ſatis infeſta, operæ
pretium me facturum eſſe iudicaui, ſi ſecu-
tus partitionem a me propoſitam, quid in
ſingulis membris obtineret, paucis comple-
cterer. Et quidem ſi conditio † poteſtatiua 1
ſit, & per eum, cui aliquid relictum eſt, fiat,
quo minus conditioni pareatur, a legati cõ-
pendio repelletur, *l. iure ciuili, ff. de condit. &*
demonſt. & l. iure ciuili, ff. de reg. iur. l. cũ quidã,
inſ. de cond. inſert. l. fin. inſ. de neceſ. ſeruis hered.
inſt. Et hæc res difficultatẽ nõ habet. Quod
ſi vero ipſa fortuna cõditionis euentum in-
uiderit, legatarium hoc caſu audiendum eſ-
ſe, ſi legati commodum deſideret, conſti-
tuunt glo. *hic in verb. manifeſtum, Cyn. num. 7.*
Alberic. n. 8. Bart. in prin. Bald. num. 18. Ang. in
prin. Caſt. n. 5. Fulg. num. 7. Philip. Corn. nu. 17.
& ſeq. Iaſon num. 9. Sichard. n. 4. Bart. Socin. l. in
teſtamento 31. ff. de cond & demonſt. nu. 7. idque
defendunt † *arg. l. quæ ſub conditione 8. § quo-* 2
tiens, alias incipit, mortuo ff. de cond inſt. item l.
turpia 54. §. 1. & 2. Vnde edocemur quod ſi is,
cui ſub hac cõditione aliquid adſcriptũ erat:
Si Stychum ſeruũ ſuũ manumiſerit, illũ mor
tuo Stycho nihilominus legati emolumẽtũ
cõſequi. Sed cum aduerſentur multæ leges,
quibus contrarium ſtatuitur, quod ſcilicet
morte eius in cuius perſona aliquid impleri
debet, veluti in exemplo, ſi, Titio decem de-
derit, legatum exſtinguatur *l. tales, pen. §. 1. l.*
cum ita 94. ff. de cond. & demonſt. l. cum illud 25.
ff. quand. dies leg. ced. ideo doctores noſtri, *vt*
Bart. hic in prin. Bal. n. 17. Fulg. n. 7. Phil Cor. nu.
22 Iaſon hic n. 9. circ. fin. vbi monet ab hac tã-
quam cõmuni ſententia recedendum non
eſſe, quamuis in contrarium diſputet Barth.
Socin. *d. l. 31. n. 7.* conſtituunt † conditionẽ,
quæ in dando conſiſtat, non eſſe mere po- 3
teſtatiuã, ſed mixtam, cũ in poteſtate Titii
ſit pecuniam recipere vel non recipere.

Sed ſane cum idem de libertate pronuntiari poſſet, ſaltem ante conſtitutionem Iuſtiniani *l. fin. ff. de teſtam. manumiſ.* & veriſimile nō videatur quod quis legati commodum recuſaturus ſit, deniq; *l. ſuus 4. & l. iam dubitari 86. ff. de hered. inſt. l. fin. ff. de condit. inſtit.* aperte coarguant filium non poſſe inſtitui, niſi ſub conditione, quæ in eius poteſtate ſit, in qua cauſſa tamen conditio dandi recenſeatur, moueatq; definitio præſentis noſtræ legis, item *l. in teſtamento 31. ff. eod. tit.* quæ declarant inſtitutionem vel legatū deficere, ſi caſus fortuitus parendi facultatem amputauerit, nec ratio diuerſitatis inter cōditionem poteſtatiuam & mixtam, in præſenti conſideratione reddi poſſit; idcirco
4 crucem noſtris interpretibus † ex *dict. §. quotiens* fixā, longe alia ratione tollendam exiſtimaui, vt exploſa differentia inter conditiones faciendi & dandi, eundem § in caſu, in quem conceptus eſt, duntaxat exaudiēdum putem, ſi Stychus viuo teſtatore deceſſerit. Ex quo enim conditiones impoſſibiles pro non ſcriptis habeantur, l. obtinuit, *ff. de cond. demonſt.* hæc ipſa conditio pro impoſſibili haberi debet, vt haud obſcure inſinuat Pomponius ex ſententia Seruii, *l. multa 6. §. fin. ff. de cond. & demonſt.* vbi Seruius videtur Neratii ſententiam hoc caſu diſſentientis improbare, Accedit veriſimilis coniectura voluntatis, quod teſtator, ex quo ſe viuo Stichus ab hac luce ſubtractus eſt, de inſtitutione vel legato nihil mutauit, perſeueraſſe in priori voluntate intelligatur, *l. ſancimus, ſup. de teſtam.* eademq; reſponſio accommodari poteſt ad *l. turpia §. 1. cum § ſeq. ff. de leg. 1.* Hic verus legum pugnantium prima facie ſenſus eſſe videtur, quem certa ratione inſinuat Cuiac. *in d. l. in teſtamento 31. ff. de cond. demonſt.* & hic aperte defendit Donel. *n. 12.*

Sit igitur axioma generale, quod deficiēte conditione poteſtatiua caſu fortuito, inſtitutio & legatum quoq; perimantur, *d. l. ſi ita 94. & l. tales pen. ff. de cond. & demonſt.* idq; etiam ex communi ſententia † doctorum
5 procul dubio locum habet, ſi mora ipſius in manumittendo, vel quid aliud faciendo interceſſerit, *dict. l. qui ſub conditione § quotiens, verſ. mortuo, Corn. hic num. 18. Gloſ. in dict. l. in teſtamento, ff de cond. & demonſt.* adeo vt purgatio moræ non admittatur, neq; pœnitentiæ locus ſit, *arg. l. pen. § fin. ff. de condit. & demonſt. l. Thais, §. intra, ff. de fideicom. libert. item l. ſi ſuper poſſeſſione, ff. de inſt. & ſubſtit.* & quod cōditio debeat in forma quæ præſcripta eſt, impleri, & conſequenter in tempore conſtituto, *l. qui hered. 44. & l. Maeuius, ff. de con. & demonſt. Salyc. hic num. 2. Caſt. nu. 1. Corneus n. 9. & ſeq. Iaſon nu. 8.* vbi in vtroq; caſu ſentētiā dicit eſſe cōmunē, *Bal. hic n. 28.* vbi ait ſatis eſſe quod conditio etiā per momentum impleta ſit, *arg. l. ſi quis heredem, hoc tit. Alex. hic num. 8. arg. l. pater Seuerinam, §. fin. in fin.* Obſeruandum tamen eſt, quod idem Bald. *in l. ſi plures, inf. de cōd. inſert.* admittat † purgatio- 6
nem moræ intra modicum tempus, quod etiam non reſpuit Iaſon, Alex. vero ſi ſit in poſſeſſione ipſius rei tribuit etiā exceptionis remedium ex doctrina Bartoli *in leg. cui fundus, ff. de condit. & demonſtr.* arg. eius textus. Ceterum ſi hoc admittere velimus, non animaduerto quid inter cauſſam conditionis & reliquarum diſpoſitionum intererit, cum etiam ibidem poſt multum temporis quis redimere culpam ex ſua cunctatione contractam, nequeat, *l. ſi ita quis 135. §. Seia, ff. de verb. oblig. & ibid. Bart. Iaſon nu. 13. & 14. Zaſ. n. 14. & paſſim alii.* Qua de cauſſa malim præferre diſtinctionem Bartholomei † So- 7
cini, *in d. l. in teſtamento 31. ff. de condit. & demonſt nu. 11.* intereſſe, an ea quæ ad legati cōmodum aſpirat, iam alias nuptias contraxerit. Etenim pœnitentiæ locus non erit, quamuis mortuo marito, illa parata ſit nubere, quod de primis nuptiis intelligatur, *l. boues § hoc ſermone, ff. de verb. ſig. l. hac conditio, 10. ff. de cond. & demonſt.* quodq; res non videatur eſſe integra, *l. illud, ff. de peric. & commod. rei vend.* idem quoq; dicendum eſt, ſi legatarius legatum ipſo iure conſecutus fuerit *d. l. cum quidam, inf. de neceſ. ſer. hered. inſt.* vbi libertatem quis ipſo iure conſequitur. Idem præterea non videtur reſpuendum, ſi non certa pecuniæ ſumma, ſed res aliqua, veluti fundus Seianus ſub hac conditione relictus ſit, cum dominium ex quo quis conditioni parere recuſauit, ſtatim in legatarium trāſeat, *l. a Titio, ff. de furt.* & ſemel facta exſecutione mora † purgari amplius nequeat, *l. ſtatuliberum 11. §. 1. ff. de legat. 1.* ex quo edocemur 8
quod ſi quis ius electionis vſque ad certum tempus habeat, ex quo ſemel declarauit voluntatem ſuam, aut tempus elapſum eſt, amplius audiendum non eſſe, quod ipſo iure translatum ſit ius in legatarium, quo pertinet *l. ſi is cui 19. ff. de legat. 2.* Quid autem obtineat in cauſſa hereditatis, conſuli poterit Alex. & Iaſon, item Barth. Socin. in loco iam commemorato.

Ornando autem hoc ipſum † pronuntia- 9
tum

tum, exiſtimamus non eſſe diſtinguendum
an etiam facto alieno quis prohibitus ſit, l.
inde Neratius 26. §. idem Iulianus, quod ipſum
etiam concedunt glo. in diction. manifeſtum,
Cyn. nu. 7. Alber. n. 8. Bart. hic num. 1. Bald. n. 13.
Ang. in prin. Caſt. n. 8. Fulg. n. 2. Alex. n. 4. Saly.
nu. 2. Phil. Corn. nu. 18. Cuiacius l. in teſtamento,
ff. de cond. & demonſt. Barth. Soc. ibi. n. 9. Franc.
10 Duaren. de condit. inſtit. c. 5. Et quamuis † ob-
ſtare videatur l. Titius 14. ff. de cond & demon.
tamen facilis huius repugnantiæ videtur eſ-
ſe diſſolutio, cum legatarius ibi nullum re-
greſſum contra impedientes habeat, quip-
pe qui iure ſuo conditionis exitum negaue-
rint. Vnde etiam Ang. hic in princ. Bald. num.
13. Alex num 4. Philip. Corn. nu. 18. Iaſon. nu. 9.
inde inferunt, quod ſi teſtator aliquem in-
ſtituerit heredē, ſub conditione, quod ſi ec-
cleſiā ædificauerit in tali loco, & Epiſcopus
ad hoc conſenſum accomodare nolit, illum
excuſatum eſſe, & nihilominus ad legati e-
molumentum pernenire, arg. d. l. Titius, ꝗ
tamen idem Bald Alex. Iaſon declarant lo-
cum non habere, cum non directe, ſed per
quādam conſequentiā impediantur, l. 3. §. ſi
quis ſeruum, & l. non omne, ff. de ſtatulib. Porro,
ſi deficeret facto tertii, cuius intereſſet, ne
cōditio impleretur, perinde erit, atque ſi e-
uentus reſpondiſſet, l. iure ciuili, ff. de condit.
& demonſtr. item l. iure ciuili. ff. de reg. iur.

Idem vt legatum perimatur quoque de-
fendendum eſt, ſi antequam conditio im-
11 pleretur ab ipſo legatario, ipſe vitam † cum
morte cūmutauerit, l. ſub diuerſis 51. §. 1. ff. de
condit. & demonſt. cuius rei ratio in promtu
eſt, cum in vltima voluntate ſpes conditio-
nis non tranſmittatur, l. 1. §. dies autē, ff. eo. tit.

Hæc regula ad modum, qui præſcriptus
eſt, locupletata, certas exceptiones recipit,
12 & prima † ſit illa, quam ſupra inſinuauimus,
ſi viuo teſtatore talis conditio euenerit, quæ
per rerum naturam inſtaurari nequeat, d. l.
qui ſub conditione 8. §. mortuo, ff. de conditio. &
demonſtrat. & l. turpia 54. ff. de legat. 1. l. inde
Neratius, §. idem Iulianus, ff. ad leg. Aquil. Se-
13 cunda autem declaratio eſt, ſi cōditio † non
tam defuncti nomine, aut ipſius heredis,
quam ipſorum legatariorum cauſſa, adſcri-
pta ſit, aut ſaltem vtriuſque contemplatio-
ne, quemadmodum ſunt illæ conditiones,
quæ tractum temporis habere ſolent, velu-
ti centum florenos, in ſingulos annos lego,
dum cum matre mea morabitur, l. annua 20.
de annuis legatis, ſi negotiis mei nepotis in-
teruenerit, l. 13. eod. tit. item ſi quis vſumfru-
ctum vxori legauerit, quoad ipſius filius ad
pubertatē, vel 20. vel 25. annos peruenerit,
l. ambiguitatem 12. C. de vſufruct. niſi euiden-
ter conſtaret, quod ad ſolam filii vtilitatem
huiuſmodi conditionem adſcripſiſſet, l. illis
libertis 84. ff. de cond. & demonſt. ita intelligo
quoq;, l. Seio amico 10. in pr. ff. de annuis legat. in
verb. ſeq. cum tam labor, quā pecunia diuiſionem
recipient, Cuiac. in l. 31. eo. glo. hic in verb. mani-
feſtū, clarius aūt Ang. hic circa fi. Fulg n. 4. Salyc.
n. 5. Corn. n 7. Iaſon. n. 7. Et hæc quidē difficul-
tatem habere nō vidētur, ſi appareat de vo-
luntate teſtatoris, vt in legibus ſupra allegatis,
itē in l. vter ex fratrib. 23. ff. de cond. & demonſt.

Sed quæſtionis eſt, q̄d in dubio obtineat.
Et quidem Ang. verſ. in eadem gloſſ. fauore ali-
mentorum, item Salyc. hic nu. 5. auctores ſunt,
cōiecturas hoc caſu ſpectādas eſſe. Quod ſi
aūt illæ non inueniātur, magis fauorabilem
ſententiā amplectendā, vt in dubio habea-
tur pro impleta, idq; confirmari videtur arg.
d. l. illis libertis. Et vt hāc traditionē non im-
pugnem, ita probare non poſſum, ꝗ idem
Ang. ſi cōditio vtriuſq; vtilitatis cā adſcripta
ſit, putet, deficiēte conditione legatū quoq;
perimi. Hoc n. ipſius ꝓnuntiatū diſtinctio-
nē ab eo propoſitā impugnat, ſimulq; refelli
videtur per leges ſupra a nobis commemo-
ratas, vbi vtriuſq; gratia cōditio adſcripta vi-
detur, & liberorū ipſius teſtatoris, quib. hoc
modo conſuli voluerit, & deinde ipſorū li-
bertorū ſiue legatariorum. Nam illis alimē-
ta vel annuas prꝗſtationes aut vſumfructum
relinquit, vt ſcil. hactenus illos obligatos vo-
luerit, quoad conditioni parere, poſſent, ita
vt ſi p eos non ſtetiſſet, ſed per rerū naturam
aut aliis ex caſib. ſine culpa ſua contingenti-
bus, illi nihilominus legati comodo potirē-
tur, adeo vt hic nihil ſingulare cōſtituamus
in alimentis, ſed in ſola teſtatoris voluntate.

Hæc de poteſtatiua conditione ſuffece-
rint. Quod ſi vero † caſualem eſſe cōditio- 14
nē proponamus, hic interpretes noſtri con-
ſentiunt, vt videre licet apud Iaſon. hic nu. 9.
Corn. n. 20. Barth. Soc. in d. l. in teſtam. n. 6. And.
Gail. lib. 2. obſeru. c. 2. nu. 8. legatum vel inſtitu-
tionem euaneſcere, ſi euentus conditionis
ſpem legatarii vel heredis inſtituti eludat, l.
vnic. infr. de caduc. toll. §. ſin autem. Recipit tñ
& hæc definitio vnam aut alteram declara-
tionem. Primo † ſi hereditas pure relicta ſit, 15
& libertas ſub conditione caſuali, l. fi. infr. de
neceſ. ſeruis hered. Inſt l. 3. §. qui fideicommiſſum,
ff. de hered. inſtit. l. in teſtamento, in fi. ff. ſi quis o-
miſ. cauſ. teſt. ita Ang. hic cir. fi. Corn. num. 20.

Digitized by Google

Iaſon n.9. Bart. Socin. in d.l. in teſtamento, ff. de
16 cond. & demonſt. nu.6. Secundo ſi facto † vel culpa eius, cuius intererat cōditionem non impleri, res exitum habere non potuerit, l. iure ciuili, ff. de cond. & demonſt. Corn. num.20. Socin. d.l.31. num.4. Tertio locum non habet ſecundum definitionē Angeli circa fin. Cor. nu.20. Socin. d.l. in teſtamento, nu. 4. Andreæ Geil. lib.2. obſer.132. num.6. & 7. Dec. conſ.397. n.5. Par. conſ.77. n.22. vol.2. Grati conſ.101. n 8. ſi teſtator etiam deficiente conditione hoc
17 † relicturus fuiſſet: nihil autem in fulcimentum ſuæ opinionis adducunt, quam gloſſ. in verb. manifeſtum. Ego ſtatuo nō alienam ab hac conſideratione eſſe l. ſi res obligata 57. ff. de legat. 1. item leges ſupra allegatas, circa moderationem primi membri, vt leg. ambiguitatem C. de vſufruct. l. Meuia, & l. annua, ff. de annuis legat. item l. Lucius 85. ff. de hered. inſt. ſecundum opinionem multorum, qui ibidem etiam tranſmiſſioni locum eſſe conſtituunt, vtrum autē teſtator voluerit relictum conditionale in heredem tranſire, id ex cōiecturis æſtimãdum eſt, veluti ex comparatione inſtituti & ſubſtituti, cum veriſimile non ſit, quod teſtator voluerit excludere perſonas magis dilectas, arg. l. generaliter, § fi. hoc tit. & leg. cum acutiſſimi inf. de fideicom. de qua re nec non aliis cōiecturis copioſe ſcribit Fran. Mantic. de coniect. vlt. vol. lib. 11. tit. 20. num. 1. & ſeq. item Ant. Gabriel lib. 4. commun. opin tit. de hered. inſtit. concl. 2, num. 15. & ſequent.

18 Reliquum eſt, vt diſpiciamus † quid obtineat in illa conditione, quam mixtam appellamus. Animaduertimus Imperatores in hac noſtra lege, item Alexandrum Imperatorem in l. legatum, inf. de cond. inſert. deinde Africanum in l. in teſtamento 31. ff. de cond. & demonſtr. mediam quandam rationem ſiue naturam huius conditionis proponere, vt ſi quidem facto eius in cuius perſona conditio impleri debebat, effectus rei impediatur cum legatarius pro parte ſua paratus eſſet, vt perinde quaſi obtemparaſſet conditioni, ad legati compendium admittatur. Quod ſi vero fortuna ſpem ipſius fruſtretur, diuerſum obtineat, d.l. legatum, inf. de cond. inſert. l. in teſtamento 31. ff. de cond. & demonſt. l. qui ex fratribus 24. ff. de cond. inſt.

Primum membrum noſtræ diſtinctionis incidit in difficultatem, l. vter ex fratribus 23
19 ff. de cond. inſt. † vbi heres vel legatarius portionem hereditatis ſibi ſub hac conditione relictam, non conſequitur, quamuis ipſe paratus ſit nuptias contrahere & illa recuſet. Qua de cauſſa ſciendum eſt, ibidem voluntatem teſtatoris aliam interpretationem requirere. Cum enim ita fratres ſuos heredes inſtituerit, vter ex fratribus meis conſobrinam noſtram duxerit, ex dodrante, qui non duxerit, ex quadrante heres eſto, & illa vni nupſerit, quamuis alter huiuſmodi connubium facere paratus etiam fuiſſet, tamen ad quadrãtem duntaxat admittitur, quod hæc voluntas teſtatoris eſſe intelligatur, quodq; natura conditionis id poſtulet, cum poſt talem diuiſionem hereditatis, nulla alia pars ſuperſit, quod deniq; vera conditio præſumtiuam, aut illam quæ legis auctoritate conſtitui ſolet, excludat, l. filio, quem pater, ff. de li. & poſthum. hered. inſtit. Eodem etiam referri
poteſt † pater Seuerianam, 101. ff. de condit. & 20
demonſt. in prin. vbi legatum perimitur defuncta puella poſt mortem parentis, cui Ælius Philippus ita ſubſtitutus fuerat, ſi eadem ei non nupſiſſet. Ratio decidendi fuit, quod quamuis hæc ſubſtitutio vulgariter cōcepta eſſet, tamen in caſum voluntatis collata videretur, ſi Seueriana eidē nubere noluiſſet, vnde cum nondum viripotens ab hac luce ſubtracta eſſet, ex coniectura voluntatis ipſius teſtatoris, Papinianus cōſtituit, ſubſtitutioni locum non eſſe, quod eius ſit nolle qui poteſt & velle, l. eius, ff. de reg. iur.

Vnde etiam non videtur eſſe incolorata deciſio Cyni hic n.9. quid iuris ſit, ſi teſtator
† conditionis ordinem immutet, & ita ſcri- 21
bat, ſi filius Antilli, nuptias cum Meuia contraxerit, Meuia centū florenos relinquo, ipſe enim Cynus ex ſententia Iacobi de Rauenna, & Petri de Bellapertica pronuntiat, Meuiam nullo modo audiendam, ſiue conditio caſu deficiat, ſiue ex recuſatione Antilli, arg. l. Labeo ſcribit, ſi mihi bibliothecam, ff. de cond. & demonſtrat. idemq; defendunt Ioh. ab Imol. in l. in teſtamento, ff. de cond. & demonſt. Raphael Fulgoſ. hic nu.2. Philip. Corneus hic num.28. poſt Ang ab eodem allegatum, arg. l. cum ab eo, ff. de contrah. empt. Et quamuis Bart. Socinus, in d.l. in teſtamento, nu.9. contrarium defendere conetur arg. eius text. tamen vltimo cogitandum relinquit, quemadmodum etiam Raph. Fulgoſ. hic nu. 2. cum ſtatuiſſet ad leges allegatas poſſe reſponderi, tandem nihil reſpondet. Alex. autem hic num.9. allegans auctoritatem gloſſæ, in l. inde Neratius, § idem Iulianus, ff. de condit. & demonſtrat. etiam in contrarium diſputat, ſed tamen in fine monet a ſententia Cyni non eſſe recedendum.

Digitized by Google

dendum. Et hãc Cyni opinionem ego magis probabilem etiam ſtatuo, neque quidquam reluctari, *d. l. ex teſtamento*, cum legatum non ſit conceptum in perſonam alienam, ſed vtriuſque, et eius qui legato honoretur, veluti *Stychus & Pamphila liberi ſunto, & ſi matrimonium coierint, heres his centum dare damnas eſto.*

22 Hæc de prima diſtinctionis † parte ſuffecerint, reliqua autẽ, ſi caſu conditio deficiat, eas declarationes admittere videtur, quas circa conditionem poteſtatiuam caſu deficientem propoſuimus. Etenim *l. Mauia, 13. ff. de annuis leg. itẽ l. annua 20. ff. eo. tit. l. ambiguitatem, Cod. de vſufruct. l. illis libertis 84. ff. de condit. & demonſt.* non tam in poteſtatiuam conditionem, quam hãc, quam mixtam dicimus conceptæ videntur, vnde ex voluntate teſtatoris poſſunt videri deficere vel non deficere, ſecundum ea, quæ ibidẽ proſecuti ſumus. Cui autem deficiens pars applicetur, an fiſco, an heredi, antea dubium eſſe poterat, vt oſtendit Cuiac. *in dict. l. in teſtamento*, nunc autem iure caducorũ ſublato, *l. vnic. C. de caduc. toll.* non puto dubitandum, quin heres admittatur.

23 Sed reſtat adhuc vnus ſcrupulus, ex † *l. ſi fundum per fideicommiſſum 92. §. ſi Titio, alias incipit Iulianus, ff. de legat. 1.* & nonnullis in codicibus lex eſt, qua indiſtincte caueri videtur, quod conditione caſu deficiente heres aut legatarius nihilominus admittantur. Hunc nodum gloſſa noſtra, Item Bart. *hic n. 2. Caſtr. n. 6. Alex. n. 5. Iaſon n. 9.* ita dirimũt, vt diſtinguant inter conditionẽ & modum, vt facultas modi implendi tranſeat in heredem, non idem eueniat in conditione, & quamuis hanc traditionem oppugnet Fulg. *hic n. 5. arg. l. Titio centum 71. §. Titio genero, in verb. ante nuptias vero. ff. de condit. & demonſt.* tamen non inconſiderate Bart. ibidem reſpondet, in caſu *d. §.* non modum ſed conditionem propoſitam fuiſſe, quæ legis auctoritate, in cauſſa dotis cõciliata videatur, *arg. l. ſtipulationem 31. ff. de iure dot.*

24 An præſentis legis noſtræ definitio locũ, etiam in contractibus habeat, conſuli poterunt, Alex. *hic n. 10. poſt Ang. & Fulgoſ. & Cyn. ab eo allegatos, Iaſon. nu. 6. Corn. nu. 32. Bart. Socin. in d. l. in teſtamẽto, n. 10.* qui auctores ſunt, quod a contractibus ad vltimas voluntates, hoc caſu argumentatio non procedat, *per l. in teſtamentis, ff. de reg. iur.* & quod in contractibus, quis ſibi & heredibus in omnẽ euentum conſulere videatur, *l. ſi pactum, ff. de probat.* in teſtamentis autem definitionem noſtræ legis inde locum habere, quod teſtator legatarium in cauſſa legati magis diligere videatur, quem heredem.

Lex, Conditioni 2.

SVMMARIA.

1 *Pœnali ex conuentione nemo ad matrimonii legem obſtringi poteſt.*

2 *Confeſſionem precibus inſertam, etiam abſente parte fidem impetrare.*

3 *Si tractetur de honeſtate matrimonii, perſona conſobrini ſemper honeſta cenſebitur.*

4 *An iure Canonico nuptiæ cum conſobrino contrahi poſſint.*

5 *Si perſona, cui puella iuſſa eſt nubere, vere turpis ſit, quo remedio legatum conſequatur.*

6 *Quando hac conditio, ſi nuptias contraxerit, impleri poſſit?*

QVanquam certum ſit, quem † ex pœnali 1 cõuentione ad matrimonii legem obſtringi non poſſe, *l. Titia 134. ff. de verb. oblig.* tamen ſpe præmii quis ad coniugium inuitari poteſt, *vt hac noſtra lege, item l. praced. l. in teſtamento 31. ff. de condit. & demonſtr. l. cum ita, 63. §. videamus, eod. tit.* vnde cum mater Thaſſiam filiã ſub hac conditione heredem inſtituiſſet, ſi ſororis ſuæ conſobrino nupſiſſet, dato in euentum deficientis conditionis ſubſtituto, eaque illud facere recuſaſſet, & precib. Imperatori oblatis, quod ſub ſpecie turpium nuptiarũ mater ſibi viduitatem induxiſſe videretur, quod iure facere prohibetur, *l. ſed etſi hoc 62. §. cum vir uxori, & l. cum ita legatum 63. §. videamus, l. cum tale 72. §. ſi arbitratu, & §. Mauia ff. de condit. & demonſt. l. 1. infr. de indict. vid. tollen.* ſibi ex ordinario auxilio contra ſubſtitutum ſubueniri petiiſſet, repulſam ex ea cauſſa tulit, quod precibus complexa eſſet, per eum nõ ſtetiſſe, quo minus ſupremæ voluntati teſtatricis ſatisfaceret. Obſeruandum itaque ex hac noſtra lege eſt, confeſſionem † precibus inſertam, 2 etiam abſente parte, fidẽ impetrare, vt notant *præſenti in lege Bart. nu. 1. Alex. nu. 2. Corneus nu. 8. Iaſon. nu. 4.* quod & ipſum confirmatur *l. cum precum, de liber cauſ.* cũ ſcriptura ſemper loquatur, vt *in l. certum, §. qui abſente, ff. de confeſ.* declarat Bart.

Secundo notandum eſt, quod quamuis conditio, ſi Titiæ nupſerit, cui ſalua honeſtate nubere non poterat, durior cenſeatur, quam ſi plane cœlibem vitam aut viduitatem mater indixiſſet, *dicta leg. cum ita, 63. videamus*, quod tamen non quilibet prætextus admittendus ſit, vnde hæc † præ- 3

ſumptio in perſona conſobrini, niſi aliç cauſæ adferantur, non procedit. Hoc ſi definitionem iuris ciuilis inſpiciamus, §. *duorũ fratrum. Inſt. de nupt.* nam ſi ius Canonicum † in
4 conſilium adhibeamus, merito huiuſmodi conditio reſpuetur *c. non debet, c. quod dilect. de conſang. & affinit.* quod matrimonium iure cognationis vſq; ad quartum gradũ prohibitum ſit, deinde etiam ſi Nouellam conſtitutionem *115.* obſeruemus, adhuc idem admittendum erit, vt huiuſmodi ſubſtitutio non valeat: quamuis enim mater iure antiquo non habuerit neceſſe, liberos ſuos aut heredes inſtituere aut exheredare, §. *mater, Inſtit. de exher. lib.* tamen iam ex conſtitutione relata, illud facere cogitur.

Sed ponamus perſonam cui Taſſia nubere iuſſa erat, vere turpem fuiſſe, ita vt extraordinario auxilio adiuuari potuerit, *d. l. cum*
5 *ita, §. 1. ff. de condit. & demonſtr.* quale † remedium pronuntiatione horum verborũ conſtituemus nobis deferri. Et quidẽ *glo.* in dict. *indiges,* innuit quod locum habeat officium iudicis, à qua definitione non videtur alienus Raphael Fulgoſius *in fin.* Ceterum Bart. *hic nu. 2.* Caſtr. *nu. 3.* idem Bart. *in l. ex teſtamento, ff. de condit. & demonſt.* Salyc. *hic nu. 2.* Phil. Corneus *nu. 6.* Alex. *nu. 1.* Iaſon *nu. 7. & ſeq.* diſtinguunt intereſſe, an conditio habeatur pro impleta mero iure ciuili, id eſt, ex æquitate a iure ciuili accommodata, an vero in quibuſdam caſibus aliquo iure ſpeciali, contra regulas inductis, vt hic locum habeat cõdictio ex lege, *l. ſi peculiũ, §. is cuius, ff. de ſtatulib.* illic vero deferatur actio ex teſtamento, *l. ſi. inf. de legat. & fideicom. arg. l. in teſtamento 31. & l. iure ciuili, ff. de condit. & demonſt.* Neq; obſtare præſentem noſtram legem, cum auxilium extraordinarium intelligatur, æquitas a iure conſiderata, cuius auctoritate conditio habeatur pro impleta. Ceterum Ioh. ab Imol. *in d. l. ex teſtamento,* & ibidem Barth. Soc. *nu. 14.* conſtituunt etiam in aliis caſibus, quos Bartolus excepit, actionem ex teſtamẽto locum habere, nec obſtare *d. §. is cui,* quod intelligatur non habere locum actio ex teſtamento, ſi ius commune intueamur, aliud autẽ eſſe, ſi ſpectemus æquitatem interpretationis, quemadmodum actio in factum ratione iuriſiurandi, ſi iuramentum remiſſum ſit, æque concedi ſolet, *l. nam & poſtea, §. 1. ff. de iureiur.* ita etiam actio ex teſtamento. Porro non eſt nobis committẽdum, vt hic temere impingamus, ſi hanc traditionem ad caſum præſentis legis transferre velimus, in quo abſurdum eſſet, vt etiam obſeruarunt Bald. *n. 2* Salyc. *n. 2.* Iaſ. *n. 7.* de actione ex teſtamento diſſerere, cum tractandum ſit de petitione hereditatis, vel de bonorũ poſſeſſione. Itaq; hæc conſideratio doctorum, vtilitatem illo caſu adferre poterit, quo agatur de legatis & fideicommiſſis.

His itaq; digeſtis dirimenda quæſtio videtur, quam mouet Caſtr. *hic nu. 1.* quando hæc † conditio euentum ſuum ſortiri videatur. 6
Etenim cum hæc conditio negatiua ſit, exiſtimauerit aliquis, eidem vſq; ad extremum vitæ ſpiritum pareri poſſe, *l. ita ſtipulatus 115. ff. de verb. oblig.* Contrarium tamen determinat auctoritate *l. pen. §. 1. ff. de condit. & demonſtr. & l. in teſtamento 21. eod. tit.* vt ſiquidem interpellata de matrimonio, illud recuſaſſet, ſtatim ſubſtitutioni locus fiat, quẽadmodum e diuerſo ſubſtitutus repellitur, ſi cum illa parata eſſet nubere, conſobrinus detrectaſſet. Porro ſi ad inſtantiam ſubſtituti, vel aliorum, ipſi certum tempus conſtitutum eſſet, eo tranſacto quoq; hereditate excideret, *arg. l. quamdiu, 2. ff. de acquir. vel omit. hered.* his autem caſibus ceſſantibus, ſubſtitutioni locum non eſſe, quamuis multis annis rem differat. Ceterum Iaſon *hic num. 6.* Ioh. Sichard. *num. 4.* vltimum diſtinctionis membrum impugnãt, quod *l. 2. §. ad filiorũ, inf. quomod. & quand. iud.* certum tempus definiatur, vt ſcilicet poſt pubertatẽ intra triẽnium nuptias contrahere cogatur. Ego autem arbitrarer definitionem *d. l.* ad præſentem quæſtionem non adeo commode deflecti, ſed ſubſtitutum ſibi imputare debere, quod nõ curauerit a iudice conueniens tẽpus definiri, quo caſu non ſemper puto triennium exſpectandum, vt *d. l.* comprehẽditur, ſed ex comparatione perſonarum, & coniectura voluntatis ipſius teſtantis, reciſius tempus poſſe conſtitui, nonnunquam autem & prolixius, ſi ex conſuetudine ipſius teſtatoris, vel regionis, filiæ ante decimum octauum vel vigeſimum annum nuptui collocari non ſolent, *arg. l. heredes 31. §. cum poſt,* 12
ff. qui teſtam. fact. poſſ. item *l. ſi filia, ff. de legat. 3.*

De lege ſi mater volente Deo tractabimus *in l. Gallus, § & quid ſi tantum, ff. de lib. & poſth. hered. inſtit.*

Lex, ſi pater 4.

SVMMARIA.

1 *Quinque concluſiones, quæ ex præſenti lege eliciuntur.*

2 An

2 *An definitio præſentis l. ſublata videatur, per l. quoniam 32. C. de inoff. teſtam.*
3 *Auctores qui negatiuam ſententiam defendant, cum ſeptem argumentis.*
4 *Contrariæ ſententiæ auctores, cum aliquot argumentis.*
5 *Confirmata ſententia negatiua.*
6 *Intellectus l. quoniam, C. de inoffic. teſtam.*
7 *Interpretatio l. ſcimus, §. cum autem, Cod. de inoff. teſtam.*
8 *Qui ipſo iure munitus eſt, ad inofficioſi querelam aſpirare non poteſt.*
9 *An nepotes quorum parens iam rebus humanis exemtus eſt, ſub conditione caſuali vel mixta inſtitui poſſint.*
10 *Quomodo nepoti qui heres ſub tali conditione ſcriptus ſit, ſubueniatur.*
11 *An filius ſub mixta cōditione inſtitutus, in euentum deficientis conditionis, ſecundum hodierna iura exheredari poſſit.*
12 *An hæc conditio, ſi filius meus ex Alexandria in Italiam reuertatur eundem heredem inſtituo, habeatur pro conditione caſuali.*

CVm ex præſenti reſcripto quinque pronuntiata eliciantur: Primum, quod fi-
1 lius † ſub conditione caſuali aut mixta heres inſtitui non poſſit, niſi in euentum conditionis deficientis, exheredetur. Alterum, per argumentum a contrario ſenſu, quod filius, q̃ in poteſtate eſt, poſſit ſub quacunq; conditione heres inſtitui, modo in euētum exheredetur. Tertium, quod eodem argumento innititur, quod filius emancipatus, poſſit ſub quacunque conditione heres inſtitui. Quartū, quod mater, item auus maternus, ex quo filium præterire poſſunt, §. *mater, Inſtit. de inoff. teſt.* in inſtituēdo quamcunque conditionem adſcribere poſſint. Quintum, quod vt ratio noſtræ legis præ ſe fert, filius qui in poteſtate ſit, poſſit ſub conditione facili & promiſcua, *vt l. ſuus 4. ff. de hered. inſtit.* inſtitui, quamuis in euentū non exheredetur, præuertenda illa quæſtio cenſetur, an cum omnis conditio in cauſſa legitimę portionis, quæ filio debetur, reiiciatur, & pro non adſcripta habeatur, *l. quoniam 32. & l. ſcimus 36. §. cum autem, ſupr. de inoff. teſta.*
2 definitio † præſentis legis videatur ſublata?
3 Non eſſe contendunt † Cynus *hic numer. 13. Ang. num. 3. Raph Fulgoſ. num. 6. & ſeq. Alb. num. 8. Philip. Dec. num. 14. Bald in l ſuus 4. ff. de hered. inſtit. num. 3. Ang ibid. num. 2. Raphael Cuman. num. 6. Donel. hic num. 5. Duarenus ff. de hered. inſtit. c 4. Coraſ. in rub. de impub. & aliis ſubſtit. numer. 9. Barbat. in addit. ad Bart. in l. ſuus, ff. de hered. inſtitu. Azo in ſumma h. tit. Bart. ſibi contrarius. conſ. 13. num. 2. Socin. conſi. 97. & 98. lib. 3.* vbi relatis multis auctoribus hanc opinionem communem dicit Marcus Aquilin. *in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, verſ. quid ſi nepos, nu. 46. ff de liber. & poſth. hered. inſtit.* & in eandem ſententiam quoque videtur inclinare Philip. Corneus, qui pro hac opinione allegat *Iac. de Rauen. Petr. de Bellapert.* & ſubnectit omnes antiquos doctores in hac ſententia fuiſſe, quoad Bartolus contrarium defenderet; mouentur argumentis; quæ ſubiicio.

Primo, quod leges correctoriæ interpretatione adiuuandæ non ſint, *l. præcipimus, in fi. infr. de appell. & nouell. de appellant. in fac. palat. circ. fi.* & per ſubauditos intellectus nō videatur induci legum correctio *c. cupientes, §. ſi per viginti, de elect. nu. 6.* legem aūt *quoniam in priorib.* locum habere, in caſibus, quibus filius exheredatus erat cum debita ſolemnitate, & opus erat querela inofficioſi teſtamenti ad illud expugnandum, vnde ne hoc fieret, cōditio ex auctoritate iuris reiicebatur: diuerſam cauſſam eſſe, cum filius ſub tali condititione inſtituitur, quæ in ipſius poteſtate non ſit, hoc enim caſu teſtamentum nullum cenſeri, *l. Lucius 83. ff. de condit. & demonſt & hac noſtra lege.*

Secundo, pro aſſerenda hac enuntiatione expendunt *d. l. omnimodo. C. de inoff. teſta.* in verb. *ſin vero vel præterierint,* vbi comprehenditur, quod ſi præterierint liberos, vel exheredatione, vel alia eorū mentione facta, nihil penitus iis reliquerint, tunc vetera iura locum habere, neque vllam ex eius legis promulgatione, nouationē vel permutationem accipere. Porro illum filium, qui ſub cōditione mixta inſtituatur, haberi pro præterito, cum paria ſint vel nihil facere, vel non rite facere, *l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudic.* legem autem, *quoniam,* quę promulgata ſit ad interpretationem, *d. l. omni modo,* ſecundum terminos eiuſdem quoque exaudiendam.

Tertio adducitur argumentū a patrono, quemadmodum enim de legitima portione filii, omne grauamen ex *d. conſtitutione, quoniam in prioribus,* remouetur; ita quoq; iure digeſtorū, de legitima portione patroni, omne onus tollebatur, *l. cum patronus, ff. de leg. 2.* & tamen inſtitutus ſub conditione non poteſtatiua, præteritus exiſtimatur, *l. etiam 5. ſi patronus, ff. de bon libert.*

Quarto, quod *Nouell. 115. §. aliud autem capitulum, verſ. ceterum,* requiratur legitima inſtitutio, aut exheredatio ex iuſtis cauſſis, q̃ que teſtamento comprehendantur, facta

Digitized by Google

Quinto, quod idem confirmari videatur per *l. quæ nuper 31. ſupr. de inoff. teſtam.* in verb. *exceptis illis, quibus nihil in teſtamento relictum eſt, in quibus priſca iura illibata ſeruamus.*

Sexto, quod ad formã inſtitutionis pertinere videatur, vt filius pure inſtituatur, vel ſaltem ſub ea conditione, quæ in eius poteſtate ſit, *l. ſuus 4. ff. de hered. inſtit. l. Gallus, §. in omnibus, & l. inter cetera, ff. de lib. & poſth. here. inſtit.* vnde cum teſtator hoc nõ fecerit, merito teſtamẽtum nullum dicitur, *d. l. Lucius, ff. de cond. & demonſtr.*

Septimo, confirmare hanc ſententiã videtur, *l. maximum vitium, infra de lib. præter. circ. fi.* ibi enim reſpondẽdo tacitæ obiectioni, textus inſinuat, quod filius præteritus nõ habebat tãtum iuris, ſicut exheredatus, quia exheredato prouidebatur per *d. l. quoniam, in prioribus.*

4 Contrariam ſententiam † defendunt Bart. *hic nu. 2. & d. l. ſuus,* ita intelligens gloſſam in verbo, *non prohiberis hac l. Caſtr. nu. 8. Alex. nu. 8. Iaſ. nu. 19. Iohan. ab Imol. in l. fin. ff. de cond. inſtit. Salyc. in l. quoniam in priorib. ſupr. de inoff. teſtam. Guil. Bened. in c. Raynut. extr. de teſtam.* in verb. *deliquit, nu. 28. Rodor. Soarez. in repet. d. l. quoniam in prioribus, ampliat. 1. Duennas reg. 368.* vbi hanc opinionem cõmunem dicit, quod etiam facit Paul. Caſtr. hic, dum ait, quod totus mundus Bartoli opinionem ſequatur, *Franc. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit. 18. n. 14. Hieron. Gabr. conſ. 131. nu. 14. Ferd. Vaſq. in explic. l. quoniam, ampliat. 49. incipit, legitima non patitur vllum grauamen, nu. 196.* vbi multos auctores in hanc rem accumulat, Mich. Graſ. in verbo *teſtamentum, q. 37. nu. 2. Emanuel a Coſta in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, part. 3. nu. 105.*

Mouentur ex ſequentibus fundamentis. Primo, *l. quoniam 33. ſupr de inoff. teſtam.* qua ſtatuitur, vt ſi conditionibus quibuſdam vel dilationibus, aut aliqua diſpoſitione morã vel modum, vel aliud grauamen introducente, eorum iura qui ad memoratã actionem vocabantur, imminuta eſſe videantur, ipſa conditio vel dilatio, vel alia diſpoſitio, moram vel quodcunq; onus introducens, tollatur.

Secundo allegant, *l. ſcimus 36. §. cum autem,* vbi ſi quis extraneo herede inſtituto, filio ſuo hereditatem reſtituere, cum morietur, diſpoſuerit, vel in tempus certum reſtitutionem diſtulerit, ſtatuit vt legitima pars non exſpectata morte heredis, nec temporis interuallo, reſtituatur.

Tertio, quod ſi illud quod minus videtur verum ſit, vtique illud quod magis, *l. ſi quando, ſupr. de teſtib. & c. cũ in cunctis, extr. de elect.* Minus autem verum videri, quod filius titulo fideicommiſſi contentus eſſe debeat, qui ex fortunæ incerto euentu pendeat, ita vt duntaxat conditionis incertum ſubmoueatur, *d. l. ſcimus, §. cum autem,* quam ſi honoratiori titulo inſtitutionis id factum eſſet.

Quarto, quod cũ hæ leges pertineant ad interpretationem *l. omni modo, ſupra. de inoff. teſtam.* quæ non ſolum videatur loqui de periculo inoffſicioſi querelæ, ſed etiam præteritionis, & aliis infirmationis cauſſis, quod conſequenter etiam generaliter accipiendæ ſint.

Vltimo, quod ea ſententia, quæ cauſſam teſtamenti aſſerat, atque in tuto collocet, in dubio præferenda videatur, *l. Papinianus, §. ſi. ff. de inoff. teſtam.*

In propoſita controuerſia † conſtituo 5 priorem ſententiam magis probabilem eſſe, ex cauſſis & argumentis, quæ ſupra commemorauimus. Nec eſt, quod nos ſuſceptæ aſſertionis loco depellant præſidia legum, quæ pro contraria parte in cauſſam deducta ſunt. Nam, vt omittam reſponſionem Raphaelis Fulgoſii & Caſtellionei, ꝙ cum hæ leges pertineant ad declarationem, *l. omni modo, & l. quæ nuper. eodem titulo,* & ibidem cauſſa præteritionis, in qua etiam eſt vitioſa inſtitutio, ſeparetur a teſtamento, quod ſolemne ſit, ſed per inofficioſi querelam ſubuerti poſſit, idem quoq; intelligendum ſit † in *l. quoniam.* Accedit quod nihil 6 prohibeat eandẽ legem ita intelligere, imo neceſſario hoc modo accipienda videatur, vt cõditiones poteſtatiuæ de legitima filiorum, qui in poteſtate ſunt, item aliæ conditiones caſuales & mixtæ, de legitima filiorum emancipatorum, item filiarum & nepotum remoueantur. Etenim conditionem poteſtatiuam hoc modo reiiciendam tradiderunt, *gloſſ. hic in dict. erat, Alexand. numer. 9. Rodor. Soarez. in 5. ampliat.* vbi addit, quod totus mundus hanc ſententiam ſequatur. Et hanc opinionem receptiorem fatetur multis auctoribus in hoc adductis. *Ferdinandus Vaſquius libro 1. de ſucceſſ. creat. §. 10. num. 224.* quamuis ipſe diſſentiat. *Michael Graſſ. in theſ. commun. opinion. in dict. teſtamentum, quæſt. 37.* abſurdum enim eſſet in illum caſum prouidere, qui ſecuritatem ex diſerta iuris definitione, quod ſcilicet teſtamentum ex hac cauſſa irritum redda-

Digitized by Google

reddatur, *l. Lucius. ff. de condit. & demonſtr. & hac noſtra lege*, accepiſſet.

Quibus fundamentis iactis ſuſceptæ pro-
7 pugnationis conſilium non † extorquebit, *l. ſcimus, §. cum autem, ſupr. de inoff. teſta.* nam exaudiri debet ſecundum naturam titul. cui eadem conſtitutio inſerta eſt, ſcil. quo filio exheredato vel emancipato, quis huiuſmodi fideicõmiſſum adſcripſerit, vel mater id in perſona filiæ feciſſet, quæ illam præterire poterat, *§. mater, Inſtit. de inoff. teſtam.* vt eandem legem accipiunt Alber. Decius & Donellus. Nec eſt, q́ quis exclamet hoc modo rem in manifeſtam diuinationem cõmitti, hoc enim illi concedere nõ poſſumus, quod neminem fugiat, teſtamentum in quo filius præteritus fuerat, nullius momenti cenſeri, *l. Gallus, §. in omnibus, ff. de liber. & poſth. hered. inſtit. l. inter cetera, eod. tit. & Inſtit. de exhæred. liber. in prin.* & idem obtinuiſſe etiã, ſi filius, qui in poteſtate erat, ſub conditione caſuali vel mixta heres eſſet inſtitutus, *l. ſuus, de libe. & poſth. hered. inſtit.* Certum autẽ eſt, illum
8 qui ipſo iure munitus eſt, † vel aliud remedium habet, quo legitimam portionem cõſequatur, ad inofficioſi querelam non admitti, ſecundum textũ expreſſum, *in §. tam autem naturales, Inſtit. de inoff. teſtam.* Porro in aliis perſonis quas ſupra deſignauimus non idem obtinebat, ſed illis ſuccurrebatur per inofficioſi querelam, & ab eadem etiam repellebantur, ſi quartam conſecuti fuiſſent, *l. Papinianus, §. inter quartã, ff. de inoff. teſtam.* Porro, quia cõditio fideicõmiſſo vel legato adſcripta, rem dubiã reddebat, an filius ſuæ legitimæ portionis commodo potiturus eſſet, *l. heres meus, ff. de cond. & demonſtr.* recte hoc caſu ad inofficioſi accuſationẽ proſilire poterat. Hoc igitur incomõdum vt diſcuteretur Iuſtinianus ſtatuit, ſublata conditione & omni dilatione remota, filio legitimam portionem repræſentandam eſſe, quæ cum ita ſeſe habeant, etiam reliqua argumenta facile locum datura ſunt, quod eiuſdem cõſiderationis impetu plane proſternantur.

Ex his itaque apparet, adhuc ſaluam eſſe definitionem noſtræ legis: ſed in dubiũ re-
9 uocõ, an nepotes, quorum † parens iam rebus humanis exemtus erat, in eadem cauſſa recenſeri debeant, vt ſub conditione caſuali & mixta inſtitui non poſſint. Qua in diſceptatione rurſum repudiata opinione gloſſæ, hic in dictione, *erat*, Bartoli *num. 3.* Caſtrenſ. *num. 7.* Salyc. *nu. 9.* Philip. Cornei *nu. 9.* Iaſon *nu. 16.* Roderici Soarez *in d. l. quoniam, in ampliat. 4.* Philip. Decii *hic nu 14.* vbi hanc opinionem communem eſſe profitetur, conſtituo amplectendam ſententiam Fulgoſii *hic nu. 5.* Raphaelis Cumani *in l. ſed et ſi conditioni 6. ff. de hered. inſtit. § nepotes, nu. 1* Iohan. *ab Imol. n. 10.* Alex. *hic nu. 8. gloſſ. in l. 3. §. ſi ſub ea, ff. de bon. poſſeſ. contr. tab. Duaren. ff. de hered. inſtit. Cuiacii in d. l. ſed cap. 4. ſi conditioni, §. ſi nepotes*, exiſtimantium nepotes ſub qualibet conditione inſtitui poſſe, quod hanc aſſertionem indubitata iuris noſtri reſponſa cõmendent. Primo, *l. ſuus 4.* quæ ex variis cauſſis ad hoc induci poteſt. Secundo, *l. ſed ſi cõditioni 6. §. nepotes, ff. eod. tit.* Tertio, *l. 1. §. ſciendum, ff. de ſuis & legit. hered. inſtit.* Quarto, *l. 3. §. ſi ſub ea, ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabul.* Quinto mouet diſtinctio tradita, *Inſtitut. de exhered. liber. in princ.* Nec ſuſtinendos puto aduerſarios, qui eoſdem textus intelligant de nepotibus, quos pater viuus ordine præcederet, hanc enim interpretationem illa abſurditas conſecutura eſt, vt reſponſa legũ, quarum mentionem fecimus, de quæſtione indubitabili intelligantur. Accedit quod *d. l. ſuus, item §. nepotes, & § ſciendum*, huiſmodi expoſitionem plane refellant, multo minus negotium exhibebit *l. poſthumorum, ff. de iniuſt. rupt. irrit. fact. teſtam* vbi nepotib. poſthumis, vel aliis qui poſthumorum loco ſunt, tãtum iuris tribuitur, quantũ filiis. In promtu enim ſolutio eſt, quod idẽ iuris habeant in rumpendo teſtamento, cum pater de huiuſmodi euentu tam in perſona poſthumi filii, quam poſthumi nepotis, & eorum qui poſthumorum loco ſunt non videatur cogitaſſe, vnde cum vtrobiq; eadem ratio interueniat, idem ius quoque probandum eſt. Et ſi quis vrgeat rationem differentiæ inter nepotem, quem nemo præcedat, & perſonam filii, qui ſuus ſit, hic quod expedite reſpondeam, non habeo, quam quod conſtituam gradus prærogatiuam illud conciliaſſe, vt etiam accidiſſe animaduertimus in cauſſa exheredationis, *Inſtitut. de exheredat. liber.* de qua re *in l. maximum vitium, infr. de lib. præter.* Nec mutat conſideratio ipſius Decii, Iaſonis, & aliorum, quod hoc modo duriſſima cõditio nepotis futura ſit, qui ſecundum hanc interpretationem, tota hereditate auita fraudari poſſit. Hũc enim nodum quidam ita diſſoluendum ſtatuunt, vt deferant ipſi nepoti bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, *l. 2. §. qui ſub conditione. ff. de bonorum poſſeſſ. ſecundum tabul.* E-
go vero † conſtituo hanc bonorum poſſeſ- 10

ſionem neceſſariam non eſſe, cum ex *l. quoniam in prioribus, & l. ſcimus, §. cum autem, ſup. de inoff. teſt.* edoceamur, huiuſmodi cõditiones pro non ſcriptis haberi, vel pro illa portione quæ legitima eſſet, reiici. Vnde ſuperuacuam quæſtionẽ puta, an per Nouell. *115. §. aliud autem capitulum*, definitio *d. l. ſuus, ff. de hered. inſtit. & d. l. ſed ſi conditioni, §. nepotes*, ſublata ſit, cum nedum filius, ſed etiã nepos præteritus teſtamentum irritum conſtituat. Nam cum in cauſſa exheredationis differẽtia inter filios & nepotes, maſculos & fœminas ſublata ſit, *l. maximum vitium, infr. de lib. præter.* non mirũ videri debet, ſi ibidem præteritio nepotis, tm̃ poſſit, quantum filii: nos autem loquimur de illo nepote, qui non omnino p̃teritus eſt, ſed qui inſtitutus ſit ſub conditione caſuali & mixta, vbi nihil nominatim mutatum eſſe intelligimus, quã quod conditio reiiciatur, quamuis reuera hic dubitari poſſit, an §. *ſin autem, l. ſcimus, ſupra de inoff. teſtam.* eo caſu, quo nepos nullo modo inſtitutus eſſet, ſed ei fideicommiſſum per conditionem adſcriptum foret, teſtamentum ipſo iure infirmet, cum inſtitutionis titulo honoratus non ſit, §. *ceterum, dict. Nouell. 115.* quod ſane putarem. Sed malim hãc quæſtionem maturiori deliberationi ſeruare.

11 Huic inſpectioni cognata & alia † quæſtio eſt, *an quæ hic ſtatuuntur de filio, quod in euentum deficientis conditionis exheredari poſſit, etiam antiquata ſint per dict. Nouell. 115. §. aliud autem capitulum, quo cauetur exheredationem non tenere, niſi ex quatuordecim cauſſis fiat, quarum vna vel altera nominatim teſtamento comprehendatur.*

Qua in deliberatione breuiter in perſona filii conſtituendum puto, exheredationem non valere, niſi nominatim cauſſa exheredationis addita ſit, veluti, *quamuis filio meo impio, qui manus mihi inferre nõ dubitauit, merito nihil relinquere debuiſſem, tamen ſi in patria morabitur, vel matri quoad viuet obtemperabit, eundem heredem inſtituo, & in euentũ quominus pariturus ſit, illum exheredo.*

Notandum autem ex noſtra lege eſt, inter conditiones mixtas recenſeri, quæ fortuitis caſibus obnoxiæ ſunt, quamuis prima
12 facie promiſcuę videbantur, † veluti, *ſi filius meus ex Hiſpaniis, vel Alexandria reuertatur, eundem heredem inſtituo.* Cũ enim multi fortunæ caſus terra & mari cõditionis euẽtum præcidere poſſint *l. 2. 3. & ſeq. ff. de condictio. cauſ. mort.* recte hæc conditio inter mixtas collocatur, multo igitur magis illud probandum erit, ſi etiam cauſſam libertatis onerare poſſint, veluti ſi Romæ, aut in patria ſua toto vitæ ſuæ tempore morabitur, *arg. l. Titio centum 71. §. 2.* vbi Bald. & Caſtr. hoc idem obſeruarunt. De aliis conditionibus diſſeremus *in l. ſi quis heredem, h. t.*

Lex, Reprehendenda 5.

Svmmaria.

1 *Conditiones, quæ cœlibatum inducunt pro nullis habentur.*

2 *Pecuniæ lucro, concordiam maritalem præferendam eſſe.*

3 *Differentiæ inter filium & nepotem, qui ſub turpi conditione inſtituti ſint.*

CVm leges noſtræ conſilia & conatus illorum deteſtentur, qui matrimonium adſcripta conditiõne cœlibatus impedire non dubitant, adeo vt huiuſmodi † conditiones pro nullis habeant, *l. filiæ ſuæ 28. ff. de condit. & demonſt. l. ſed etſi hoc 62. §. fi. l. cum tale 72. §. ſi arbitratu, ff. eod.* multo iuſtiori ex cauſſa id facile intelligetur, ſi cõcordans matrimonium, & fortaſſe liberis ſubnixum, *l. 1. §. ſi ff. de liber. exhib. Item l. filia 20. ſupr. de inoffic. teſt.* hoc modo diſſoluere velint. Merito itaq; Imperatores inuehũtur in Maximam, quæ preces a decoro abhorrẽtes obtulerat, quod cum mater illam ſub hac conditione heredem ſcripſiſſet, ſi a marito diuertiſſet, idque fortaſſe ex præcipiti indignatione feciſſet, eandem facto comprobaſſet, iubent itaq; illam redire ad maritum, duas huius reſcripti rationes ſubiicientes: Primam, quod pecuniæ lucro † concordiam maritalẽ præferre debuerat, *vt l. Iulianus 26. ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. Item l. miles 11. §. ſocer, ff. ad l. Iuliã de adult.* Deinde, quod huiuſmodi conditio tanquam impoſſibilis, *l. obtinuit, ff. de cond. & demonſt.* ratione turpitudinis ſuæ, *l. conditiones 14. ff. de cond. inſtit.* pro nõ ſcripta habeatur, *d. l. obtinuit, & d. l. conditiones.* Qua in re obſeruandum communi noſtrorum doctorum ſententia diſcrimen † conſtitui, inter cauſſam filii & reliquarum perſonarũ, vt ſiquidem filius ſub conditione turpi inſtituatur, totum teſtamentum corruat, in aliis aũt conditio reiiciatur, *l. filius 15 ff. de cond. inſtit. Iaſ. in l. ſi pater h. t. num. 20. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. creat. lib. 1. § 10. nu 428.*

Lex, Generaliter 6.

Svmmaria.

1 *Natura atque effectus dictionis alternatiuæ.*

2 An

2 *An oratio per dictionem, vel, per modum conditionis prolata, ſit coniunctiua an vero diſiunctiua?*

3 *Obſeruatio auctoris ſpectandam eſſe perſonam ſtipulantis, non promiſſoris, vt hac oratio diſiũctiua dicatur.*

4 *Quare oratio diſiunctiua in noſtra lege in coniunctiuam reſoluatur?*

5 *An ad effectum huius conditionis, ſi quis ſine liberis deceſſerit, ſatiš ſit, quod proles ſuſceperit, quamuis illa poſtea perierint.*

6 *An differentia ſit inter has conditiones, ſi moriatur ſine prolibus, & illam ſi liberos non habuerit, diuerſæ doctorum ſententiæ.*

7 *Filii in hac verborum conceptione: ſi frater meus heres inſtitutus ſine liberis deceſſerit, Titium ſubſtituo: an ſint in conditione, an vero in diſpoſitionẽ cum vtilitate huius inueſtigationis.*

8 *Auctores qui filium conſtituant duntaxat eſſe in conditione.*

9 *Tredecim argumenta, quibus hac opinio defendi poſſe videatur.*

10 *Contraria ſententia aſſertores, filium eſſe in diſpoſitione cum argumentis tredecim.*

11 *Animaduerſio auctoris in vtramq; ſententiam.*

12 *Diſtinctio eiuſdem auctoris, filios, ſi perſonam ſubſtituti ſpectemus, eſſe in diſpoſitione, ſi vero intueamur perſonam patris, illos cẽſeri in conditione.*

13 *Vera interpretatio l. Lucius 85. ff. de her. inſt. & n. 15.*

14 *Ad effectum conditionis ſufficere, ſi vel momento extiterit.*

16 *Quid obtineat in l. Lucius, ſi frater heres eſſe noluerit.*

17 *Si inſtitutus hereditatem adierit, & tempore aditionis liberos habuerit, ſubſtitutus plane excluditur.*

18 *Si inſtitutus ſub hac conditione hereditatem adierit, filios tamen non habuerit, adhuc ſubſtitutus excluditur.*

19 *An mortuo patre ante aditam hereditatem, filii ex ſubſtitutione ſuccedant, ardua quæſtio, cum deciſione auctoris.*

20 *Faciliorem eſſe ſubſtitutionis inducendæ rationem, quam inſtitutionis.*

21 *Verba conditionalia etiam diſpoſitionem continere, ſi veriſimilia argumenta voluntatis ipſius teſtatoris interueniant.*

22 *Hereditatem non aditam non tranſmitti.*

23 *Non videri veriſimile, quod frater fratris ſui filiis alienandi poteſtatem concedere voluerit, & fratri proprio denegare.*

24 *Onus fideicommiſſi quis in dubio irrogare non videtur.*

25 *An dos a patre data prolibus ex matrimonio procreatis, ad eum reuertatur.*

26 *In contractibus vtriuſque contrahentis animum ſpectari.*

27 *Conditionalis oratio, in dubio diſpoſitionem continere non ſolet.*

28 *Quo quis propiori eſt gradu, eo dilectior eſſe cẽſetur.*

29 *Intellectus §. fin. huius noſtræ legis.*

30 *Quomodo legata nutu relinqui poſſint.*

31 *In teſtamento loco formæ requiri, vt filius inſtituatur, vel exheredetur.*

32 *An duo ablatiui abſolute poſiti, ſemper conditionem contineant.*

33 *Interpretatio l. fideicõmiſſa, §. hæc verba, ff. de leg. 3.*

34 *Hæc verba, ſi ſine liberis deceſſerit, diſpoſitionem cõtinere videntur, ſi teſtator inſſerit bona in familia conſeruari.*

35 *Filios videri eſſe in diſpoſitione, ſi teſtator eos fideicommiſſo obſtrinxerit.*

36 *Qui non iudicio ſed fortuito caſu ad commodum hereditatis peruenit, legato vel fideicommiſſo onerari non poteſt.*

37 *Filii in conditione poſiti ſubſtitutum vincere nõ dicuntur, ſed ipſe ſubſtitutus deficiente conditione, non admittitur.*

38 *Explicata l. peto, ff. de legat. 2.*

CVm a propria verborum ſignificatione diſcedendũ non ſit, vt multis in locis noſtri ICti monent, *l. 4. ff. de leg. 1. l. non aliter, ff. de legat. 3. l. Labeo, ff. de ſuppell. legat. l. ſi alii, ff. de vſufr. legat.* & natura † atque propria ſignificatione dictionis alternatiuæ 1 cõtineatur, vt alterutrum præſtetur; *l. cum pupillus 78. §. 1. ff. de condit. & demonſt. l. plerunque, §. fi. ff. de iur. dot. c. inter ceteras, extr. de reſcrip. c. in alternatiuis, de reg. iur.* & e diuerſo oratio coniunctiua ad veritatẽ ſui vtrumq; requirat, *l. 5. ff. de condit. inſtit. l. ſi quis ita 129. ff. de verb. oblig. §. pen. Inſtit. de here. inſtit.* non immerito dubitatum eſt, q̃d probandũ eſſet in illa ſubſtitutione; ſi filius vel filia inteſtatus vel inteſtata, vel ſine liberis, aut ſine teſtamento deceſſerit, & ipſe vel ipſa liberos vel liberas ſuſtulerit, ſiue nuptias contraxerit, ſiue teſtamentum fecerit; & vna conditio dũtaxat impleta eſſet, an ſubſtitutioni locus ſit. Cardo quæſtionis in † eo ver- 2 ſatur, an hæc oratio per modum conditionis prolata ſit cõiunctiua, an vero diſiũctiua, Et q̃uis multi exiſtiment eſſe cõiunctiuam, *l. ſi is, q ducẽta 13. §. cũ ita, ff. de reb. dub.* vbi hæc verba ad propoſitũ facientia occurrũt: *Cum ita ſtipulationem concipimus, ſi hominẽ aut fundum non dederis, centum dare ſpondes, vtrumq; enim faciendum eſt, ne ſtipulatio committatur.* Ego tamen non † dubito hanc ipſam ver- 3 borum conceptionem, eſſe alternatiuam, quod illud coarguant hæ voces, vel, aut, ſiue. Sed ne erremus, ſpectare debemus perſonam ſtipulatoris, non autem promittentis. Vt enim ſtipulator pœnam exigere poſſit, ſatis eſt, quod alterutrum non euenerit. Porro, ſi perſonam promittẽtis intueamur, habebit hic ſermo naturam coniunctionis, vt enim pœnam euadat, vtrumque implere debet, *dict. leg. ſi is, qui ducenta 13. §. cum ita; & § vtrum, Cuiacius libr. obſeruat. 4. cap. 3. Nicolaus Euerhard. in loco a natura alternatiuæ*

Digitized by Google

rum, numer. 8. Robert. lib. ſecundo recept. ſentent. cap. 22. Donell. in dict. §. vtrum, præterea Bart. Caſtrenſ. & alii. Hottoman. 3. obſeruat. 1. quod ſane alienum a natura alternatiuarum eſſe, apparet ex *l. cum quærebatur 13 ff. iudic. ſolui. l. ſi quis ita ſtipuletur 129 ff. de verborum obligat. item l. ſi ita ſtipulatus fuero 109 eodem.* Ratio tamen differentiæ colligi poteſt, a natura ipſius conditionis, quæ referri ſolet ad præcedenti, nam ſi quid diſiunctim in ſtipulationem veniſſet, putamus hoc caſu hanc verborum conceptionem vere alternatiuam eſſe. Quod ſi vero coniunctim quædam in ſtipulationẽ deducta eſſent, eadem quoque repetita eſſe cenſebuntur in conditione pœnali, *dict. §. cum ita, & §. vtrum: Item l. ſæpe ita comparatum eſt 53 ff. de verborum ſignificat.* Porro, ſi nulla conuentio præceſſerit, ſed ipſa ſtipulatio a conditione cœperit, hic vtrumque ſtipulatus cenſebitur, *d. §. cum ita.*

Quibus cognitis abſurdum videri poſſet, quod Iuſtinianus hic directe contrarium in cauſſa ſubſtitutionis cõſtituat, ſcilicet, quod ad illum ſubmouendum ſufficiat, vnam cõditionem eueniſſe, quod vel nuptias cõtraxerit, vel liberos ſuſceperit, vel inteſtatus
4 deceſſerit. Sciendum † itaque eſt, Iuſtinianum, non tam vim conditionis propoſitæ ſpectaſſe, quam mentem & voluntatẽ ipſius teſtantis, quemadmodum id fieri ſolet, *l. in conditionibus 19. ff. de condition. & demonſtrat.* vt ait Vlpi. *quod in cõditionibus primum locum habeat voluntas defuncti, eaque regat conditiones.* Nam hoc etiam in aliis caſibus euenire videmus, vt oratio coniuncta pro diſiuncta, & contra diſiuncta pro coniuncta accipiatur, *l. ſæpe ita comparatum eſt 53. ff. de verborum ſignificat.* Si enim maritus ita teſtamento ſuo loquatur; Quæ vxori meæ dedi aut donaui, illã retinere volo, diſiunctiua pro coniunctiua habebitur. Contra in illa oratione, agnatorum & gentilium ſit tutela vel cura impuberum: hæc oratio in diſiunctiuam reſoluitur, *dict. l. ſæpe ita comparatum eſt.* Idem etiam euenire videmus *in l. ſi Titio, ff. de vſufruct. legat.* Hinc ſi quis teſtamento ſuo Iuriſconſultis & Medicis aliquid reliquerit, vt legatum ſinguli conſequantur, nõ requiretur vtraq; qualitas. Inde etiã ſi quis inſtituerit Titium & eius filios, filii cum Titio in hereditate non concurrent, ſed denique poſt mortem admittentur, vt declarant Doctores *in l. Gallus, §. primo, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtitut.* de qua controuerſia tamen, quid ſentiamus ibidẽ dilucide expedimus.

His ita enucleatis dirimenda illa quæſtio erit, *an ſi quis aliquẽ filio vel fratri ſuo, cum illos heredes inſtituiſſet, ita ſubſtituiſſet, ſi moreretur ſine † liberis ſatis ſit, quod proles ſuſceperit,* 5
quamuis poſtea perierint, deinde an huiuſmodi filii ſint in diſpoſitione, an vero in conditione. Prima quæſtio expeditã interpretationem habet ex *l. ex facto 17. ff. ad SC. Trebellian. §. ſi quis autem ſuſceperit*, vt obſeruarunt etiam ibid Bart. Caſtren. & Alexan. Ratio illa eſt, quod qualitas adiuncta verbo, debeat intelligi ſecundum tempus & determinationem verbi, *l. in delictis, ff. de noxalibus action. §. ſi extraneus, l. Titius 25. ff. de teſtamen. milit. l. 2. & 3. ff. de auro & argen legat.* Plane an aliud probandum ſit, ſi verba ita cõcepta fuerint, ſi liberos non habuerit, in controuerſiam vocari poſſit, *argum. l. cum vxori, infr. quand. dies legat. vel ſideicommiſſ. cedat.* quæ ita concepta eſt: *Cum vxori vſusfructus fundi legatur, & eius proprietas † cum liberos habuerit, nato filio* 6
ſtatim proprietatis dies legati cedit, nec quicquã obeſt, ſi is decedat. Paul. Caſtrenſ. ibidem num. 3. Cumanus l. in ſubſtitutione 31 ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. eundem textum declarãt, ſecundum *d. l. ex facto, §. ſed etſi ſuſceperit*, vt non ſatis ſit illum proles ſuſcepiſſe, niſi ſuperuixerint, & quamuis a Corneo *ibid. n. 2.* reprehenditur, quod verba textus aperte repugnare dicat, ſtatuente, ſubſtitutum excludi, etiamſi eo tempore quo moriatur, proles non habeat, quod & ipſum tradiderunt *Alber. de Roſa. in dict. § ſed ſi ſuſceperit, Bart. & Alexand. in l heredibus 77. ff. ad Senatuſconſultum Trebell. arg. eius textus. Item Franciſ. Mantic. de coniect. vltim. volunt libr. 11. cap. 6. numer. 3. Barth. Socinus in l. ſolemus, ff. de condit. & demonſt. numer. 3. Iaſon in l. in ſubſtitutione, ff de vulg. & pupill. ſubſtit. num. 10. Michael Graſſ. in theſ. commun. opinion. in verb. fideicommiſſum, quæſt. 33. Tiraquell. in l ſi vnquam, infra, de reuocand. donat. nu. 190.* tamen præferendam eſſe putarem obſeruationem Caſt. cum hæc ſint ſeparata, an alicui legetur, cum proles habuerit, tunc enim ſufficit ſemel habuiſſe, *d. l. cum vxori*, aut cũ filios educare cœperit, *vt l. heredibus 77. ff. ad SC. Trebell.* an vero quis ſubſtituatur Titio, ſi filios non habuerit, intelligi enim debet de tempore mortis ipſius Titii, *dict. §. ſed etſi ſuſceperit.* Fatendum tamen & hæc verba aliquid ambiguitatis cõtinere, cum etiã ita intelligi poſſent, ſi liberos non ſuſtulerit. Vnde tabelliones ad tollẽdam dubitationẽ, q̃ ex huiuſmodi verbis oriri

Digitized by Google

oriri ſolet, addunt hanc clauſulam, Quod ſi moriatur ſine prolibus, quæ ſuperſtites ſint, quamuis hoc neceſſarium non ſit, eo caſu, quo ſcripſerit, ſi ſine liberis decedat, *vt ſupra oſtendi.*

Secunda quæſtio laborioſam habitura eſt expoſitionem, ſi vel ſuffragia Doctorum recenſere, vel rationes, quæ vltro & citro pu-
7 gnare videantur, complecti † velimus. Vtilitas autem huius inueſtigationis inde æſtimanda eſt, quod ſi conſtituamus, filios eſſe in diſpoſitione, pater bona ſibi hoc modo relicta, nullo pacto alienare poſſit, *l. res quæ ſubiacet, inf. commun. de legat. & fideicomm.* Eſt deinde & alia, quod ſi ſtatuamus, filium eſſe in conditione, non cogatur fideicommiſſa a ſe relicta præſtare, *l. ab eo, inf. de fideicommiſ.* neque etiam illa, quæ a parente relicta ſint, quod iudicio teſtatoris non ſuccedat, *l. 1. §. illud certe, ff. de legat. 3.* Sunt & aliæ vtilitates, quas conſiderat Menoch. *lib. 4. præſ. 76. num.*
8 *96.* filium duntaxat eſſe in † cõditione, ita vt non vocetur ex teſtamento, ſed ab inteſtato duntaxat ſuccedere poſſit, ſi bona ſuperſint, pronuntiant, gloſſ. *in d. l. Lucius, ff. de hered. inſtit. Bart. ibid. nu. 1. item Alban. Pom. Panzirol. Alphan. in addit. Ioan. ab Imol. nu. 2. Ang. num. 2. Bald. num. 5. Raph. Cuman. num. 6. Alex. in l. 1. ſupr. de tranſact. num. 10. Dec. num. 15. Iaſ. num 10. Socin. num. 6. Alciat. num. 15. Ripa nu. 7. Curt. Iun. num. 13. Purpur. num. 120. Anton. Gomez. variar. reſol. tomo 1. c. 5. num. 42. Ioan. Cephal. conſil. 120. num. 3. Franc. Burſat. conſ. 51. nu. 7. volum. 1. Couarr. in c. Raynutius, §. 3. num. 2. de teſtam. Iul. Clar. lib. 5. ſentent §. teſtamentum, q. 77. num. 1. Caſt. in l. cum acutiſſimi, C. de fideicom. num. 4. Boer. deciſ. 147. nu 15. Barth. Socin. in l. cum auus, ff. de condit. & demonſtrat. num. 11. Raphael Comenſ. Roman. Guid. Pap. Ioan. de Anania, Socin. Iunior, Corneus, Curtius Senior, Claudius, Petr. Bertrand. Gozadin. Rip. Rubeus. Pariſ. Cotta, Crauett. Gratus, Ioan. Dilect. quos refert Iul. Clar. d q. 77. Ferd. Vaſq. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 1. §. 4. num. 3.* vbi hanc in ſententiam præter cõmemoratos laudat Rod. Soarez. Bened. Capr. Waldenſ. Fortuniũ, Galliaul. Accedunt Petr. de Anchar. Ioan. And. Oldrad. Aret. Dec. Mantuan. quos etiã commemorat Ant. Gabr. *d. concluſ. 4. num. 1.* His adiicere licebit Rubin. Port. Torniel. Natt. Merſar. Tiraquell. Eman. Soar. Nic. Euerh. Sfort. Oddum. Roland. a Vall, quos refert & ſequitur Michael Graſſ *in theſaur. commun. opin. in verb. fideicommiſſum, q. 13. num. 1.* His accedunt Emanuel a Coſta *in cap. ſi pater, in verb. abſque liberis, n. 24. de teſtam. in 6.* Zanch. *in l. heredes, §. cum ita, ff. ad SC. Trebell. nu. 242.* Franc. Duaren. *ff. de condit. inſtit. c. 5. verſicul. quæſtio eſt agitari ſolita.* Iacob. Cuiac. *in l. Lucius, 2. ff. de hered. inſtit.* Franc. Hotoman. *illuſtr. quæſt. lib. 1. q 13.* Æmil. Ferret. *in l. 1. C. de pact. num. 6.* Anton. Faber *coniect. lib. 13. c. 16.* Zaſ. *in tract. de ſubſtit. c. fin.* Marc. Aquilin. *in l. Gallus, & quid ſi tantũ, n. 12. ff. de lib. & poſth. hered. inſtit.* And. Gail. *pract. obſer. lib. 2. c 186. n. 18.* vbi ait ita pro tribunali Spirenſi iudicatum eſſe. Corneus *in l. 1. nu. 4.* vbi hanc opinionem communem dicit.

Pro defendẽda hac † ipſa aſſertione mul- 9
ta argumenta cõſiderari poſſunt. Principio lex, in cuius enarratione verſamur, in verb. ſeq. *Cui enim ferendus eſt intellectus, ſi forſitan quidem teſtamentum non fecerit, poſteritatẽ autem habuerit, propter huiuſmodi verborum anguſtias liberos eius, omni pene fructũ paterno defraudari.* Ait enim lex, *paterno, nõ auito*, quaſi inſinuare velit, quod ſi hic nepos cogatur refundere, quæ patri ex ſucceſſione aui quęſita, & iam fortaſſe alienata erant, cogatur ſubſtantia paterna pene carere.

Secundo confirmari hæc ſententia poteſt arg. huius legis, §. fin. in verb. ſeqq *Et intellectu optimo his, qui ad ſubſtitutionem vocantur, obſiſtente, & non concedente ad eos eam partem venire, ſed ad filios, vel filias, nepotes, vel neptes, pronepotes, vel proneptes morientis tranſmittente.* Ex quibus verbis euidenter colligitur, filios non iure fideicommiſſi, aut ſubſtitutionis, ſed tranſmiſſionis, quæ fiat ab inteſtato, ad huiuſmodi commoda peruenire poſſe.

Tertio confirmat hanc ſententiam *l. filiusfamil. 114. §. cum erit, ff. de leg. 1.* in verb. ſeq. *Cum erit rogatus, ſi ſine liberis deceſſerit, per fideicommiſſum reſtituere: conditio defeciſſe videbitur, ſi patri ſuperuixerint liberi, nec quæritur, an heredes exſtiterint.* Quod ſane dici nõ poſſet, ſi huiuſmodi liberi ex teſtamẽto ad hereditatem inuitati fuiſſent.

Quarto commendare hanc ſententiam poſſunt *l. ſi quis eum 16. §. fin. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ex facto 19 ff. de hered. inſt. l. ſi mater 33. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. l. Gallus, §. in omnibus, §. quidam recte, ff. de liber. & poſth. hered. inſt. l. fin. ſup. de hered. inſt. §. in primis, Inſtit. de fideicom. hered.* Ex quibus colligimus, filiũ non intelligi heredem inſtitutũ ex illa cõmemoratione, ſi filius meus me viuo moriatur, neq; per argumentũ a cõtrario ſenſu, *ſi Titius mihi heres nõ erit*, ſed vtrobiq; requiri

directam inſtitutionem, de qua quæſtione ſuo loco fuſius.

Quinto, quod ea, quæ ſint in conditione, non ſint in obligatione, *l. ſi quis ſub conditione 8. ff. ſi quis omiſ. cauſſ. teſtam.*

Sexto *l. 1. ſupr. de pactis*, vbi de illa re copioſius diſſeruimus.

Septimo allegatur *l. ex facto*, §. *ex facto*, *ff. ad SC. Trebellian.* quæ tamen meo iudicio parum vrget.

Octauo *l. poteſt, cum l. ſeq. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* item *l. ſi quis ita heres inſtituatur 82. ff. de hered. inſtit.* Ex quibus intelligimus, huiuſmodi filios ab inteſtato ſuccedere.

Nono Franc. Mant. qui prima argumenta pro maiori parte ordine recenſet, vt etiam facit Andr. Fachin. *lib. 4. illuſtr. controuerſ. c. 51.* vtitur huiuſmodi argumento ex ſententia ſui præceptoris Hieronymi Tornielli, quod ea, quæ fauore alicuius recepta ſunt, non debeant in odium ipſius retorqueri, *l. quod fauore, ſup. de legib.* atqui hanc conditionem eſſe adſcriptam fauore ipſius heredis inſtituti, vt hoc modo exoneraretur.

Decimo expendi poterit, argumentum pro contraria parte allegatum, quod cum alienum videatur, ſi vnum & idem verbum inæqualiter determinet *l. Lucius 45. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. fin. infr. de ſentent. & interl. omnium iudic.* tamen aſſerere ſuſtineamus, quod vnum & idem verbum patri hereditatem directo deferat, filiis autem indirecte, & per fideicommiſſum.

Vndecimo, quod ea, quæ ſunt conſilii, & conceptæ ſpei, non videantur vllam obligationem contrahere, ſed ipſius arbitrio, cui aliquid relictum ſit, permiſſa, *l. generali 32. ff. de vſu & vſufruct. legat. l. filiusfamilias 114.* §. *Diuus Seuerus, ff. de legat. 1.* Vnde cum fratrem ſuum quis pure inſtituit, & aliquem ei ſub illa conditione, *ſi ſine heredibus deceſſiſſet, ſubſtituit*, non videtur illum animum habere, vt fratri ſuo, & parenti illorum auferat poteſtatem de his rebus diſponẽdi, quæ velit: tamen in illa opinione, & ſpe verſatur, q; ſi nihil ex his, vel cauſſa neceſſitatis, vel alia minuerit, quod etiam filii ipſius poſſint ad huiuſmodi compendium peruenire, excluſo inſtituto, vel alia bona loco illorum conſequi.

Duodecimo Socinus & Emanuel de Coſta huiuſmodi dilemmate hanc ſententiam defendere nituntur. Aut enim contendis, aiunt, in ſpecie, *l. Lucius, ff. de hered. inſtit.* liberos poſitos in conditione præferri ex teſtamento, aut per quaſi fideicommiſſariam ſubſtitutionem, aut per quaſi directam ſubſtitutionem. Fideicommiſſaria ſubſtitutio in propoſita ſpecie locum habere non videtur, quod nec ſubiecta materia, nec conditiones aliquæ in lege poſitæ, huiuſmodi interpretationem fideicõmiſſi patiantur, maxime, quod vbi heres inſtitutus decedit ante aditam hereditatem, vt in textu allegato, fideicommiſſum euaneſcat. *l. ille a quo, §. 1. & l. ita tamen, §. Marcellus, ff. ad SC. Trebellianum.* Pari ratione nec directa ſubſtitutio hoc caſu defendi poterit, cum ex coniecturis illa induci nequeat, *l. ex facto 19. ff. de hered. inſt. & l. iubemus, ſup. de teſtam.*

Decimo tertio Ferdinand. Vaſqu. retorquet definitionem *l. Lucius, ff. de hered. inſtit.* in ipſos aduerſarios. Etenim cum *d. l. Lucius, 85. ff. de hered. inſt.* ita cõcepta ſit: *Titius frater meus ex aſſe mihi heres eſto. Si mihi Titius heres eſſe noluerit, aut quod abominor, prius morietur, quam hereditatem meam adierit, aut filium, filiamve ex ſe natum, natamve non habebit, tum Stychus & Pamphilus ſerui mei liberi, & heredes ex aquis portionibus ſunto.* Subſtituti igitur intelliguntur, non ſolum eo caſu, quo liberos non haberet, ſed etiam quo parens heres eſſe nollet. Vnde cum in arbitrio parentis cõſtiterit, an hereditatem repudiando ſubſtitutioni locum faceret, & ita etiam filios ſuos excluderet, multo magis eius voluntati permiſiſſe videtur, vt quæ de huiuſmodi bonis viderentur, ſtatuere poſſet.

Contrariæ ſententiæ aſſertores † ſe conſtituunt Oldrad. *in l. 1. C. de cond. inſert. & ibidem Alberic. num. 7. Salyc. in fin. Fulgoſ. num. 5. Cynus ibid. num.. Bald. conſ. 306. lib. 4. Specul. in tit. de teſtam. §. 1. in vlt. addit. Roman. in l ſi cum dotem, in princ. num. 39. ff. ſoluto matrim. Coraſ. lib. 2. miſcel. c. 19. Steph. Forcat. in ſuis dialogis c. 50. & 57. Ripa in l. centurio, num. 159. Raph. Cuman. in l. filiusfamil.* § *cum quis, ff. de leg. 2. Anchar an. Corn. Barbatias, Chaſſan. Florianus, Pariſ. & Marian. Socin. Iun. Gratus, quos refert Anton. Gabr. lib. 4. tit. de fideicom. concluſ. 4. num. 2. Dynus, Anton. de Roſſel. & Marian. Socin. Sen. relati a Franciſco Mantic. lib. 11. de coniect. vlt. volunt. tit. 2. num. 1. Iacob. & Menoch. conſil. 152. nu. 13.* vbi præter alios iam relatos idem ſentientes refert Iacobum Beluiſium, Ancharan. Curtium Seniorem, Gratum, Crauett. Thobiam Nonium, Cephalum, addens ex ſententia Socini Iunioris hanc opinionem magis communem eſſe. Eandem ſententiam quoque confirmant Ang. Math. *de legat. &* 10

Digitized by Google

gat.& fideicom.c.19.num.12. Decian.*conſil.3. num.48.lib.1.item conſ.103.nu.37.& ſeq.lib.2. Mantic.d.lib.11.coniecturar.vltimæ voluntat. c.2.num.13.Ioſeph.Ruſtic.in ſuis comment. an & quando liberi in conditione poſiti lib 1.c.2.Achil. Perſonal.in tract.de adipiſ.poſſ. in rubr.* vbi hãc opinionem magis communem dicit, And. Fachin.*lib.4.cap.51.* Mouentur autem variis argumentis.

Primo adducunt *l.Lucius 85.* quam in hac materia ita vrgere Alberic.Salyc. Menoch. Matheat.Fachin.arbitrantur, vt reſponſioni non ſit locus.

Secundo vrgent verba *d.l. Lucius*, nam prudens conſilium teſtantis animaduertitur: non enim ſolum heredem retulit ſubſtitutus,ſed & eius liberos. Vnde cum frater ex teſtamento vocetur,recte quoque inferri,quod filii eodem iure inuitati ſint, *argum. l.Lucius,ff.de vulg.& pup.ſubſtit.*

Tertio, quod cum in fideicommiſſis ſola voluntas ſpectetur, *l.in conditionibus 19.ff.de cond.& demonſt. l.pater Seueriana 101.§.conditionum, l.heredes,§.cum ita,ff.ad SC.Treb. & l. qui filium,eod.l.pen.inſ.de impub.& aliis ſubſtit.* & in præſenti quæſtione ſuffragentur manifeſtæ coniecturæ voluntatis ipſius teſtatoris, ꝙ etiam conſectariũ videatur, vt filiis fideicommiſſi compendium non inuideamus.

Quarto, non vulgare pondus huic aſſertioni deferre videtur, *l.inter ſocerum, §. cũ inter,5.ff. de pact.dotalib.* qui text. auctore Matheatio ſine cauillo euitari nõ poteſt, verba autem ita ſe habent: *Cum inter patrem puellæ, & generum conuenit, vt in matrimonio ſine liberis defuncta filia, dos patri reſtituatur, id actũ inter contrahentes intelligi debet, vt liberis ſuperſtitibus filia defuncta, dos reſtituatur.* Ergo, vt idem vrget Matheatius,filii poſiti in cõditione,ſunt etiam poſiti in diſpoſitione.

Quinto, quod,vt inſtat Coraſ.loco ſupra allegato, verba conditionalia etiam diſponant, cum veriſimiles coniecturæ animum teſtantis coarguunt,*l.auia 77.§.fin.ff.de cond. & demonſt.& l.ſi ita ſtipulatio, ff. de op.libert.l. vnum ex familia 67.§ fin.ff.de legat.2.l.Proculus,ff.de vſufruct.*

Sexto, quod idem quoque videatur inſinuare præſens noſtra lex, *§.fin. Item l.cũ acutiſſimi,inſ.de fideicom. l.cum auus 102.ff. de condit.& demonſt* quod in dubio quis ſuæ poſteritati conſuluiſſe videatur, & illis hereditatem reliquiſſe.

Septimo vrgent idem Ang. Matheat. & Rip.quod cum nutu legatum & fideicõmiſſum relinqui poſſit, *l.nutu,ff.de legat. 3.* conſequenter id reſpuere non debeamus, in his verbis, quæ voluntatem teſtatoris ſatis clare inſinuent.

Octauo, ꝙ hanc concluſionẽ cõmendet *l.Gallus,ff.de lib.& poſth.hered.inſt.* vbi ex ſententia Bart. & plurimorum ipſi aſtipulantiũ hæc verba: *Si filius me viuo deceſſerit*, inſtitutionẽ continere videntur,non inconueniẽs igitur eſſe, vt idem admittamus in præſenti inſpectione.

Nono his reſpondet *l.fideicommiſſa 11. §. cum eſſet*, vbi duo ablatiui abſolute poſiti, fideicõmiſſum inducunt, cum tamen ex traditione Scæuolæ *l.a teſtatore 109. ff. de condit. & demonſt.* in conditionem reſoluantur.

Decimo nõ abhorret ab hac definitione §.verba, *eadem l.fideicõmiſſa*, qui ita cõceptus eſt: *Rogo te fili,vt prædia, quæ ad te peruenerint, pro tua diligentia diligas, & curam eorum agas, vt poſſint ad filios tuos peruenire, vim fideicommiſſi continere dicuntur.*

Vndecimo, ꝙ cum filii poſiti in cõditione,excludant ſubſtitutũ,& ſubſtitutus ex teſtamento vocetur, debeant quoq; iudicari, tanquã teſtamento inſtituti eſſent,cũ is,qui ab inteſtato ſuccedit, cauſſam teſtamẽti ſuperare nequeat,*l.quamdiu,ff.de acq. vel omit. hered.item l.quamdiu,ff.de reg iur.*

Duodecimo, quod quoties quis remouetur a lucro fauore alicuius, illud lucrũ debeat applicari ei,cuius fauore & contemplatione ille excluditur, *l.poſt legatum,§.amittere,ff.de his quibus vt indign.l.penult. infr.de leg.* Ergo cum ſubſtitutus fauore filiorum excludatur, conſequens quoque videri, vt illi hoc emolumentum cedat.

Decimo tertio Ioan.ab Imo. allegat *l.peto,ff.de legat.2* item Mantic. *l.iubemus,§ ſi autem,ff.ad SC.Trebell.* eamque dicit in hac materia ſingularem.

In tanta Interpretum † noſtrorum contentione, & vltro & citro ingerentium ſeſe legum & rationum impreſſione, vix fuerit ancipitem animum, vel huic, vel alteri parti tuto, & qua optanda ſit, ſecuritate applicaſſe. Cum tamen quid ſentiã, expromendum ſit, *vt in l.1.ſupr. de pactis.* me alibi facturum, pollicitus fui, conſtituo neutram ſententiam in ea cauſſa eſſe, vt eandem quis ſimpliciter amplecti poſſit, non primam; quod ſcilicet colligere videatur, huiuſmodi filios nullo modo in diſpoſitione eſſe; non ſecundam; quod filios iure fideicõmiſſi muniat. Etenim, ſi perſonam † ſubſtituti ſpe- 12

(margin: 11)

ſtemus, filii cenſebuntur eſſe in diſpoſitione: Si vero intueamur perſonam patris, erunt in conditione, quæ res cum reſpondebimus ad *l. Lucius, ff. de hered. inſtit.* dilucidius a me explicabitur. Porro, in cauſſa fideicommiſſi, iudicarim priorem ſententiam magis probabilem eſſe, ſi eandem ex certis cauſſis moderemur, maxime cum ex his,
13 quæ ſupra complexi ſumus, appareat, *in* † *l. Lucius, ff. de hered. inſtit.* in cuius deciſione quaſi totam vim conſtituunt noſtri Interpretes, nõ tantum fiduciæ collocandũ eſſe, & neminẽ adhuc hactenus viderim, qui ad argumenta ſuperius allegata, maxime autem ad *ad l. ſi filiiſfamilias 114. §. qui erit*, recte reſponderit, aut qui eadem fundamenta omnia obſeruarit, vel cõuenienter perpenderit. Accedit, quod cum ex *l ſi quando, inf. quand. dies legat. ced.* item *ex l. ſi quis heredem, h. tit.* vbi de tali quæſtione latius diſceptamus, conſtet, ad vim huius vel ſimilis condi-
14 tionis ſatis eſſe, ſi † vel momento exſtiterit, & omnis diſpoſitio ſecundum temporis, & determinationẽ verbi ſui, reſtringi debeat, *l. in delictis, §. 1. ff. de noxal. action. & l. Titius, ff. de teſtam. milit. l. ex facto, §. ſi quis autem ſuſceperit, ff. ad SC. Trebell.* quòd non videatur eſſe ratio, quare cõtrarium defendere velimus. Statuo itaque, nos obſeruare debere, quid teſtator ſenſerit, vtrum ex præcedentibus, an ſequentibus de eius voluntate apparere poſſit *l. ſi ſeruus 50. §. fin. cum l. ſeq. de legat. 1.* inſpiciendas eſſe præterea coniecturas, quarũ plurimas perſequitur Menoch. *libr. 4. præſ. c. 76. num. 27.* Franciſc. Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib. 11. tit. 3.* Michael Graſ. *in theſaur. commun. opin. in verb fideicommiſſum, q. 14. & ſequ.* Anton. Gabr. *in loco ſupra allegato.* Quamuis reuera multæ cõiecturæ ſint, quæ ſatis periculoſæ videantur, vt Lector ipſe eas diſcutiendo deprehendere poteſt.

Quibus fundamẽtis iactis, cõſtituo mihi ſingula argumenta ſuo ordine diluenda eſ-
15 ſe. Vt † itaque initium faciam ab illis fundamentis, quæ pro vltima opinione conſtituta ſunt, primo *l. Lucius, ff. de hered. inſtit.* ſatisfaciendum eſſe animaduerto: *Cum Lucius Titius, qui fratrem habebat, teſtamento ſuo ita cauiſſet: Titius frater meus mihi eſt ex aſſe heres eſto: Si mihi Titius heres eſſe noluerit, aut (quod abominor) prius morietur, quam hereditatem meam adierit, aut filium filiam ve ex ſe natum, natam ve non habebit, tunc Stychus & Pamphilus ſerui mei liberi, & heredes mihi æquis partibus ſunto.* Ex propoſita formula quinq; quæſtiones naſci poterant. Prima, *quid iuris eſſet, ſi frater heres eſſe noluiſſet*: ſecunda, *quid probandum ſit, ſi adierit hereditatem, & tempore aditionis liberos habuerit*: tertia, *ſi adierit, & tẽpore aditionis nullos liberos habuerit*: quarta, *ſi ante aditam hereditatem deceſſerit relictis liberis:* quinta, *ſi poſt aditam hereditatem moriatur relictis prolibus, an is iure fideicõmiſſi teneatur.* Singulæ quæſtiones, ne inde aliqua cõfuſio naſcatur, ſeparatim ſoluendæ ſunt. Quod ad primam † quæſtionẽ attinet, ſi pater he- 16
reditatem repudiauerit, putamus ſubſtituto locum eſſe, *l. cum proponas, ſupr. de hered. inſtit. & l ſi paterfamilias 40. ff. eod. tit. Cuman. in d. l. Lucius, num. 5. Ioan. ab Imola nu. 2. Ferdinandus Vaſq. in loco ſupra allegato. Ang. Matheatius de legat. & fideicommiſſ. c. 19. n. 10. & pene omnes alii Doctores ſupra allegati.*

Secunda quæſtio expeditam † habet in- 17
terpretationem. Nam cum vtraque conditio defecerit, ſubſtituti nullo modo ad hereditatem admitti poſſunt, *l. ſi is qui ducenta 13. §. cum ita, & §. vtrum, ff. de reb. dub. & l. 5. ff. de condit. inſtitut.*

Tertia quæſtio plus difficultatis habere † 18
videbatur, propter definitionem *d. l ſi is qui ducenta, §. cum ita, & §. vtrum, ff. de reb. dubiis*, quæ inſinuare videtur, quod ſufficiat, vnam conditionem defeciſſe, & quod Stychus & Pamphilus non tam ſubſtituti, quam inſtituti videantur, cum teſtator ſcripſit, *heredes ſunto.* Hanc igitur diſceptationẽ ſuſtulit Iuriſconſultus Scæuola *in d. l. Lucius 85. ff. de heredib. inſtit.* quod ſcilicet ſufficiat, q; frater hereditatem adiret, quamuis nullam ſobolem tunc temporis haberet. Ratio decidendi eſt, quod in conditionibus, non tam verba, quàm voluntatem teſtatoris intueamur, *l. in conditionibus 19. ff. de condit. & demonſtrat. l. heredes 57. §. cum ita, ff. ad SC. Trebell.* vnde hæc oratio ex præſumta voluntate teſtatoris, non tam coniunctim, quam diſiunctim accipitur, vt in principio noſtræ legis copioſe diſſeruimus.

Quarta quæſtio plane impedita eſt, ſiue primam, ſiue ſecundam noſtrorum Doctorum opinionem ſequamur. Prima † enim 19
locum habere nõ poteſt, ex quo filios duntaxat in conditione conſtituit, & eoſdem ab inteſtato ſolum admittit. Quid enim ſi parens illos heredes nõ inſtituerit, quod multis ex cauſſis contingere poſſit, aut pro parte duntaxat admiſerit: quid ſi plures ſint eiuſdem gradus, aut etiam propinquiores, ſi poneremus, nõ filios, ſed alias perſonas in conditione

ditione verſari. His enim & ſimilibus in caſibus neque ab inteſtato ſuccedere poſſent, *l. filiusfamilias 114. §. cum erit, ff. de legat. 1.* neque ex teſtamẽto, ex quo nõ ſint in diſpoſitione. Pari ratione ex ſecũda ſentẽtia repellendi eſſent, ꝙ hereditas non adita, trãſmitti non ſoleat, neq; poſſit *l. ſi fratris, inf. de iure delib & l. vnic. inf. de his qui ant. apert. tabul. teſtamenti, hereditatẽ tranſmittunt*, adeo, vt vtroque caſu filii ſibi nihil præſidii polliceri poſſint, quod ſane iniquiſſimum cenſeri debet, & contra apertam definitionem *d. l. Lucius*, in verb. ſequent. *Nam prudens conſilium teſtantis animaduertitur: non enim fratrem ſolum heredem prætulit ſubſtitutis, ſed & eius liberos.* Hæc verba ſane præ ſe ferunt, ꝙ eo caſu, quo non eſſet hereditas adita, nihilominus filii ex ſubſtitutione fuerint admittendi, ita vt excludant Stychum & Pamphilum in euentum deficientis cõditionis heredes deſignatos, vt ita non admittantur per modũ fideicommiſſi, ſed directæ ſubſtitutionis.

Scio hanc ipſam aſſertionem multis offenſionis cauſſam præbituram, quod negotium faceſſant omnia illa argumenta, quæ circa defenſionem primæ opinionis allegauimus, directam ſcilicet ſubſtitutionem, per ſubauditos intellectus *l. ex facto 19. ff. de hered. inſtituen.* maxime autem per verba conditionalia *l. ſi quis ſub conditione 8. ff. ſi quis omiſſ. cauſſa teſtam.* regulariter nõ induci. Ceterum cum verba, & ſententia *d. l.* diuerſum coarguant, & æquitas ipſa hoc poſtulet, q; filios fratris ſui, ſeruis propriis prætuliſſe videatur: non animaduerto, quæ abſurditas hãc interpretationem cõſecutura ſit, ſi filios ex tali commemoratione directe ſubſtitutos, ponamus, eo caſu, quo parens ante aditam hereditatem, vitam cum morte commutaret. Id enim intelligitur enixa volũtas conciliare, *vt hac noſtra lege, §. fin. l. cum acutiſſimi. inf. de fideicommiſſ. l. cum auo 102. ff. de cond. & demonſt.* deinde etiam præcedens inſtitutio parentis, robur, & auctoritatem ſubſtitutioni ſubſequenti tribuiſſe videtur, cum pater, & filius quodammodo vnum corpus cenſeantur, *§. fin. Inſt. quod cum eo, qui in al. poteſt. eſt negot. geſt. eſſe dic.* & quãuis ordo caritatis cauſſam coniunctionis a ſubſtitutione ſepararit, *de qua re l. Gallus, §. quidam, ff. de lib. & poſthum hered. inſtit.*

Expendere præterea debemus, ex multis
20 iuris noſtri reſponſis conſtare, faciliorem † ſubſtitutionis inducẽdæ rationẽ eſſe, q̃ primæ inſtititutionis, vt apparet ex *l. Titia Seio, 87. §. Seia libertis, ff. de legat. 2. item l. de codicillis 34. de vſufruct. legat.* in quibus legibus ex tacita voluntate teſtatoris, mutua quædam inſtitutio inducta videtur, idque non ſolum in fideicommiſſaria, ſed etiam vulgari ſubſtitutione euenire, cõmunis Interpretum ſententia eſt, vt oſtendo *l. penult. infr. de impuber. & aliis ſubſtitut.* Quod cum ita ſit, quid prohibet talem ſubſtitutionem in caſu a nobis propoſito ſubaudire, vbi & prudens teſtatoris conſilium perpenditur, & voluntas euidens exactiſſimis coniecturis reperitur, quod filios fratris ſui, extraneis ſubſtitutis præferre voluerit.

Commendat denique hanc explicationem etiam illa conſideratio, quod verba conditionalia, cum † rei æquitas illud po- 21
ſtulet, & veriſimilia argumenta voluntatis ipſius teſtatoris interueniant, etiam diſpoſitionem contineant, *l. fideicommiſſa 11. ff. de legat. 3 §. cum eſſet, & §. hæc verba, l. etiam. §. ſi libertus, ff. de bonis libert. l. ſi ita ſtipulatio 39. ff. de oper. libert. l. auia 77. §. final. ff. de condit. & demonſtr l. Gallus, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* ſi interpretationẽ Alciati ſequi velimus, *lib. paradox. 3. c. 6. de qua re ſuo loco.*

Et hæc meo iudicio veriſſima legis interpretatio eſt. Quod ſi quis tamen amplecti velit ſententiam Baldi *in l. vnic. ſupr. vt actio ab herede, & contra heredes. Barthol. Socin. in l. heredes mei, §. cum ita, num. 12. ff. ad SC. Trebellianum, Dec. conſil. 397. num. 6. Crauett. conſilio 306. numer. 3. Pariſ. conſil. 25. num. 5. volum. 2. Anton. Gabriel. tit. de hered. inſtituend. libro 4. concluſio. 2. num. 35.* vbi multos auctores more ſuo accumulat, Franciſc. Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib. 11. cap. 20. num. 15.* exiſtimantium in caſu legis, *Lucius*, hereditatem nõ aditam tranſmitti propter præſumtam voluntatem ipſius teſtatoris, non pugnauero magnopere: ſed tamen illud admonebo, quod cum regula ſit, hereditatem
† non aditam non tranſmitti, etiamſi frater 22
ſit, de cuius ſucceſſione agatur, *l. ſi fratris, inf. de iure deliberandi, l. vnic. infr. de caduc. toll. §. in nouiſſimo, & l. vnic. infr. de his qui non apert. tabul. diſceſſ.* non animaduertam, quare in vno caſu magis ſingulare ius inducere velimus, quã in altero, maxime cũ verba ipſius legis noſtram expoſitionem plane confirment, dum ait, *Non enim fratrem ſuum ſolum prætulit ſubſtitutis, ſed etiam eius liberos, fratrem aũt prætulit ex teſtamento, & directa inſtitutione,* cõſequens quoq; videri, vt & filios teſtamẽto vocarit, & iure directæ ſubſtitutiõis,

Digitized by Google

ne vnum & idem verbum inæqualiter determinet contra *l. Lucius 45. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. & l. fin. infr. de ſentent. & interlocut. omnium iud.*

Hanc noſtrā interpretationē, ne quem ſua laude defraudem, etiam defenderunt, Ioan. ab Imo. *in d. l. Lucius, num. 2. Socin. Sen. conſ. 69. n. 4. vol. 3. item conſ. 104. eod. vol. colum. pen Ruin. conſ. 140. col. fin. lib. 3. Zanchus in l. heredes, §. cum ita, in part. 7. n. 100. Riminald. conſ. 326. n. 31. lib. 2.*

Hæc de quarta quæſtione ſuffecerint. Quinta quæſtio vrgetur ex omnibus illis argumentis, quibus Oldradi ſententiam confirmari poſſe oſtēdi. Vnde vt expoſitionem noſtram in tuto collocemus, ſingula fundamenta diſſoluenda ſunt. Et quidem quod initio & ſecundo ex *l. Lucius, ff. de hered. inſt.* obiicitur, id iam conuenienti interpretatione ſublatum eſſe confidimus.

Quod tertio loco prætexitur, in cōditionibus voluntatem teſtatoris ſpectandam eſſe, id nos libenter agnoſcimus. Sed veriſimi-
23 le nō videtur, quod † frater, fratris ſui filios, heredi ſcripto, ex his verbis ita præferre voluerit, vt illi alienandi poteſtatem habeant, parens autem eorum hac facultate mulctetur. Et vt ea, quæ deſtinata ſint ad vnum finem, lōge diuerſum pariant, *l. qui hominem, §. fin. ff. de ſolut. c. fin. de verb. ſignificat.* Hanc enim conditionem eo pertinere, vt filii excludant ſubſtitutum, ſi pater hereditatē non adierit, vt diximus in *l. Lucius*, non autem vt parenti aliquod onus fideicommiſſi irro-
24 gent, cum illud in dubio † præſumendum non ſit, *l. filiiſfamilias 114. ff. de legat. 1. §. cum erit, & §. Diui 2. item l. cum vxori, infr. quando dies legat. ced. l. qui filium 74. ff. ad Senatuſconſult. Trebellianum.*

Quamuis *l. inter ſocerum §. cum inter*, colorem contrariæ ſententiæ aſpergere videatur: tamen ſi facti ſpeciem, quæ a Iurecōſulto proponatur, perpendere velimus, non idem conſequetur, cum non vnus, ſed mul-
25 ti † textus coarguant, dotem a patre profectam, prolibus ex matrimonio procreatis, ad eundem non reuerti, *vt l. pater cum filia, ff. de pact. dotal. l. cum pater dotem, C. ſolut. matrim. l. poſt dotem, ff. ſolut. matrim. l. 1. §. illo procul dubio, ſupr. de rei vxoriæ act.* præterea arg. *l. quamuis, & l. ſeq. ff. ſolut. matrim. & l. conſenſu, atque l. fin. ſupr. de repud.* Ex quibus intelligimus ex facto filiæ patrem commodo dotis priuari, cum hoc proprium patrimonium filiæ videatur, *l. 3. §. ſed vtrum, ff. de minorib. in integr. reſtit.* Huc referri poſſunt multa alia argumenta, quæ perſequitur Salyc. *in l. dos a patre, ſupr. ſolut. matrimon.* Et quamuis hoc ipſum inter noſtros Interpretes ſatis controuerſum eſſe ſciam: tamē caſus a Iurecōſulto conſideratus, nihil commune habet cum præſenti noſtra quęſtione. Nulla enim inuidia eſt, quod liberi ſuccedant in locum matris, & dotis commodum eorum contemplatione retineatur, quodque in contractibus diuerſa ſit ratio, quam in vltimis voluntatibus, cum ibidem vtriuſque contrahentis animum † ſpectare debeamus *l. ſi pactum,* 26
ff. de probat. Vnde cū gener huiuſmodi conditionem adiecerit, & ſocer illam pactis dotalibus inſeri paſſus ſit, videtur vtique illud factum eſſe, vt pro educandis liberis dos retineretur. Non eadem eſt ratio teſtamenti, cum ibidem ſolius teſtātis voluntatem ſpectemus, qui in dubio non videtur fratrem ſuum onere fideicommiſſi obſtringere voluiſſe, *argum. d. l. filiiſfamilias, § Diui 2. & §. cum erit, item l. vxori, ff. de vſu & vſufr. legat.* Et quamuis aliquis e diuerſo vrgere poſſit, quod cum eundem fratrē oneret fideicommiſſo in perſona extranei, illud iuſtiori ex cauſſa videatur voluiſſe facere gratia liberorum, is obſeruare debet, hæc lōgo interuallo eſſe ſeparata, cum extraneus diſerte ſubſtitutus ſit, ita vt voluntatis nulla ſit quæſtio, quodque eo caſu, quo pater omni ſobole cariturus eſſet, de ſuis facultatibus gratificandi ſibi arbitrium retinere voluerit. Diuerſa autem cauſſa eſt in perſonis liberorum, qui duntaxat in nuda conditione ſunt, quæ in dubio † diſpoſitionem continere nō 27
ſolet, *l. ſub conditione, ff. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtament.* Nam ſi teſtator illos voluiſſet ad fideicommiſſum vocare, id diſerte comprehenſurus videbatur *§. vbi in fin. infr. de caduc. tollend.* Expedit enim, metu paternæ cenſuræ filios in officio contineri, *l. nec ei, §. præterea, ff. de adoptionib.* deinde præſumtio non eſt, patrem pro adfectione ſua erga liberos abuſurum eſſe.

Quod nonnunquam verba conditionalia vim & naturam diſpoſitionis obtineant, id nos libenter concedimus, & in caſu *l. Lucius*, talem definitionem amplectimur, ſi tractetur de excludendo ſubſtituto extraneo, quod illud æquitas, & aliæ circumſtantiæ ſuadeant, quæ in præſenti inſpectione non interueniunt. Neque enim veriſimile videtur, quod, vt antea commemini, pater tale onus filio imponere, & nepotes melioris con-

Digitized by Google

ris conditionis conſtituere, quam patrem
28 voluerit, contra † definitionem *l. Publius, §. 1. ff. de cond. & demonſt.*

Non eſt, quod nos ſollicitet ſcrupulus ex definitione noſtræ *l. §. final.* & ſimilibus il-
29 latus. Tantum † enim abeſt, vt definitio *d. §. & d. l. cum auus, item l. cum acutiſſimi*, nobis negotium aliquod faceſſant, vt interpretationem noſtram ſecuriorem reddant. Conſtit enim, hæc reſponſa eo pertinere, vt ſubſtitutus extraneus excludatur, non autem vt parenti arbitrium moderandarum rerum auferatur. Deinde §. *final. noſtræ legis*, aperte coarguit, talem ſucceſſionem iure tranſmiſſionis, non autem ſubſtitutionis, aut fideicommiſſi ad liberos peruenire.

Quamuis, vt ſeptimo commemoratur legata nutu relinqui poſſint: tamen inde
30 nulla † conueniens conſequentia duci poteſt. Etenim expreſſa declaratio interrogantis, an aliquid velit, anne leget fratri ſuo, vel alteri rem interrogatione comprehenſam, vt requiritur ſecundum ea, quæ copioſe perſequimur *l. diſcretis, ſupr. qui teſtam. facere poſſ. item l. iubemus, ſup. de teſtam.* id impetrare videtur.

Quæ octauo ex *l. Gallus, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtituend* in noſtram explicationem contorquentur; duplici reſponſione expediri poterunt; hanc Alciati, & quorundam aliorum explicationem communi calculo videri damnatam, cum loco for-
31 mæ requiratur, vt filius diſerte † heres inſtituatur, *§. in omnibus, eod. l. Gallus, & l. ſeq.* Deinde, quod admiſſo huiuſmodi intellectu, non infirmet noſtram expoſitionem, ſed eandem comprobet atque ſtabiliat. Nos enim opinamur, *d. l. Lucius*, vulgarem ſubſtitutionem factam cenſeri.

Non ita facile fuerit, crucem nono loco fixam ex *l. fideicommiſſa, §. cum eſſet, & §. verba, ff. de legat. 3.* ſuſtuliſſe; niſi ſeparemus cauſſam conditionis tacitæ, quæ ſub duo-
32 bus ablatiuis † abſolute poſitis continetur, a conditione expreſſis verbis propoſita, *vt facit Bartolus in l. a teſtatore, ff. de condit. & demonſtrat.* Accedit quod Bald. *in d. §. cum eſſet*, argum. eius legis auctor ſit, talem conditionem implicitam diſpoſitionem inducere, vt etiam Philippus Corneus *in l. 1. infr. de condit. inſert. num. 13.* Ego autem puto naturam duorum ablatiuorum abſolute poſitorum, non ſemper illam eſſe, quæ in conditionem reſoluatur, vnde in dubio accedentibus coniecturis, etiam diſpoſitionem continent, vt textus haud obſcure inſinuat. Hæc de §. *cum eſſet*. Paragraphus autem, *hac verba* eadem *l. fideicommiſſa* facile conciliationem inueniet, ſi verba ipſius §. excutiamus: ita enim † compoſita ſunt: *Te fili ro-* 33
go, vt prædia, quæ ad te peruenerint, pro tua diligentia diligas, & curam eorum agas, vt poſſint ad filios tuos peruenire. Subiicit enim Iuriſconſultus: *licet hæc verba non ſatis exprimunt fideicommiſſum, ſed magis conſilium, quam neceſſitatem relinquendi, tamen ea prædia in nepotibus poſt mortem patris eorum vim fideicommiſſi videntur obtinere.* Cum itaque hæc verba longe aliter concepta ſint, & fauore nepotum prolata intelligantur, cum hic nullus ſubſtitutus inueniatur, quem ſubmouere poſſint, non inconuenienter etiam Iuriſconſultus ita verba exaudienda conſtituit, vt aliquid operentur.

Qua de cauſſa etiam non repudio coniecturam fideicommiſſi, a Iacob. Menoch. *libro 4. præſumt. 76 num. 70.* Item Ceph. *conſilio 251. n. 81. lib. 2.* Ant. Gabr. *lib. 4. tit. de fideicom. concl. 4. n. 34.* item Franc. Mant. *lib. 11. tit. 3. n. 14.* Mich. Graſ. *theſaur. commun. opin. in verb. fideicommiſſi, q 14. num. 4.* conſideratam, vt ſi pater iuſſerit, † hæc bona in familia conſer- 34
uari, fideicommiſſum intelligatur, *argu. noſtri § item l. peto 69. § frater, ff. de leg. 2. l. filiusfamilias 114. §. cum pater, ff. de legat. 1.* vnde etiam non improbarim traditionem Bartoli *in l. centurio, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. nu. 37. Bald. Salycet. Caſtr. Anchoran. Corn. Alex. Corn. Aretini, & multorum aliorum, quos refert Ant. Gabr. d. tit. de fideicommiſſ. concluſ. 4. num. 17. quibus accedunt Iul. Clarus. in §. teſtamentum, q. 78. Ceph conſ. 93. lib. 1. Decian. conſ. 44. nu. 51. lib. 3. Roland. conſ. 18. num. 10. lib. 4. Franc. Mantic. coniectur. lib. 11. tit. 3. num. 2. Mich. Graſ. in verb. fideicommiſſi, q. 14. lib. 2.* quod ſi teſtator liberos in † conditione poſitos, fideicõmiſ- 35
ſo obſtrinxerit, conſequenter videri & parenti eorum tale onus impoſitum, ne teſtator operam luſiſſe videatur, *argum. l. denique 8. §. interdum, ff. de pecul. legat. item l. alio 9. ff. de alim. legat. l. ſi ita ſtipulatio 39. ff. de oper. libert. l. Proculus, ff. de vſufruct. legat. l. Titia Seio 87. §. Seia libertis, ff. de legat. 2.* quodq; ille, qui vult conſequens, velit etiam omne neceſſarium antecedens, *l. illud, ff. de acquirend. vel omitt. hered. l. ad rem mobilem 56. & l. ad legatum 62. ff. de procuratorib.* modo Bart. cum moderatione conuenienti intelligatur. Etenim ſi verſemur in ſpecie *l. Lucius 85. ff. de hered. inſtit.* non video, quomodo Bart. ſententiam

amplecti poſſimus, quod cum filii certo caſu ſint in diſpoſitione, vt iam antea oſtendi, eo quidem recte grauati intelligantur, nimirum, ſi non adita a parente hereditate, ipſi eandem agnouiſſent. Nam ſi parens heres factus filiis ſuccedentibus, vitam cum morte commutaſſet, non video, quo pacto illi hoc caſu, quæ ab iiſdem relicta ſunt, præſtare cogantur, cum ſubſtitutio exſpi-
36 rarit, & qui non iudicio, † ſed fortuito, ad commodum hereditatis peruenit, legato, vel fideicommiſſo onerari nequeat, *l. 1. §. final. & l. ſed et ſi, §. 1. ff. de legat. 3.* Poſſet itaque Bartoli ſententia procedere, ſi teſtator fratrem ſuum heredem inſtituiſſet, & ab eodem petiuiſſet, ſi ſine liberis moreretur, vt hereditatem Mæuio reſtitueret, & deinde vt liberi fratris quid de ſua hereditate præſtarent Sempronio. Hoc enim caſu vrgent omnia illa argumenta, quæ ſupra propoſui, cum nihil prohibeat etiam verba conditionalia vim diſpoſitionis continere, ſi probabiles coniecturæ illud ſuadeant, *l. auia 77. ff. de condit. & demonſtrat. l. vnum 67. §. fin. ff. de legat. 2. l. etiam, §. ſi libertus, ff. de bonis libert. l. ſi ita ſtipulatio*, maxime, cum in fideicommiſſis nuda voluntas teſtatoris ſpectetur, *l. cum proponebatur 64. l. heredes mei 57. §. cum ita, l. qui filium & filiam, l. qui filium 74. l. Lucius Titius 64. ff. ad Senatuſconſult. Trebellianũ*, & hæc probabilia ſatis eſſe conſtituo, quamuis me non fugiat, plurimos Doctorum eſſe, qui ab hac Bartoli interpretatione diſſentiant, quos videre licet apud Iuliũ Clar. *lib. 3. § teſtamentum, q. 78. §. ſed quicquid*, Item Menoch. Franc. Mant. Anton. Gabr. Graſſ. in locis ſupra allegatis.

His ita excuſſis, committendum non eſt, vt nos ſuſceptæ defenſionis loco, vndecimo accerſita ſubſidia depellant. Concedimus enim, cauſſam teſtati potiorem eſſe, quam inteſtati. Et ſtatuimus etiam, ſubſtitutum vinci a filiis, cum ſunt in diſpoſitione, ex vulgari illa ſubſtitutione, quam ſupra proſecuti ſumus, *vt d. l. Lucius 85. ff. de hered.*
37 *inſtituend.* Cum autem filii † ſunt in conditione, tunc non poſſunt videri ſubſtitutum vincere, ſed ipſe ſubſtitutus deficiente conditione, vt alias fieri ſolet, non admittitur, *l. vnic. §. ſin autem, infra de caduc tollend.* Vt igitur nos hoc ſcrupulo liberemus, obſeruandum eſt, hanc conditionem principaliter pertinere ad excludendum ſubſtitutum, & fauore liberorum duntaxat adſcriptam videri, cum pater non adita hereditate decedit. Quod ſi vero ipſe amplexus fuerit hereditatem, tunc vtriuſque fauorem, & fratris, & liberorum conſiderari. Fratris, dum ipſi relinquitur libera poteſtas de his diſponendi: filiorum dum teſtator confidit, patrem in relinquenda hereditate illorum rationem habiturum, quanquam poſſet dici, ipſum antecedens non vndiquaque procedere, cum conditio non mutet naturam ſuam, & regulariter nõ diſponat *l. 8. ff. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* niſi æqualitas & circumſtãtiæ illud ſuadeant, quæ hic tam efficaces non ſunt.

Non animaduerto, quid periculi nobis eſſe poſſit, a duabus legibus decimo tertio allegatis, cum † *l. peto, de legat. 2.* ad præſen- 38
tem quæſtionem parum commode transferatur. Nam cum teſtator Lucium Titium pro parte heredem inſtituiſſet, & deinde poſtea ſubieciſſet: *Peto a te Luci Titi, vt contentus ſis, centum aureis pro parte tua*, non iniuria aliis heredibus, quod ipſi detrahitur, accedit, & illud petere partim titulo iam antea quæſito, partim etiam ex hac noua voluntate teſtatoris, quod Lucio Titio ablatum eſt, poſſunt.

Lex iubemus *§. 1. infr. ad SC. Trebellian.* cur a Franciſco Mantica in cauſſam deducta ſit, non facile apparet, cum ſi eandem bene excutere velimus, potius confirmet noſtram expoſitionem, quam, vt aliquid præiudicii inferat, vt candido Lectori id æſtimandum relinquimus.

§. Cum autem.

SVMMARIA.

1 *In diſpoſitione teſtamentaria, mens & conſilium teſtatoris, ante omnia exquirenda ſunt.*
2 *Quo tempore filiofamilias nuptia contrahendæ ſint, ſecundum Ariſtotelem.*
3 *Pater nepotes æque intelligitur amare, & complecti, vt filios, ſi in cauſſa ſucceſſionis parẽtes eos non præcedant.*
4 *An quod ſtatutum ſit in filio legitimo, ad filium naturalem proferri debeat? cum dubitandi & decidendi rationibus.*
5 *Quæ dicta ſunt de nepotibus, etiam locum habent in pronepotibus.*
6 *Definitionem noſtri §. etiam in legatis & fideicommiſſis procedere.*
7 *Quamuis pater filium proprium ſubſtituat, tamen nõ intelligitur excludere alterius filii liberos.*
8 *An definitio præſentis legis etiam procedat in filio adoptiuo?*
9 *Doctores, qui id defendant, cum argumentis.*
10 *Doctores, & argumenta negantis ſententiæ.*
11 *Confirmata vltima interpretatio, cum certa diſtinctione.*
12 *An definitio noſtra legis etiam locum habeat in filiis fratris inteſtati?*

13 *An*

13 *An nepotes iam nati ſubſtitutum excludant, cum auctoribus, qui id defendant.*
14 *Contraria ſententiæ auctores, cum ſuis fundamentis.*
15 *Quæ dicta ſunt in perſona patris & aui, etiam procedunt in matre, & auia materna.*
16 *Filios & nepotes naturales non excludere ſubſtitutum.*
17 *Excuſſus verus ſenſus l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus, ff. ad Senatuſconſultum Trebell. reiectis aliorum explicationibus.*
18 *Interpretatio leg. qui filium, §. 1. ff. ad Senaſconſult. Trebellianum.*

1 CVm in diſpoſitione† teſtamẽtaria mẽs & conſilium teſtatoris ante omnia exquirenda ſint, *l. in conditionibus 19. ff. de condit. & demonſtrat.* & auus filium ac nepotem ex altero filio heredes inſtituiſſet, & a nepote petiiſſet, vt ſi intra trigeſimum annum moreretur, hereditatem patruo ſuo reſtitueret, & nepos liberis relictis, intra ætatem ſupra ſcriptam vita deceſſiſſet; Papinianus *l. cum auus 102. ff. de condit. & demonſtrat.* reſpondit, fideicommiſſi conditionem coniectura pietatis defeciſſe, quod minus ſcriptum, quam dictum fuerat, inueniretur. Etenim, cum ex ſententia Ariſtotelis *Polit. lib.* 2 *7. c. 16.* filiusfamilias ante trigeſimum† quintum annum, ſi corporis ſui viribus, & ætatis longitudini conſulere velit, non ſoleat nu-
3 ptias contrahere, & pater † æque nepotes, vel pronepotes intelligatur amare & complecti, vt filios proprios, *l. liberorum 220. §. ſed & Papirius, ff. de verborum ſign.* maxime quos alii non præcedunt, *l. poſthumorum ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* coniectura pietatis non patiebatur, vt illas facultates, quas in nepotem contulerat, videretur tranſtuliſſe in filium atque patruum ipſius, neglectis nepotis liberis.

Hanc igitur Papiniani interpretationẽ, pietatis officio cõuenientem, nedum multis encomiis, dum eundem excelſi ingenii virum, *hoc noſtro §. item acutiſſimum, l. cum acutiſſimi, infr. de fideicommiſſ.* appellat, ſed etiam benigniori expoſitione proſequitur, vt
4 quod a Papiniano † pronuntiatum eſſet in filio legitimo, idem etiam in naturali admitteretur, *vt h. n. §.* Dubitandi cauſſam ſatis multæ leges nobis inſinuant, maxime autem lex *fin. ſupr. de natur. liber.* quod pronuntiatio filiorum in dubio complectatur filios legitimos & naturales. Decidendi ratio ex illo fonte manare videtur, quod ex quo pater filio, cui tantum fauoris non debebatur, quantum nepotibus, ex iuſto matrimonio ab eodem filio procreatis, vt apparet *ex d. l. fin. ſup. de natur. lib.* ſubſtantiæ ſuæ aliquã portionem, quod hodie etiam in ſolidum facere poteſt, ſi legitimi liberi impedimento nõ ſint, *auth. licet, eod. tit.* reliquerit, non poſſit intelligi nepotes ex huiuſmodi filio procreatos huius portionis emolumento fraudare voluiſſe, per argumentum a minori, *l. nec ex vera, inf. de acquir. vel retin. poſſ.* Neque puto diſtinguendum eſſe, an filius naturalis ſit, an vero ſpurius, modo reſcripto & auctoritate Principis ius, & nomen legitimi filii nactus ſit, cum eadẽ ratio interueniat, *Bald. in l. cum acutiſſimi, n. 7. Decius n. 12. Iaſ. n. 7. Soc. in l. cum auus, n. 57. ff. de lib. & poſth. hered. inſt. Menoch. lib. 4. præſumt. 99. n. 22.*

Secundo idem Iuſtinianus ad propagationem reſponſi Papinianei pertinentem explicationem ſubiicit in pronepotibus; Quamuis enim appellatione filiorum nepotes † contineri videantur, *l. iuſta, 201. l. filii* 5 *84.* & conſequenter pronuntiatione nepotum pronepotes: tamen quod hæc res incidere in diſputationem poſſet, *l. 6. ff. de teſtam. tutel.* Iuſtinianus quæſtionem, quæ inde oriri poſſet, hac ſua conſtitutione maluit dirimere, vt in ſimili quæſtione fecit Scæuola *in l. Gallus, §. idem credendum, ff. de lib. & poſth. hered. inſtituend.*

Tertio idem † Iuſtinianus hoc Iuriſcon- 6 ſulti pronuntiatum ornando, conſtituit, etiam locum habere in legatis & fideicõmiſſis ſpecialibus. Quæ res Albericũ erroris conuincit, qui exiſtimabat, definitionem Iuſtiniani, ad rem particularem, quæ relicta eſſet iure legati, vel fideicommiſſi nõ pertinere. Mirum enim videri debet, quod tam excellens Doctor, poſtrema legis noſtræ verba non obſeruauerit: Sed non adeo magnæ culpæ videtur, ſi in magno & vaſto opere aliquando ſomnus obrepſerit.

Quarto proſequendo hanc † materiam, 7 & eandem, quoad licebit, locupletando, illam etiam procedere ſtatuimus, quãuis pater non extraneũ, ſed filium proprium ſubſtituerit. Qua in re non vtar noſtrorum Doctorum auctoritatibus, quas ſi quis requirat, adire poterit Menoch. *lib. 4. præſumt. 89. nu. 119.* quod expreſſus text. *d. l. cum auus 102.* hãc interpretationẽ aſſerere poſſit. Quamuis enim videatur ceſſare iſta conſideratio, quod quis extraneos ſuis heredibus & poſteritati non videatur voluiſſe præponere, quod hic filius, qui propiori gradu eſſet, quam nepos, aut pronepos inſtitutus ponatur: tamẽ hoc

ſcrupulo liberabimur, ſi perpēdamus, quod quemadmodum filio debetur ſua portio, ita quoque nepoti, quem nullus præcedit, *Inſtit. de heredit. quæ ab inteſtato deferuntur, §. ſui, & §. cum filius.* Votum autem parentum eſt, vt vnuſquiſq; pro portione ſibi competenti, bona ſua in poſteros tranſmittat, *l. nam et ſi 15. ff. de inoff. teſtam.* Accedit, ꝙ quemadmodum fideicommiſſi cauſſa odioſa eſt, per rationes conſideratas, *l. de fideicōmiſſo 11. ſup. de tranſact.* ita etiam & ſubſtitutionis. Vnde nō immerito filius, quod ad hanc portionem attinet, pro extraneo haberi poteſt.

8 Quæ dicta † ſunt de filiis naturalibus, quidam etiam extendūt ad filium adoptiuum,
9 *vt Fulg.* † *in hac noſt. l. n. 6. Iaſ. n. 3. verſ. octauo limita, Barbat. in l. cum acutiſſimi, inf. de fideicommiſſis, num. 287. Raphael Cuman. ibidem, in fin. Iacob. Menoch. lib. 4. præſumt. 89. num. 32.* Mouentur autem his argumentis. Primo, quod qua ratione filii adoptiui in omnibus ſimiles ſint, quo ad effectū ſucceſſionis, filiis legitimis & naturalibus, *l. ſi te parens, inf. de ſuis & legitim. hered. & l. 1. §. ſuos, ff. eod. tit. §. inteteſtatorum, Inſtit. de heredit. quæ ab inteſt. deferunt.* adeo, vt etiam matrem excludant, *l. 2. §. liberi, & l. æquiſſimum, ff. ad SC. Trebellian.* per conſequens etiam idem ſtatutum eſſe videatur, in filiis adoptiuis. Secundo, quod cum idem cautum ſit in naturalibus liberis, vt hac noſtra lege illud repudiare non debeamus in adoptiuis, quibus plus fauoris debetur, quippe qui totam hereditatem ab inteſtato referāt, *l. fin. inf. de adopt.* cum filii naturales in diuerſa cauſſa ſint, *auth. licet, de natur. liber.* Tertio, quod cum hæc ſubſtitutio proficiſcatur a coniectura pietatis, *d. l. cum auus*, & propterea pleniori interpretatione adiuuanda ſit, *c. odia, de regul. iur. in 6.* conſequenter idem amplecti debeamus, in filio adoptiuo, quod in legitimo, *argum. l. 1. §. fin. ff. de leg. præſtand.*

10 Diſſentiunt † autem, & contrariam opinionem defendunt, Cyn. *hic num. 2.* Alber. *n. 2.* Decius *n. 16.* poſt Specul. Alex. & alios in hanc ſententiam adductos. Socin. *in l. cum auus, num. 56.* Tiraq. *in l. ſi vnquam, infr. de reuocand. donat. in verb. ſuſceperit liberos, num. 10.* vbi in hanc ſententiam allegat Rainut, Angel. Guil. Bened. & nonnullos alios. Alex. *in l. ex facto, §. ſi quis rogatus, ff. ad SC. Trebellian. num. 11.* & Claud. *ibid. num. 3.* Franc. Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib. 10. tit. 7. n. 18. & ſeq.* Anton. de Padilla *in l. cum filii, infr. de fideicommiſſ. num. 10.* Andr. Fachin. *controuerſ. lib. 4. c. 18.* Argumenta, quibus inducti hoc pronuntiaſſe intelliguntur, ſubiicio.

Primo, quod lex noſtra nullam de filiis adoptiuis mentionem faciat, & noſtrū non ſit, leges ad alios caſus extendere, cum de iure ſingulari quæritur, *l. ſi vero 64. §. de viro, ff. ſolut. matrim. item l. quod vero 14. ff. de legib.*

Secundo, quod ſi quis filio ſuo ſubſtituat, ſi deceſſerit ſine liberis, proles adoptiuæ nō excludant ſubſtitutum, *l. ex facto, §. ſi quis rogatus, ff. ad SC. Trebell. l. fideicommiſſum, ff. de cond. & demonſt. l. ſi quis ita in teſtamento, §. ſi is cui, ff. de legat 2.*

Tertio, quod hi filii non ſint in conſideratione legis, cum non efficiantur de familia & agnatione adoptantis, *l. arrogato, ff. de adopt. l. cum in adoptiuis, §. fin. inf. eod.*

Quarto, quod hæc diſpoſitio fundamentum ſuum non conſtituat in patria poteſtate, ſed in coniectura pietatis, & ratione naturali, quæ ex cauſſa ſanguinis naſcitur, quæ rationes ceſſent in perſona ipſius filii adoptiui.

In hac Interpretum † conflictatione, pu- 11
tarem vltimam ſententiam magis probabilem eſſe: ſed tamen caſus exſiſtere poſſe, in quibus circumſtantiæ aliud a Iudice exprimere poſſent, ſi ex comparatione perſonarum talis coniectura ſumenda ſit. Neq; enī veriſimile videtur, quod plane extraneum voluerit nepotibus filii adoptiui præponere, idq; multo minus concedendum eſt, ſi filios adoptiuos & nepotes nomen patris adoptiui ferre, atq; ſolos propagare ponamus. Vnde etiam Barth. Soc. *in d. l. cum auus, n. 51. poſt Bartolum & Cumanum*, idem in filio arrogato, qui in poteſtatem patris adoptiui tranſeat, *l. ſi paterfamilias, ff. de adop.* recte probandum ſtatuit. Quemadmodum etiam Franciſc. Mantica *de coniect. vlt. volunt. lib. 10. t. 8. n. 19.* id non eſſe reſpuendum, pronuntiat in filio, qui ab auo materno adoptatus ſit, *d. l. final. inf. de adopt.* Conſtituo itaque hanc rem eſſe committendam arbitrio Iudicis.

Quibus ponderatis non abſurdam ſententiam eſſe quis exiſtimauerit Andr. Siculi *in d. l. cum acutiſſimi, num. 20.* Guil. Benedict. *in cap. Raynutius, de teſtam. in verb. ſi abſq; liberis, num. 4.* qui ſtatuunt ad ſenſum legis, *cum auus*, item huius noſtræ legis, *& deinde, l. cum acutiſſimi, ff. de condit. & demonſtrat.* pertinere, vt quæ dicta ſunt † in filiis & nepoti- 12
bus, etiam procedant in filiis fratris inteſtati, quos ipſi fraternos nepotes vocant: id enim cōuincere videtur *l. cum acutiſſimi*, dum Iuſtinia-

Iuſtinianus ait: *Nos huiuſmodi ſenſum mirati, pleniſſimum ei donabimus euentum*, & paulo poſt, *ne alienas ſucceſſiones propriis anteponere videatur*, deinde, *l. cum auus 121.* quod plus dictum, quam ſcriptum inueniatur: quamuis enim vrgeant in contrarium auctoritates diſſentientium, *vt Alber. n. 4. Alex. n. 7. Iaſ. n. 2. verſ. ſexto limita, Dec. n. 14. Ceph. conſ. 576. n. 13. lib. 4. & plurimorum, quos refert & ſequitur Iac. Menoch. d. lib. 4. præſumt. 89.* quod cõiectura pietatis non habeat locum in fratre inſtituto & grauato, cum ipſius filiis non debeatur hereditas fraterna, *l. fratres, ſup. de inoffic. teſtam. item l. 3. §. 1. ff. de legat. præſtand.* tamen circumſtantiæ etiã hic impetrare poſſent, vt Iudex aliter pronuntiaret. Quid enim, ſi teſtator extraneum ſubſtituerit heredem, & ex cõparatione perſonarũ colligatur, ꝙ ſi teſtator interrogatus fuiſſet, an filios fratris ſui, ſi quos poſtea ſuſciperet, ſubſtituto præferri vellet, vtique videtur fuiſſe reſponſurus, ſe velle, *arg. l. tale, §. fin. ff. de pact.* Deterruit tamen me ab huiuſmodi interpretatione, conſideratio *l. Lucius 85. ff. de hered. inſt.* vbi fratris filii propterea admittuntur, quod in expreſſa conditione poſiti, iure ſubſtitutionis admittẽdi viderentur, perinde quaſi non idem obtineret, ſi mentionem liberorum in ferenda conditione non feciſſet, niſi quis reſpondeat, non poſſe textũ exaudiri, niſi de liberis iam natis, aut quod magis placet eo tempore, quo illa lex conſcripta fuit, benignam hanc interpretationem locum non habuiſſe, cum Papinianus, qui auctor huius rei fuit, poſt Scæuolam præceptorem ſuum ſcripſerit.

13 Ceterum admiſſa priori † conſideratione, reuoco in dubium, an nepotes, qui iam nati ſunt, & quos teſtator filium habere ſciebat, ſubſtitutum excludant, & quidẽ Corn. *hic num. 2. Iaſ. n. 2. verſ. primo limita, Raph. Cuman. in l. cum auus, num. 3. ff. de cond. & demon. Barth. Socin. in l. heredes mei, §. cum ita, nu. 35. ff. ad SC Trebell. Iacob. Menoch. lib. 4. præſumt. 89. num. 77. Franciſc. Mantica de coniectur. vltim. volunt. lib. 10. c. 7. nu. 16. Andr. Fachineus illuſt. controuerſ. lib. 4. cap. 19.* id aperte defendunt. Rationes, & leges, quibus moti videntur, ſubiicio. Primo, quod illud ſuadeat coniectura pietatis conſiderata a Papiniano, *d. l. cum auus 102.* Secundo, quod hanc ſententiam fulciat alia ratio, quam perpendit Iuſtinianus *in l. cum acutiſſimi, infr. de fideicommiſſ.* quod alienas ſucceſſiones propriis anteponere noluerit. Tertio, quod maior ſit affectio erga iam natos, quam qui nondum in rerum natura ſint, *l. qui filiabus 17. ff. de legat. 1.* Quarto, quod pater & filius vna perſona cenſeatur, *§. fin. Inſtit. quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt, negot. geſt. dicet.* ita vt inſtituendo patrem, videatur etiam cogitaſſe de inſtitutione filii. Quinto, quod pręſens noſtra conſtitutio, deinde *l. cum auus, & d. l. cum acutiſſimi*, promulgatæ ſint fauore filiorum, non debeant in odium illorum torqueri, & diuerſum effectum parere, *l. quod fauore, ſup. de legibus.*

Ceterum † contraria ſententia eſt Caſtr. *hic num. 6.* Decii *num. 11.* Barth. Socin. *in d. l. cum auus, num. 28.* Tiraquell. *in l. ſi vnquam, infr. de reuocand. donat. num. 65.* vbi plures refert Anton. Gomeſ. *lib. 3. variar. reſolut. c. 5. n. 36.* Et hanc opinionem multis auctorib. relatis receptam eſſe, fatetur ipſe Menochius *d. præſumt. 89. num. 79. lib. 4.* Mouentur pluribus argumentis. Primo legis noſtræ in hæc verba: *Non eſſe veriſimile, patrem (ſi de nepotibus cogitaſſet) talem ſubſtitutionem feciſſe humanitatis intuitu.* item in verb. *liberorum procreandorum.* Secundo perpendi poteſt definitio *d. l. cum auus 102.* quæ improuiſum caſum complectitur; eodemque pertinet *l. tale pactum, §. fin. ff. de pact.* quæ etiam in futurũ caſum, liberorum poſtea quæſitorum cõceptus eſt: Item *l. ſi vnquam, infr. de reuocan. donat.* Vnde donationem omniũ bonorum, vel maioris partis, beneficio eius legis non reſcindi, etiam ipſe Menochius *d. præſum. 89. num. 86.* fatetur. Tertio huc referri poteſt *l. ſicut certi, & l. ſi cum in vtero, C. de teſtam. mili.* quod miles eas proles, quas ſeſe habere ſcit, ſilentio omittens, videatur exheredare, ita vt longe alia ſit ratio prolium, de quibus cogitare potuerimus, quam ſi veriſimilis aliqua incogitantia interceſſerit, *l. qui cum tutoribus, §. fin. ff. de tranſact.* Et ſane cum ratio ſit, mens, & voluntas legis *l. non dubium, ſupr. de legibus*, quæ legem reſtringat *l. ita depoſitioni, ff. de adminiſtr. & peric. tutor. & curator.* nõ video, quare ab hac poſteriori ſententia diſcedendum ſit. Non enim ſatisfacit reſponſio Menochii, aut ipſius Fachinei ad præſentem noſtram legem, quod nõ cogitauit, patrem, relictis liberis ab hac luce migraturũ, eaq; cauſſa fuerit, quod aliquem ſubſtitueret. Nam ſane cum ex communi naturæ ordine, de quo Papinianus *in l. iam etſi 15. ff. de inoffic. teſtam.* qui prior lucem aſpicere cœperit, etiam prior decedere ſoleat, abſurdũ eſt, dicere teſtatorẽ de huiuſmodi caſu non

Digitized by Google

cogitaſſe. Itaque admitti prior ſentētia poſſet, ſi teſtator ignoraſſet, filium ſuum proles habere, aut falſo exiſtimaſſet illas exſtinctas eſſe, *l. fin. ff. de hered. inſtituend.* vel ſi præ mortis anguſtiis hæc perpendiſſe non videatur, *l. hac conſultiſſima, ſupr. qui teſtam. facere poſſ.* aut denique ſi ex comparatione perſonarum ipſius ſubſtituti & nepotum aliud colligeretur. Quid enim ſi filius quidē habuit nepotem, ſed plane debilem, & minimæ ſpei, vt teſtator veriſimiliter præſumere potuerit, ipſum prius moriturum. Vnde etiam & hic arbitrio Iudicis multum tribuendum eſſe exiſtimarem. Exigerem tamen coniecturas vehementiores.

Quæ cum ita ſeſe habeant, dubitare non conuenit, quin ea, quæ de perſona patris & 15 aui hic † dicta ſunt, etiam procedant in matre & auia materna, *vt oſtendit gloſſ. hic in verb. ſubſtituit, Bart. num. 1. Caſtr. num. 1. Dec. num. 8. Iaſ. num. 2. Tiraquell. in d. l. ſi vnquam, infr. de reuocand. donat. in verb. patronus, num. 1. Iacob. Menoch. de præſum. d. præſ. 89. lib. 4. n. 6.* primo argum. noſtræ legis, quæ cum conſiderat patriam poteſtatem, cum idem admittat in filio naturali. Præterea, quod ratio pietatis, quam perpendit Papinianus *d. l. cum auus*, & hic interueniat, deinde alia ratio ab ipſo Iuſtiniano conſiderata *in d. l. cum acutiſſimi.*

Porro hæc ipſa definitio recipit aliquot notabiles declarationes, quarum præcipua 16 eſt, quod filii, † aut nepotes naturales, non ſint in ea conditione, vt ſubſtitutum excludere poſſint, id enim euincunt expreſſa verba noſtri §. *niſi ipſi liberi ſine iuſta ſobole deceſſerint.* Etenim ex *l. filium, ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt*, facile colligimus, iuſtum eſſe filium, qui ex legitimo matrimonio natus ſit, item *l. qui libertinus, § pen. ff. de bon. libert.* vnde etiam animaduertimus, donationem inofficioſam nō reuocari a filio naturali. Qua in re admirandum videtur, quod cum quis eam conditionem ſpernere non debeat in ſuis liberis, quam in propria perſona experitur, *Nouell. 115. §. aliud autem capitulum*, vbi pater filium ſuum exheredare non poteſt, quod arenarius ſit, ſi ipſe pater eiuſdem fortunæ & cōditionis inueniatur, quod tamen conditio, *ſi ſine liberis decedat*, de iuſtis prolibus duntaxat intelligatur, non ſolum, ſi pater filio ſubſtituens ex legitimo matrimonio natus ſit, ſed ſi illum naturalem eſſe imaginemur. Ratio decidendi eſt, quod cum hæc conditio, a lege ſubintelligatur, ea huiuſmodi proles non ſoleat fauore proſequi *l. fin. ſup. de nat. lib.* Deinde, quod quamuis aliquis peccauerit, non tamen cenſeatur in peccandi propoſito perſeuerare *cap. teſtimonium, extr. de teſtibus*, aut auctor eſſe velle, vt alius idem imitetur. Vnde etiam lex hanc conditionem ad filios naturales, multo minus autem ſpurios transferre noluerit.

Sed hic exſiſtit antinomia ſatis difficilis † ex *l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus, ff. ad SC. Trebellian.* ex quo intelligimus, filium naturalem huiuſmodi ſubſtitutum repellere. 17 Accurſ. *hic in verb. ſobole*, multas ſolutiones adfert, & nullam recte confirmat. Porro Iaſon *num. 6.* poſt Rainut. Bald. Salyc. Angel. Caſt. Imol. & Raphael. Cuman. in ſuam ſententiam laudatos, Philip. Corn. *nu. 11.* Dec. *num. 21.* Barth. Socin. *in l. cum auus, ff. de cond. & demonſtr. nu. 61.* Anton. Gomez. *lib. 1. var. reſolut. c. 5. num. 40.* Mich. Graſ. *in verb. fideicommiſſum, quæſt. 37. num. 1.* Franciſc. Burſat. *conſil. 61. num. 20. volum. 1.* Iacob. Menoch. *lib. 4. præſumt. 89. num. 99.* Franciſc. Mantica *de coniectur. vltim. volunt. lib. 10. tit. 8. num. 17.* cōſtituunt, penultimam gloſſæ ſolutionem probandam, quod ſcilicet interſit inter cōditionem, quæ a lege ſubaudiatur, & eam, quæ a teſtatore expreſſim vltimæ voluntati inſeratur, vt hic ſubſtitutus excludatur a filio naturali: illic autem diuerſum obtineat. Porro quod in conditione expreſſa naturales plus iuris habeant, colligi videtur primo ex *d. §. ſi quis rogatus*, item ex *l. Lucius 78. §. fin. ff. ad SC. Trebellian.* vbi appellatione filii Iuriſconſultus etiam naturalem complecti videtur. Item *l. cum pater 77. §. volo, ff. de legat. 2.*

Ceterum Bart. *d. §. ſi quis rogatus, num. 3.* Ang. *num. 3.* Alex. *num. 6.* Imol. *num. 2.* Tiraquel. *in l. ſi vnquam, in verb. ſuſceperit liberos, num. 120.* Aretin. *in hac n. l. n. 4.* diſtinguunt, vtrum parens dignitate præditus ſit, an minus, quemadmodum Iuriſconſconſultus Vlpianus *d. l. ex facto, §. ſi quis rogatus*, diſtinguere videtur, vt ſcilicet hoc caſu ſubſtitutus admittatur, illo vero repellendus ſit, quā diſtinctionem Emanuel a Coſta *in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtituend. part. 5. num. 77.* receptam fatetur, quamuis ipſe *num. 78. & 79* naturalem filium indiſtincte ſubmouendum putet.

Quamuis itaque ambiguum ſit, quid in illa varietate interpretationis amplecti debeamus: tamen non dubitarim, præferre animaduerſionem Coraſii *lib. 1. miſcell. cap. 7. Conani lib. 10. commen. c. 1. n. 6 Decii c. in præſentia, ex-*

Digitized by Google

tia, extr. de probat n. 37. exiſtimantium Papinianum, *in d. §. ſi quis rogatus*, intelligendum eſſe de naturalibus liberis, in forma quidem matrimonii conceptis, & procreatis, ſed qui ex cauſſa ſeruitutis naturales vocentur, de quib. tractat *§. illud, Inſt. de nupt. item l. adoptiuus, §. ſeruiles, ff. de rit. nupt.* & ita quoq; ſi rem bene ponderemus accipienda ſunt, *d. l. Lucius, § fin. ff. ad SC. Treb. Item l. cum pater, §. volo, ff. de leg 2.* Neque puto obſtare definitionem ipſius Vlpiani, Papiniani dicta declarãtis. Etenim Vlpianus, quæ a Papiniano de naturalibus liberis, in ſeruitute per formam matrimonii conceptis, dicta ſunt, nõ transfert generaliter ad omnes alios filios naturales, ſed quod ab eodẽ de eiuſmodi perſonis generaliter cõprehenſum erat, certa diſtinctione illuſtrat, vt ſcil. dicat volũtatis eſſe quæſtionem, de quibus liberis teſtator ſenſerit, & propterea ex dignitate, ex volũtate, ex conditione eius, qui fideicõmiſit, id conſtituendũ eſſe. Etenim, ſi libertinus ſit, qui huiuſmodi fideicommiſſum reliquit, naturalis filius heredis inſtituti officiet, vt fideicommiſſum exſpiraſſe videatur, quod comparatio perſonaram huiuſmodi mentem teſtantis commendaſſe videatur. Diuerſum autem eſſet, ſi teſtatorem ſplendidioris vitæ eſſe poneremus, vt talem progeniem heredis inſtituti, non videatur voluiſſe præferre ſubſtituto. Quibus ita confirmatis, non obſtabunt reliquæ leges, pro parte aduerſa adductæ. Etenim ſi illas recte expendere velimus confirmabunt hanc noſtrã expoſitionem, cum de filio naturali in ſeruitute concepto, loquantur.

Exſiſtit deinde alius iſq; † æque infeſtus
18 ſcrupulus ex *l. qui filium 74. §. 1 ff. ad SC. Treb.* vbi Paulus IC. recitat definitionẽ Imperatoris ſui, quẽ opinamur fuiſſe D. Seuerum, qui in ſimili caſu, cum teſtator filium ſuum Antoninum, & filiam Honoratam nomine relinqueret, his exheredatis, matrẽ illorum Valerianam heredem inſtituit, & ab eadem trecẽta & quaſdã res filiæ reliquit, reliquam omnem hereditatem filio Antonino, cum ad annũ ætatis 20. perueniſſet, voluit reſtitui. Quod ſi ante annum 20. deceſſiſſet filius, eam hereditatem Honoratæ præcepit reſtitui. Mater inteſtata deceſſit, vtriſque liberis legitimis heredibus relictis, poſtea filius ingreſſus annum 20. nec dum tñ eo expleto, deceſſit, filia herede Fauia Valeriana relicta, a qua fideicõmiſſum amita, & ex teſtamento patris portionem hereditatis petebat, & apud prætorem obtinuerat. Cum aũt Imperator ex appellatione aditus eſſet, & tutores egeſtatem pupillæ prætenderent, Imperator in reformanda ſententia, non hanc rationem ſecutus eſt, quã Imperator hac noſtra lege propoſuit, quod quis non videatur voluiſſe excludere liberos heredis inſtituti, atque nepotes ſuos, ſed quod Antoninus vigeſimum annum iam ingreſſus fuiſſet, qui pro completo habẽdus videretur. Duorum igitur alterum pro ſolutione ſequamur neceſſe eſt, vel quod hereditas nondum quæſita filio fuerat, vel quod magis placet, quod Papiniani ſententia eo tempore nondum recepta fuerit, ſed poſtea demum a Iuſtiniano confirmata ſit. Idque coarguunt verba ipſius Iuſtiniani *in l. cum acutiſſimi 30. infr. de fideicom.* dum ait: *nos huiuſmodi ſenſum merito mirati, pleniſſimum ei donamus euentum, &c.* Item ex princ. noſt. §. *cum autem*, inuenimus excelſi ingenii Papiniannm, in huiuſmodi caſu, in quo pater filiis ſubſtituit, nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, optimo intellectu diſpoſuiſſe, &c. vtroque in loco haud obſcure inſinuans, ſe Papiniani interpretationem, nedum legis auctoritate donaſſe, verum etiam inſigni incremento auxiſſe, vt quamuis verba teſtatoris repugnare viderentur, item reſponſa aliorum Iuriſconſultorum, his religioſius innitentium, tamen coniecturam pietatis, & voto parentum reſpondentem proprietati verborum præferret.

Lex, Si quis heredem 7.

Summaria.

1 *Conditiones promiſcuæ, poſt mortem teſtatoris impleri debent, & ratio.*

2 *In aliis conditionibus ſufficit euentus, ſiue viuo, ſiue mortuo teſtatore obtigerit.*

3 *Conditionem difficilem ſemel impletam eſſe ſufficit, quamuis ante mortem teſtatoris cauſſa mutetur.*

4 *An legatu alicui adſcriptum, ſi monaſterium ingrediatur, perimatur, ſi poſtea inde recedat.*

5 *Si culpa legatarii conditionis cauſſa mutata ſit, legati commodum ipſi auferetur.*

6 *Conditiones, quæ tractum temporis habent, perſeuerantiæ conſilium exigunt.*

IN præludiis noſtri tituli oſtendimus conditionũ alias eſſe poteſtatiuas, alias vero caſuales, denique alias mixtas. In poteſtatiuis adhibuimus diſtinctionem, an faciles & ꝓmiſcuæ eſſent, an vero difficiles. Cognitio huius diuiſionis eo pertinet, vt ſciamus, quo tempore pareri cõditioni poſſit aut ſufficiat illam eueniſſe. Etenim vt ait Paul. Iuriſconſultus, *in leg. ſi iam facta 11. §. 1 ff. de conditio. &*

Digitized by Google

1 *demonſtrat.* Promiſcuæ † conditiones poſt mortem teſtatoris impleri debēt, nam ſi viuo teſtatore eueniſſent, hæc res parum ſuffragaretur. Nam, vt recte colligit Vlpian. *in l. 2. eod. tit.* vt quis paruiſſe conditioni videatur, ſcire debet hanc conditionē teſtamento inſertam, nam ſi fato fecerit, non videbitur obtemperaſſe conditioni. Porro moris eſſe non ſolet, vt ante mortem teſtatoris teſtamenta aperiantur, *l. 1. ff. teſtamen. quemad. aperiant. & toto paſſim tit.* Deinde etiam ſi imaginemur, id ad ipſum legatarium permanaſſe, tamen non pōt intelligi paruiſſe conditioni, ex quo teſtamentum vſque ad vltimum vitæ ſpiritum reuocare poſſit, *l. ſi quis, in prin. 22. ff. de leg. 3.* In illis autem conditio-
2 nibus † quæ promiſcuæ, aut in procliui non eſſent, benignior interpretatio admiſſa eſt, vt ſatis ſit illas; etiam viuo teſtatore eueniſſe, *dict. leg. ſecunda, ff. de condit. & demonſtrat. item, d. l. ſi iam facta 11. § 1. l. Publius 36. ff. eod. tit.* ſiue caſuales ſint, ſiue mixtæ, ſiue poteſtatiuæ. In quo numero recenſentur duæ conditiones hac noſtra lege comprehenſæ, ſi Titius prætor vel conſul factus fuerit, item ſi filia mea nupta fuerit, ſiue has conditiones poteſtatiuis adſcribamus, *vt facit gloſſ.* ſiue priorē fortunæ & caſibus adſcribamus, cum non vtique in manu alicuius ſit, vt ad conſulatum emergat, qui ſuffragiis populi mandari ſolet, aut reſcripto Imperatoris, *l. 1. ff. de crimin. ambit.* Cōuenientius itaque exemplum proponi poſſet, in teſtatore, qui legatū adſcripſerit, ſub illa conditione, ſi quis in Doctorem promoueatur.

His ita conſtitutis quæſtionis eſt, quam vtilitatem præſens definitio habeat, cum Iuriſconſultorum reſpōſis hæ quæſtiones diremtæ intelligantur, & Iuſtinianus multis in locis profiteatur, ſe nihil quod ſuperfluum eſſet, Codici inſeruiſſe. Sciendum itaque eſt ex prioribus quæſtionibus naſcentem controuerſiam hac conſtitutione decidi, an ſcilicet ſatis ſit, quem conſulem factum eſſe,
3 aut † nuptias cōtraxiſſe, quamuis ante mortem teſtatoris huiuſmodi cauſſa mutata ſit. Et videbatur non ſufficere, quod circa conditiones mortis tempus ſpectemus, *d. l. Publius 36. ff. de condit. & demonſtr.* Hactenus ſcilicet, vt quis in eodem ſtatu perſeueret, cum non videatur ſatisfactum eſſe menti teſtatoris, ſi momento vel certis diebus quid fiat, & poſtea, quis a propoſito reſiliat, *arg. l. 3. ff. de diuort. Item l. plerique 33. ff. de ritu nuptiar. l. debitor 32. ff. de pignor.* ea ſcilicet, non eſſe in conſideratione, quæ ad tempus fiant, ſed quæ eo animo & conſilio ſuſcipiātur, vt perpetuo maneant. Hanc igitur altercationem nedum in inſtitutionibus, ſed etiam in legatis & fideicomiſſis Iuſtinianus dirimere voluit, conſtituens ſatis eſſe, quod quis in conſulem euaſiſſet, quamuis conſulatum viuo teſtatore depoſuiſſet, vel quod filia nuptias contraxiſſet, quamuis per diuortiū vel mortem mariti nupta eſſe deſiiſſet, ne dum nimia vtimur ſubtilitate, iudicia teſtantium defraudentur.

Hanc definitionem Iaſon *hic nu. 4.* transfert ad celebrem illam quæſtionē, an ſi pater filio ſubſtituerit, ſi ſine liberis deceſſiſſet, ſatis ſit ad repellendum ſubſtitutū, quod proles ſuſtulerit, quamuis illæ poſtea ab hac luce ſubtractæ ſint. De qua quæſtione diſſeruimus *in l. generaliter, h. noſt. tit. num. 5. & ſequen.*

Exſiſtit deinde & alia iuris controuerſia, quam a Bartolo hoc loco *num. 3.* excitatam, late proſequuntur doctores, an ſcilicet, ſi teſtator alicui legatum † relinquat, ſi mona- 4
ſterium ingrediatur, & is monaſterium ingreſſus poſt certum tempus inde recedat, legatum ipſi nihilominus debeatur, hanc enim quæſtionem indeciſam idem Bartolus relinquit. Ceterum Ang. *num. 1. Caſtrenſ. nu. 3. Salyc. num. 2. Fulgoſ. num. 2. Alex. nu. 2. Corn. nu. 6. Ioan. ab Imol. in l. ſubſtitutione, ff. de vulg. & pupill. ſubſt. Andr. Tiraq. de retract. gentilit. § 1. gloſſ. 8. nu. 33.* vbi plures refert, cōſtituunt verba cum effectu exaudienda eſſe, nimirum de illo, qui in eodem propoſito perſeueret, atque ingreſſum profeſſione confirmet, quod defendi poteſt, *arg. auth. ingreſſi, ſupr. de ſacroſan. eccleſ. & auth. ſi qua mulier. eod. tit.* cum teſtator effectum rei ſpectaſſe videatur, *l. 1. §. hac autem verba, ff. quod quiſque iuris in alium ſtat. &c.* vt ſcilicet religioſus vel religioſa fieret, quod ante profeſſionē contingere non ſolet, *c. 1. de regularibus, lib. 6.* vbi Dominicus & Philip. Franc. *c. ad Apoſtolicā, extr. eod. tit.* vnde etiam poſtea intempeſtiue exeūdo monaſterium, illud fraudare compendio in profeſſione quæſito, *d. authen. ingreſſi,* non poteſt, *l. inter antiquam, & l fin. ſup. de vſufruct.* Et quamuis Iaſon *hic nu. 12. & 13.* exiſtimet ad implendam hanc cōditionem ſatis eſſe, quod quis monaſterium ingrediatur, quamuis poſtea ad ſeculū redeat, quod diuerſa ſint intrare monaſterium, & profiteri, *cap pen. de regular. in 6. in verb. religionem ingreditur & profitetur, & c. beneficium, eod. tit.*

tamen

Digitized by Google

tamen ex ſententia Decii *hic num. 5.* reſpon-deri poteſt, id nonnunquam fieri ad maiorem declarationem, quemadmodum cum genus diſtinguitur a ſpecie ſua, *l. ſanctio legũ, ff. de pœn. l. doli clauſula, ff. de verb. obligat.* ipſe vero Decius hanc quæſtionem paulo aliter moderatur, diſtinguẽdum eſſe, an poſt profeſſionem quis egrediatur, an vero intra annum probationis, vt hic legatum ſaluum ſit, illic vero reuocatio locum habeat, quod verba diſponentium ſecundum leges in dubio accipienda ſint, & nemo culpam contrahat intra annum, quo periculum facere inſtitutorum monaſterii ſolet, exeundo, *ca. ad Apoſtolicam, de regularibus*, mihi tamẽ religio eſt a communi ſentẽtia diſcedere, quod argumentis ſupra a nobis relatis ſatisfactum non ſit. Ex quibus intelligitur non fuiſſe hanc mentem teſtantis, vt duntaxat periculum faceret monaſticæ regulæ, ſed eandem cum effectu ſuſciperet. Sit igitur hæc prima declaratio noſtræ regulæ, nõ ſufficere quod quis conditioni paruerit, ſi in eadem ex veriſimili mente teſtatoris non perſeueret.

5 Huic denique cõiuncta † eſt altera, idem probandum eſſe, ſi culpa legatarii coargui poſſit, ab eodem ſtatu temere diſcedentis, *Ang hic nu. 1. Salyc. nu. 2. Bald. n. 6.* Nec obſtare putamus definitionem noſtræ legis de diuortio loquentis, cuius argumento contrarium defendunt Corn *hic nu. 11. Iaſ. n. 14. Sichard. n. 6.* Etenim cum diuortium ex iuſta cauſſa fieri poſſet, *l. conſenſu, ſupr. de diuort.* nihil prohibet legem noſtram intelligi eo caſu, qui menti teſtantis reſpondeat, quo ſcilicet filia ex iuſta & vrgenti cauſſa ad diuortium prouocet, nõ autẽ ſi repentino aliquo motu id faciat, *l. reprehendenda, h. t.* idq; indubitatum eſſe videtur, ſi certa perſona comprehenſa ſit, cui nubere debeat, ita enim conciliat has duas leges, *Iohan. ab Imol. l. in ſubſtitutione, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* ne admiſſa contraria interpretatione, eius voluntas circumſcribatur, idque iuſtiori ex cauſſa procedet, ſi appareat eo cõſilio quem conditioni paruiſſe, vt legati compendio relato, ſtatim reſiliret, vt fatentur etiam ipſe Iaſ. *nu. 14. Sichard. n. 6.* quod plerunque ex breuitate temporis conſtituitur *arg. d. l. 3. de diuort. item l. plerique. ff. de ritu nupt. l. ſi ventri, §. fin. ff. de reb auctorit. iud. poſſid.*

Tertia declaratio eſt, ſi conditio, quæ te-
6 ſtamento adſcribitur, tractũ † temporis habeat, veluti ſi cũ vxore mea aut matre morabitur, aut ſi negotiis meis vel heredum meorum, vt ſolet, interuenerit, *l. ſi quis ita legauerit 8. ff. de condit. & demonſt. l. ſi a te 16. ff. ſi ſeru. vind. vel alio pert. neget. Iaſon. hic. num 14. poſt Bald. Ioh. de Imol. Caſt. & Alex. in hanc ſententiam allegatos, Sichar. nu. 6.*

Lex, Si teſtamentum 8.

SVMMARIA.

1 *Ex mente teſtatoris definiri ſolere, quæ diſpoſitiones conditionales ſint.*
2 *Legatum ſecundum conditiones infra ſcriptas relictum, non propterea vitiari, quod poſtea nulla cõditiones adiecta ſint.*
3 *Dubitandi cauſſa circa præcedentem concluſionem.*
4 *Cauſſa decidendi.*
5 *Fundorum nomina deſtinatione noſtra conſtituuntur, minuuntur, augentur.*
6 *Dictionis, ſecundum, an illa natura eſſe intelligatur, vt diſpoſitionem conditionalem inducat.*
7 *Quid obtineat in feudo quod conceſſum ſit ſecũdum, aut prout illud maiores ipſius habuiſſent.*
8 *Intellectus l. quotiens, §. tantundem, ff. de hered. inſt.*
9 *Explicata l. 2. §. fin. ff. eod tit.*
10 *Interpretatio l. ſi ita ſtipulatus. ff. de verb. obligat.*
11 *Error conſenſum non habet.*
12 *In contractibus vtriuſque partis conſenſum ſpectari, in teſtamentis ſolam teſtantis voluntatem.*
13 *Si diſpoſitio imperfecta ſit propter relationem, & de relato non appreat, vitiabitur ipſa diſpoſitio.*

CVm in tota teſtamẽti cõceptione, tum maxime in conditionibus quę inſeruntur, voluntas teſtatoris perpẽdi debet, quippe quæ illas regat, *l. in conditionib. 19. ff. de cõd. & demonſt.* & tantam vim † circa effectũ earundem obtinet, vt inde definiri debeat, an 1
veræ conditiones ſint, an minus, *d. l. in conditionib. §. 1.* Non n omnes diſpoſitiones, q̃ aliquam imaginẽ conditionis habent, propterea conditionales iudicandæ ſunt, ſi natura rei vel voluntas teſtatoris repugnet, *vt oſtendimus in præludiis tit. noſt. in prin.* Hinc non inconuenienter Iuſtinianus hac conſtitutione illam dubitationem ſubmouet, quæ naſci † poterat ex teſtamẽto illius, qui 2
Mæuium heredem inſtituerat, ſecundum conditiones infra ſcriptas, cũ tñ poſtea nulla conditio teſtamento adiecta deprehenderetur: negat n. propterea vitiari inſtitutionem, ſed illam haberi pro pura, ſecutus argumentum Papiniani, *l. cum pater 77. §. fin. ff. de legat. 1.* quod cum quidam reipub. vicos ex cauſſa fideicommiſſi reliquiſſet, qui proprios fines habebant, non ideo minus illos deberi reſpõdit, quod teſtator fines eorum & certaminis formam, quam celebrari ſingulis annis voluit, alia ſcriptura ſe declaraturum promiſiſſet, & poſtea morte præuentus id non feciſſet.

Digitized by Google

3 Non vna ſed multæ dubitandi † cauſſæ erant. Primo, quod ex *l. quotiens 9. §. tantundẽ, ff. de hered. inſtit.* edoceamur, ꝙ ſi quis non addidit conditionem quã inſerere deſtinauerat, non videatur aliquem heredem inſtituiſſe. Deinde, quod *l. 2. eod. tit. §. fi.* caueatur illum heredem non eſſe, qui inſtitutus ſit ex partibus, quas teſtator adſcripſiſſet, cũ idem teſtator nullas partes ſuo teſtamento comprehendiſſet. Tertio, quod ex *l. ſi is, qui 25. & l. ex ea ſcriptura 29. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* intelligamus nullum eſſe teſtamentum, quod imperfectum ſit ratione voluntatis. Quarto, quod reclamare videatur definitio *l. Stychum 6. ff. de legat.* 1. omnem conditionalem diſpoſitionem etiam per formam relationis conceptam vitiare ipſam diſpoſitionem, ſi conditio euentum non habeat. Quinto, quod negotium exhibeat reſponſum eiuſdem Papiniani, *l. ita ſtipulatus 115. ff. de verb. obligat.* Quod ſi quis ſtipulatus ſit, aliquam ſiſti certo loco, ita vt ſi non ſtiterit, quinquaginta aureos pœnæ loco daret. Addit enim, quod ſi dies in ſtipulatione per errorem omiſſus eſſet, cum id ageretur, vt certo die ſiſteret, imperfectam eſſe ſtipulationem, non ſecus, ac ſi quod pondere numero menſura continetur, ſine adiectione põderis numeri vel menſuræ ſtipulatus eſſet, vel inſulam ædificari non demonſtrato loco, vel fundum dari non adiecto nomine. Sexto, quod omne relatiuum nitatur fundamento ipſius relati, vt ſi illud falſum aut nullum ſit, corruant quoque & reliqua, *authen. ſi quis in documento, ſupr. de edend. & l. ſi ſic, §. 1. ff. de legat. 1.* quemadmodum etiam confirmans diſpoſitio requirit validitatem eius ꝙ cõfirmetur, *l. & quia, ff. de iuriſd. omn. iud. c. cum dilecta, de confirm. vtil. & inutil. & c. cum inter. de re iud.*

4 His tamen & ſimilibus † argumentis Iuſtinianus nequaquam tantum deferendum eſſe exiſtimauit, quin ſtatueret id quod ſupra propoſitum eſt: motus interpretatione ipſius Papiniani, & reſponſi iam a nobis relati. Et quamuis Donell. *hic nu. 2.* putet, huiuſmodi reſponſum parum conuenienter ad cauſſam traduci, quod ibidem omiſſa ſit demonſtratio, non autem conditio, & quod putet potiorem rationem in eo conſtituendam, quod verba in præſenti lege relata hũc intellectum recipere videantur, ſecundum conditiones infra ſcriptas, id eſt, ſi conditiones adiecero, tamen quod parum liberali interpretis officio fungi videatur, quodque hæc verba ſecundum conditiones infraſcriptas, non videantur incertum illum euentum, qui proprie appellatione conditionis continetur, duntaxat deſignare, ſed etiam alias qualitates, vt modum, demonſtrationem, *vt in l. 2. §. fin. ff. de donat. l. Meuia 44. ff. de manumiſſ. teſtamen.* illi minime ad ſtipulandum duxi. Deinde obſeruandum eſt, Imperatorem nõ ſolum ſpectare, quid ſenſerit teſtator eo tempore, quo hæc verba proferret, ſed quæ fuerit ipſius mens atque deliberatio, quo teſtamentum perficeret, vel quo denique vitam cum morte comutaret. Cum enim nullas conditiones, ſiue alias qualitates, quibus inſtitutionem, legata, vel fideicommiſſa aſtringeret, interea temporis adiecerit, iudicari non poteſt a priori conſilio receſſiſſe, ne operam in condendo teſtamento luſiſſe videatur, & ſuum ipſius iudicium impugnaſſe, contra definitionem *l. 3. ff. de teſtam. milit.*

Nec obſtat, quod alia natura ſit demonſtrationis, alia vero conditionis, cum falſa conditio perimat legatum, *l. demonſtratio 17. §. at ſi conditionaliter, ff. de condit. & demonſtr.* non autem idem obtineat in demonſtratione *d. l. 17. in prin. & l. falſa 23. ff. eodem.* Notandũ enim eſt, id in demonſtratione fundi & finium ipſius non æque procedere, quod vt ait Iuriſconſultus *in l. quod in rerum 24. §. quod ſi poſt teſtamentum, ff. de legat. 1.* fundorum nomina deſtinatione † noſtra conſti- 5
tuantur, minuantur, augeantur, de qua re copioſe Bart. *in l. ita ſtipulatus, ff. de verb. obligat. num. 6. & 7.* adeo, vt demonſtratio hoc caſu idem poſſe videatur quod conditio. Accedit quarto, quod dictionis, † *ſecundum,* 6
non videatur illa eſſe natura, vt diſpoſitionem conditionalem inducat, *vt hac noſtra lege. Item l. eum 5. §. Iulianus, ff. de conſtit. pecun. vbi illud obſeruauit Bart. & alii doctores.* Nam & ſimilibus dictionibus, veluti, *ſicut, prout, quemadmodum,* &c. idem euenire videmus, vt non vitient diſpoſitionem, quamuis non appareat de relato, aut quod per relationem inſinuatur, nunquam euenerit, *ca. Abbate, de verb. ſignific. c. venerabilis, de confirm. vtil. & inutil.* Vnde ſi Iudex aliquem cõdemnaſſet, vt certos frumenti modios ſolueret, ſecundũ quod anteceſſores ſui feciſſent, non vitiabitur condemnatio, quamuis non conſtet, quod maiores hãc ſummam intulerint Iaſ. *hic num. 4. Philip Dec. nu. 2. Iohan. Sichard. num. 4. Caſtr. in l admonendi, ff. de iureiur. nu. 16. Iaſ. nu. 38. Henricus a Roſenthal. in ſuo tract. feud.*

Digitized by Google

feudal.c.6.concluſ.24.num.2.ſub lit.D.vbi plures allegat. Pari ratione ſi quis certũ fundum
7 prædium,vel caſtrum,Titio in feudũ † concedat ſecũdum aut prout, vel ſicut maiores ipſius illa habuiſſent, nõ propterea infirmabitur conceſſio, quod nõ appareat maiores ipſius tale caſtrum in feudum habuiſſe, aut quod etiam aperte conſtet rẽ aliter ſeſe habere,*ita Caſtr.h.n.1.Dec.n.2.Iaſ.n.4.Sich.n.4. Oldr.conſ.121.n.12.Carol.Molin.ad conſuet.Pariſ.§.1.n.66.Felyn.c.2.de reſcr.n.11. Sicha.in ſuo tract.feud.part.5.c.2.n.55. Henr.a Roſenthal.d.c.6.concluſ.24.n.2.ſub lit.C.* idq; defendi poteſt arg.noſtr.legis,*item d.l.eum,§.Iulianus,ff. de conſt.pecũ.l.ex hac ſcriptura,ff.de don.l.ſi donatio,infr.de donat.c.venerabilis, de confirmat. vtil.& inutil.c.Abbate,de verb.ſign.*

Quibus ita digeſtis, non excutient nos de curſu ſuſceptę defenſionis,illa argumenta,quæ dubitandi cauſſa in medium addu-
8 cta ſunt. Etenim † quod ad *l.quotiens,§.tantundem* attinet, illa cõciliationem ex eo inueniet, quod vt repudiata interpretatione gloſſæ Bart.*hic in prin.Ang.n.1.Caſt.n.3.Dec. n.4.Corn.nu.12.* animaduerterunt, ibidem teſtatori propoſitum fuit, vt ipſa inſtitutio nullo modo valeret, niſi conditione adſcripta,ſiue quod verba ſua conceperit per dictionem conditionalem, Titius heres eſto, ſi conditiones adſcripſero,ſiue ꝙ alio modo voluntatem ſuam declarauerit, ita vt ambiguitatem non recipiat,puta quod ex præfatione,vel alia proteſtatione appareat,teſtatorem noluiſſe inſtitutionẽ ratam eſſe, niſi conditiones exprimerentur, *arg. l. contra-*
9 *ctus,ſupra.de fid.inſtrum.* Tantum abeſt † vt *l.2.§.fin.ff. de hered. inſtit.* ſubuertere poſſit ea, quæ a nobis confirmata ſunt, vt potius aſſerere cauſſam noſtræ enũtiationis videatur. Diſtinguit enim Iuriſconſultus initio eius legis, inter verba præteriti & futuri tẽporis,vt ſiquidem quis heredem inſtituit,ex partibus quas adſcripſi,nulla ſit inſtitutio, ſi partes deſignatæ non ſint. Quod ſi vero aliquem ita heredem declararit, ex partibus quas adſcripſero, valeat inſtitutio, ſiue illas poſtea expreſſerit,ſiue nõ expreſſerit, quod videatur ſibi ſeruaſſe,quod ex natura diſpoſitionis continebatur,vt ſcilicet partes quas exiſtimet deſignare poſſit,aut ſi nullas poſtea complexus ſit,intelligatur eos ex æquis portionibus heredes ſcripſiſſe. Quod, vt tertio commemoratur,voluntas imperfecta vim teſtamenti non habeat,id nos haud grauate concedimus,vt in legibus e contrario allegatis. Negamus autem in præſenti controuerſia volũtatem eſſe imperfectam, ex cauſſis ſupra cognitis, quod ſcilicet inſtitutio per ſe perfecta ſit, quamuis conditio nulla adiiciatur, quod teſtator expreſſit id, quod ſui erat arbitrii,quod nullas conditiones adiiciendo videatur, vel a propoſito reſiliiſſe,vel quod incerta mente agitarat, priori diſpoſitioni & iuri reliquiſſe.

Quod quarto de conditionis natura obiicitur, nos quoq; libenter agnoſcimus, ſed antea probandum fuerat hæc verba conditionem inſtitutioni dediſſe, rationes enim ſupra a nobis collectæ, cõtrarium euincunt.
Quæ quinto ex *l.† ita ſtipulatus,ff. de verb.* 10
oblig. in noſtram legem contorquentur, duplici ex cauſſa ſolutionem inuenient. Primo
quod ibidem error interuenerat, cum † er- 11
ror conſenſum non habeat, *l.ſi per errorem cum l.ſeq ff.de iuriſd.omn.iud.l.1.ff.de iud.l.cum tale 62.§.falſam,ff.de cond. & demonſt. Thomas de Marinis de generib.& qualit.feudor.tit.2.n. 71.& 72.Oldrad.conſ 121.nu.13.Henric.a Roſenthal.in ſua ſynopſi feudali c.6. concl.24.nu.8.* vbi etiam idem probant in conceſſione feudi, quod hoc modo collatũ ſit, vt ſupra meminimus,ſi dominus de errore ſuo doceri poſſit. Deinde, quod ſeparata ſit cauſſa teſta-
menti & contractuum,cum in † contractib. 12
maxime in ſtipulatione ſpectemus vtriuſq; voluntatem,ordine verborum recte cõprehenſam,*l.1.§.1.& 2. Item l.5.§ ſtipulatio.ff. de verb.oblig.* in teſtamentis aũt conſideremus, quid teſtator ſenſerit, *l.in conditionibus 19.ff. de cond.& demonſt.* Reliquum eſt ſextum argumentum, pro cuius diſſolutione ſciẽdum eſt,referre,an ipſa conceſſio certa ſit,quamuis relationem aliquam contineat, an vero incerta,veluti ſi quis dicat,ego concedo Titio in feudum omne ius,quod maiores ipſius in tali fundo habuerunt: priori n. caſu conceſſio non vitiabitur,quamuis non appareat de relato: Secundo vero caſu diuerſum obtinebit,quod hæc diſpoſitio plane imperfecta
ſit,niſi de relato † appareat, *l. legaui 25.ff. de* 13
liberat. legat.l. ſi ſic 75.§.1.ff.de legat.1.vbi Dynus,Bar.& alii Felyn.d.c.2.n.11. vbi illud multis exemplis illuſtrat. Henric.a Roſenthal. *dict. concluſ.24.nu.6.*

Lex, Cum quidam fin.

SVMMARIA.

1 *An tacita pupillaris ſubſtitutio matrem excludat.*

2 *Auctores qui id defendant cum ſeptem argumentis.*

Digitized by Google

3 *Contrariæ ſententiæ auctores cum totidem argumentis.*
4 *Confirmata prior ſententia.*
5 *Non eſt capienda interpretatio, vt nouæ conſtitutiones Iuſtiniani ſuperfluæ dicantur.*
6 *Intellectus l. precibus h. t.*
7 *Matrem ſubſtitutum excludere, ſi coniecturæ hac lege comprehenſæ concurrant.*
8 *Patrem teſtamentum pro filio facientem, eius matrem excludere poſſe.*
9 *Expreſſa diſpoſitio tunc maiorem vim habet, cum illud diſerte cautum eſt.*
10 *Generali diſpoſitioni ſtandum, quoad de exceptione doceatur.*
11 *Sermo generalis generaliter accipi debet.*
12 *In praxi temere ab vltima ſententia recedendum non eſſe, & rationes.*

NEminem vel mediocriter in iure noſtro verſatum prætérire poteſt, quantopere ſe noſtri interpretes in explicatione pſentis legis defatigarint, maxime circa quæſtionem, an tacita pupillaris ſubſtitutio, quam clauſula vulgaris ſubſtitutionis complecti ſolet, *l. iam hoc iure 4. ff. de vulgar. & pupill.*
1 *ſubſtit.* etiam matrem † excludat, ſunt enim qui illud aſſerant, *vt Fulgoſ. in præſenti noſtr.*
2 *l. num. 5.* † *Paulus Leonius in tract. de ſubſtitut. tit. de vulg. ſubſtit. num. 114. Emanuel Soarez, in addit. ad Anton. Gomeſ. variar. reſolut. tom. 1. cap. 4. num. 8. Ferdinand Vaſquius de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 15. num. 14. Philip. Dec. in leg. precibus, infra titul. prox. numer. 13. & Curtius Iunior ibid. num. 26.* qui duo tamen auctores ſunt hanc ſententiam diſputatiue, vt ipſi loquuntur poſſe ſuſtineri. Accedūt Vigl. Zuichem. *Inſtit. de vulg. ſubſtit. n. 16. Conanus lib. 10. ſuorum comment. c. 8. nu. 13. Hugo Donell. in l. precibus, tit. prox. num. 5. Anton. Faber coniect. lib. 15. c. 9.* Præterea Salyc. Caſtellioneus & Cato Saccus relati a Iacobo Menochio *lib. 4. præſumt. 39. num. 22.* Mouentur autem variis argumentis.

Primo auctoritate noſtræ legis, in qua cū quidam prægnantem vxorem heredem inſtituiſſet, ex vna parte, ventrem vero ex alia parte, & ſi illi nullus poſthumus natus eſſet, alium heredem ſubſtituiſſet, & poſthumus natus impubes deceſſiſſet, mater (quæ illorum collectio eſt) ex ſententia Papiniani & Iuſtiniani propterea admittitur, quod pater ſubſtantiæ ſuæ partem vxori reliquiſſet, vnde naſcebatur illa coniectura, quod etiam luctuoſam filii hereditatem voluerit ad eandem deferri. Quemadmodū enim vulgaris ſubſtitutio ex interpretatione legis voluntatem patris ex coniecturis indagantis continet pupillarem ſubſtitutionem: ita contraria voluntatis argumenta, quæ potiora ſint, has coniecturas elidere poſſunt, *vt in præſenti noſtra lege*, vbi duæ rationes id impetrare videntur. Vna fauor matris ſiue coniectura pietatis: Altera quod parēs vxorem ſuam adeo propenſa affectione proſecutus ſit, vt illam filio coheredem ſcripſerit, inferentes vnam rationem, vbi plures requirantur, hunc effectum non habere, *l. 5. ff. de condit. inſtit. cum ſimil.*

Secundo adducunt in fulcimentum huius opinionis *l. precibus, infr. ſeq. tit.* dum ibidem commemoratur, quod non ſit incerti iuris, quod ſi primo caſu tantū habuit ſubſtitutum, & patri heres exſtitit filius, eo defuncto ad matrem eius ſucceſſionem pertinere, quaſi Imperator inſinuare velit, quod ſi ſimpliciter, & non cum illa dictione taxatiua ſubſtitutus eſſet, mater minime eſſet audienda.

Tertio commendare hanc ſententiam videtur *l. Lucius 45. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quæ aperte præ ſe fert, matrem ex huiuſmodi ſubſtitutione repellendam fuiſſe, ſi ſubſtitutio reciproca, de qua ibidem mentio fit, fuiſſet facta perſonis idoneis, id eſt, duobus filiis, qui eſſent in poteſtate, vnde cum vnus eſſet legitimus, alter autē naturalis, ſubſtitutionem propter perſonam filii naturalis locum non habuiſſe.

Quarto, non mediocriter vrget, quod cum exceptio confirmet regulam *l. quæſitum, §. denique, de inſtr. & inſtr. leg. Nouell. de reb. eccleſ. non alien. §. vt autem, & l. iam hoc iure 4. ff. de vulgar. & pupill. ſubſt.* duntaxat duæ exceptiones proponantur, vna ſi perſonis imparibus ſubſtitutio fiat, altera, ſi voluntas teſtatoris manifeſta eſſet, de matre autem nulla mentio fiat, quod per conſequens ea ius commune agnoſcere debeat.

Quinto, quod is quem teſtator in primo caſu prætulit & magis dilexit, etiā in ſecundo caſu prælatus videatur, *arg. l. Publius 36. §. 1. ff. de cond. & demonſtr.* qua de cauſſa cum teſtator ſubſtitutum in primo caſu propenſiori voluntate complexus ſit, videri debet illud etiam in ſecundo caſu feciſſe.

Sexto, quod cū expreſſa ſubſtitutio matrem excludat *l. Papinianus 8. ff. de inoff. teſtamen. §. ſed nec impuberis*, cōſequenter idem etiam eueniat in tacita, per argumentum ab expreſſo ad tacitum, *l. de quibus ff. de legibus.*

Vltimo, quod cum tacita ſubſtitutio vulgaris, quæ ſub pupillari expreſſa continetur, *l. iam hoc iure 4. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. & l. quamuis,*

Digitized by Google

quamuis inf. tit. prox. ſecundũ definitionem gloſſæ *hic in verb. prior,* Bart. *nu. 2.* Alex. *nu. 5.* *Iaſ. n. 5.* item compendioſa vel militaris ſubſtitutio hoc efficiat, vt oſtendit Ang. Math. *lib. 1. de legat. & fideicom. c. 12. num. 2.* vbi hanc ſententiam communem renuntiat, idemq; etiam procedat in reciproca ſubſtitutione, *l. Lucius 45. ff. de vulgar. & pupil. ſubſtit.* alienum videri poſſit, ſi hoc reſpuamus in ſubſtitutione tacita pupillari, quæ ſub vulgari comprehendatur.

3 Hactenus exhibuimus † nomina doctorum & argumenta, qui affirmatiuæ ſententiæ ſe vindices conſtituerunt. Non deſunt tamen, imo multo plures ſe offerunt, qui contrariæ opinionis propugnationem ſuſceperint, *vt gloſſ. hic in dict. prior. Cyn. num. 1. Odofred. nu. 2. Bart. n. 5. Bal. n. 3. Ang. n. 1. Caſtr. num. 3. Alexand. n. 4. Salicet. n. 3. Fran. Aret. num. 4. Corneus. num. 15. & 17. Alber. num. 2. Iaſ. nu. 3. Sichard. nu. 6. gloſſ. in l. precibus. inf. tit. prox. in dictione fideicommiſſi, & ibidem Caccialup. nu. 5. & 7. Bart. Socin. in l. 2. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. num. 22. Ripa num. 46. Alciat. n. 55. Marian. Socin. in l. centurio eod. tit. num. 111. Raph. Cuman. in l. Lucius eod. tit. n. 8. Io. ab Imol. ibid. n. 7. Nicol. Euerhard. in ſuis locis legalibus, in loco ab expreſſe ad tacitum, n. 10. Iacob. Menoc. præſumt. lib. 4. c. 39. n. 1. Ang. Matheat. lib. 1. de legat. & fideicom. c. 12. n. 1. Vacon. lib. 4. declarat. iuris c. 55. Zaſius de ſubſtit. pupil. num. 22. Iacob. Cuiac. lib. 12. obſer. 27. Sfort. Oddus in tractat. de præſcriptionib. part. 3. q. 7. nu. 5. Emanuel a Coſta in c. ſi pater in 2. part. in verb. ſuperſtite matre, n. 4. de teſtam. in 6. Tir. q. de priuilegio piæ cauſſæ, priuil. 69. Michael Graſſ. in theſ. comm. opin. in verb. ſubſtitutio q. 30. n. 4. vbi plures refert, vt etiam facit Ferd. Vaſq. lib. 2. de ſucceſ. progreſ. §. 11. nu. 18. And. Fach. lib. 4. contr. iuris, cap. 40. Trentacinquius de ſubſtit. part. 1. c. 12.* Et hanc opinionem communem eſſe conſtituunt Alc. Ang. Math. Mich. Graſ. Iacob. Menoch. in locis allegatis. Nec pigebit huius opinionis fundamenta conſectari.

Principio vim conſtituunt *in l. precib. inf. de impub. & aliis ſubſtitut. in verb. nam non eſt incerti iuris*, quod ſi quidem in patris militis poſitus poteſtate, primo caſu tantũ habuit ſubſtitutũ, & patri heres exſtitit, eo defuncto ad te omni modo pertineat ſucceſſio, vt dictio, *tantum*, non ſit teſtatoris, vt quidam arbitrantur, ſed legis, ita vt hinc aperte colligatur, quod ſi pater filio impuberi duntaxat vulgariter ſubſtituat, quod Imperator appellat in primũ caſum, & is poſt mortem parentis intra pupillarem ætatem decedat, mater non ſubmoueatur per tacitam ſubſtitutionem pupillarem.

Secundum fundamentum metiuntur ex definitione noſtræ legis, quæ quamuis plures rationes cõiungere videatur, tamẽ principaliter inde moueatur, quod luctuoſa filii hereditas matri inuidenda non ſit.

Tertio quod conuerſo ordine mortalitatis, non minus pie parentibus hereditas relinqui debeat, quam liberis, *l. nam etſi, 14. ff. de inoff. teſt.* & abſurdum videatur, ſi illi ad quos pertinet ſummi doloris acerbitas, ſolatio triſtis ſucceſſionis fraudentur, *l. iure ſuccurſum, ff. de iur. dot. & l. 1. & tot. tit. ff. ad S C. Tertull.*

Quarto quod propoſita hereditatis conditione, mater tãto promptior reddi poſſit, ad quaſuis moleſtias & labores ſubeundos, *l. matris & l. cum a matribus, Itẽ l. fin. ſup. qui tut. petant. l. 2. §. ſi mater, ff. ad S C. Tertull. item arg. l. nec ei 17. §. præterea, ff. de adop. l. quidam, §. illo, inf. de neceſ. ſeru. hered. inſtit.* & crudelitati proximum videatur matri damnũ hereditatis debitæ infligere, contra rationem *l. at ſi quis, §. Diuus, ff. de religioſ. & ſumptibus funer. & §. cum igitur, Nouel. de non elig. ſecund. nub. mulier.*

Quinto quod expreſſa voluntas, in multis iuris noſtri definitionibus maiorem vim habeat, quam tacita, vt apparet in prorogatione temporis ad appellationem definiti, quæ diſerte interponi poteſt, *leg. quamdiu, ff. de appellation.* cum tamen tacitus conſenſus non ſufficiat *cl. ſi appellationem eod. tit.* Pari ratione *l. Diuus ff. de ſeruitut. ruſtic. præd.* intelligimus expreſſam prohibitionem ius aucupandi in alieno fundo adimere, non autem idem conſequi prohibitionem tacitam *l. qui vas, 44. §. 3. verſ. vetare, ff. de furt.* Eodemque referri poſſunt diuerſa iuris noſtri pronunciata, ex quibus idem colligatur, *vt in l. pater 2. reſpon. ff. de manumiſ. vindict.* Item *l. ſi quis, in prin. 22. ff. de legat. 3.* ſi iungatur cum *l. fin. ff. de legat. 2. l. 3. §. fin. ff. de condict. cauſſ. dat. cauſſ. non ſecut. cum interpretatione gloſſæ & Bartoli l. ſi filius, ff. de vulg. & pupil. ſubſtit.* inducendo eam, vt Iaſ. facit *in l. ſeruum filii §. ſi idem, ff. de legat. 1. n 13.*

Sexto quod qua ratione lex tacitam pupillarem ſubſtitutionem, quæ vulgari accepto ferretur, inuexit, *l. iam hoc iure, ff. de vulg. & pup. ſubſtit. & l. quamuis inf. ti. prox.* Eadem ratione illã ſuſtuliſſe, vel inhibuiſſe eo caſu videatur, quo pietas in cauſſa parentum be-

Digitized by Google

nigniorem interpretationẽ expoſceret, *vt hac noſtra l. & d. l. precibus*, cum ſecundum traditionem Bartoli *in l. ſi mater, §. fin. & in l. qui habebat in 1. oppoſit. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* ſubſtitutio vulgaris non porrigatur de caſu ad caſum, ſi tractetur de perſona extranei, qui illum excludat, cui alias ſucceſſio deberetur.

Septimo quod cum ſubſtitutio pupillaris moribus comparata ſit, *l. 2 ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* & conſuetudo quæ contra leges eſt, non recipiat interpretationem, *leg. quod non ratione, ff. de legib.* niſi quatenus lex quid vlterius diſpenſauerit, & omnes diſpenſationes odioſæ ſint, *c. 1. in fin. de filiis presbyt. in 6. c. ordinarii, de offic. ordinar. in 6.* quod conſequenter quoq; non ſit admittenda illa interpretatio, qua mater excludatur, cum ſine lege loqui erubeſcamus *l. illam, ſup. de collat. Nouel. de triente & ſemiſſe in prin.*

4 His bene ſubductis † non promta ratio eſt dirimendi certaminis propoſiti, vel iudicii ſui interponendi, quod hinc veritas & legum auctoritas pugnet, inde vero interpretum numerus atq; ſplendor, & humanioris expoſitionis illecebræ. Etenim ſi eo tempore, quo rerum potiebantur Diocletianus & Maximinianus, non fuit incerti iuris, quod mater ſubſtitutum ex tacita pupillari repel-
5 leret, quid opus erat † noua conſtitutione Iuſtiniani, qua certamina Iuriſconſultorum quæ iam antea diremta fuerant, componeret, aut cur Iuſtinianus ex ſententia Papiniani, coniecturam paternæ voluntatis matrem præferentis, inde deducit, quod vxorẽ filio ſuo coheredem dederit, vt veriſimile videatur eam repellere noluiſſe a luctuoſa ſucceſſione filii, quam propriis fortunis impar-
6 tiri non dubitaſſet. Sane quod ad legẽ † *precibus*, attinet, ea concepta eſt in perſonã militis, in qua ſubtiles legum interpretationes locum habere non ſolent *l. 1. ff. de teſtam. mil. & l. Diuus, eod.* vt id ſolum ſtatuiſſe videatur, quod expreſſit *l. ſi miles 3. ff. de teſtam. milit. l. ſi miles vnum 6. eod.* niſi coniecturæ ex facti circumſtantiis oriantur, *l. in teſtamento ſup. de teſtam. milit.* vt recte poſt Catonem Saccum obſeruauit Vig. *Inſtit. de pup. ſubſt. n. 16.* Item Ferd. Vaſq. & Ant. Fab. *in locis ſupra deſignatis.* Neq; videtur eſſe ratio, cur ſubſtitutioni quam reciprocam vocant, de qua *in l. Lucius 45. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* maiorem vim adſcribamus, quam vulgari ſubſtitutioni, cum proprie ſpeciem ſubſtitutionis non conſtituat, ſed ſub vulgari contineatur, vt poſtea illud exſequemur.

Quibus fundamentis iactis & reliqua argumenta facile diluentur, quod enim tertio commemoratur de luctuoſa matris hereditate, quod ſcilicet parens eam non videatur inuidere, tunc temporis locum habet, quã-
do aliæ coniecturæ hanc † voluntatem parẽ- 7
tis commendant, vt in præſenti reſcripto, nam ſi nullam partem ſubſtantiæ ſuæ matri reliquerit, ſed ſimpliciter filio ſuo ſubſtituerit, contraria coniectura potius locũ habet, quod quam primo in caſu excluſerit, eandẽ quoq; ſecundo caſu repellere voluerit, *d. leg. Lucius 45 & l. quãuis, 4. ff. de vulg. & pup ſubſt.*

Quamuis quæ quarto commemorantur imaginem æquitatis habeant, tamen quod hic non de poteſtate, ſed de volũtate diſce-
ptetur, cum certum ſit † patrem teſtamen- 8
tum pro filio facientem, eandem ſubmouere poſſe, *l. 8. §. ſed nec impuberis, ff. de inoff. teſt.* conſequenter in aſſerenda cõtraria ſententia momentum facere non videtur.

Concedimus in nonnullis † maiorẽ vim 9
eſſe expreſſæ diſpoſitionis, quam tacitæ, ſed in quibus id nominatim cautum eſt: in reliquis generali definitioni, quod eadem ſit auctoritas tacitæ diſpoſitionis, quæ expreſſæ locus erit, *l. de quibus, ff. de legib. l. 2. ſup. de pact. Nicol. Euerhard. in loco ab expreſſo ad tacit.* innitendum eſt *l. 3. ſup. de legib. l. in fraudem 15. ff. de teſtam. milit. l. 1. ff. de reg. iur.*

Procederet ſexta collectio, ſi conſtaret
leges cauſſã † matris a generali definitione 10
excepiſſe, ſed quia hoc κρινόμενον eſt, idcirco generali diſpoſitioni *l. 4. ff. de vulg. & pup. ſubſtitutione*, ſtandum videtur.

Quamquam ius pupillariter ſubſtituendi moribus expenſum feratur, vt ſeptimo ingeritur, tamẽ quod generali definitione legis illi confirmati ſint, & conuenientem interpretationem receperint ex *d. l. 4 itẽ l. quamuis, inf. tit. prox.* & ſermo † generalis conueni- 11
entem vniuerſo recipiat interpretationem, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præſt. l. 1. ff. de conſti.* conſectarium quoq; eſt, vt idem in præſenti cauſſa probemus.

Expoſui quæ ad verũ huius reſcripti ſenſum pertinere videntur. Ceterum quod ſatis dura cẽſeatur definitio, *l. Papinianus §. ſed nec impuberis ff. de inoff. teſtam.* quod mater ex tali ſubſtitutione ita excludi poſſit, vt ne quidem per inofficioſi querelã adiuuari queat, non poteſt inhumana cenſeri recepta noſtrorum doctorum interpretatio, adeo vt in
praxi † temere inde recedendum non ſit, de 12
qua re copioſius *in l. precibus tit ſeq.*

De

Digitized by Google

De impuberum & aliis ſubſtitutionibus:

TITVLVS XXVI.

Præludia.

SVMMARIA.

1 *Difficultas præſentis tractatus de ſubſtitutionibus.*
2 *Subſtitutio quo iure introducta.*
3 *Definitio ſubſtitutionis ſecundum gloſſam.*
4 *Alia ſubſtitutionis definitio ſecundũ Duarenum.*
5 *Cuiacii definitio.*
6 *Difficultates circa definitionẽ Duareni & Cuiacii.*
7 *Diſtinctio quid pronuntiatione ſubſtitutionis contineatur.*
8 *Subſtitutio quæ exheredato fiat, anomala.*
9 *Intellectus l. quærebatur, §. fi. ff. de teſtam. milit.*
10 *Miles heredem ad tempus conſtituere poteſt.*
11 *Intellectus l. 55. & 57. ff. de hered. inſtit.*
12 *Diuiſio ſubſtitutionis in directam, & obliquam an admittenda ſit, cum auctoribus & argumentis affirmatiuæ ſententia.*
13 *Contrariæ ſententiæ auctores, & fundamenta.*
14 *Interpretatio auctoris.*
15 *Subſtitutionẽ in genere ſumtam recte in vulgarem & obliquam diuidi, non autem ſpecialem.*
16 *Definitio ſubſtitutionis generalis.*
17 *In perſonis imparibus tacita pupillaris ſubſtitutio & fideicommiſſaria locum habere non ſolet.*
18 *Intellectus c. ſi pater de teſtam. in 6.*
19 *Quando genus commiſcetur cum ſua ſpecie, reſoluitur in particularem ſignificationem.*
20 *Intellectus l. Tutores, §. heres, ff. de adminiſtrat, & pericul tutor.*
21 *Pronuntiatione heredis fideicommiſſarium proprie non contineri.*
22 *Si lege municipali mentio fiat ſubſtituti, fideicommiſſarius ſubſtitutus non excluditur.*
23 *Directæ ſubſtitutionis ſpecies quinque ſecundum gloſſam Bart. & alios.*
24 *Animaduerſio Duareni & quorundam aliorum quatuor ſpecies duntaxat conſtituentium.*
25 *Alia conſideratio Æmilii Ferretti, quod duæ duntaxat ſint ſpecies cum argumentis, quibus ſingulæ diuiſiones videantur defendi.*
26 *Explicatio auctoris.*
27 *Vtilitas huius inueſtigationis.*

SI vlla in toto noſtro iure materia eſt, quæ
difficilis & laborioſa cenſeri debeat, ſane
præſens † tractatus in eo numero adſcribi
1 debet, partim quod natura ita comparatus
ſit, partim etiam, quod infiniti interpretes
eundem mole commentationũ obruerint
potius, quã vt par erat, illuſtrarint, nec tñ ea
res nos deterrere debet, cum vtilitas huius
diſquiſitionis labores & moleſtias facile
compenſare poſſit, adeo vt Baldus, referen-
te Cumano, gloriatus ſit, ſe plus quã 15000.
ducatorũ ex tali diſceptatione lucratũ eſſe.
Principio huius enarrationis multi interpre
tum leues quaſdã quæſtiones, & nõ magnæ
vtilitatis mouere ſolet, vnde ſubſtitutio di-
cta ſit, item cur eadem inuenta, & quo iure
videatur, quæ cum omnibus pateant, mini-
me operæ pretiũ duximus tam minuta con-
ſectari. Nã ꝙ Sfortia Oddus *in tract. de ſubſt.*
part. 1. q. 4. auctor eſt, illã propterea compa-
ratam, vt nobis præſtaret a periculo cadu-
corum *l. vnic. infr. de caduc. toll. in prin.* a vero
alienum eſt, cum etiã ipſe fateatur *in d. part.*
1. q. 3. ſubſtitutionem iure † gentiũ introdu- 2
ctam fuiſſe, vt etiã ius teſtandi, de qua re co-
pioſe ſcripſimus *l. 1 ſupr. de hered. inſtit.* Cer-
tum aũt eſt caducorum iura ante tempora
Auguſti & legem Iuliam atque Papiam co-
gnita non fuiſſe, vt oſtendit Forſterus in vita
Auguſti Cæſaris.

Omiſſis itaq; his quæſtionib. diſcutiemus
quid ſit ſubſtitutio. Et gloſſ. † quidem *in rub.* 3
ff. de vulg. & pup. ſubſt. item Inſt eod. tit. ita de-
ſcribere ſubſtitutionem videtur, ꝙ ſecunda
ſit inſtitutio. Et hanc definitionẽ Dd. com-
muni calculo probaſſe teſtatur Socin. *in l.*
cẽturio, n. 2. Sapia in h t. inſcriptione, n. 2. Cagn.
in l. precib. n. 3. h. t. Mich. Graſſ in theſ. com. opin.
in dict. ſubſtitutio, q. 1. Did. de Spino in ſuo ſpec de
teſta. tit. de ſubſt. vbi multos accumulat. Nec vi-
detur eſſe aliena definitio Gaii, *in comment.*
quæ eius nomine circumferũtur, *lib. 2. Inſti.*
dum ait: Subſtitutio eſt, quæ poſt inſtitutionem a
teſtatore fieri ſolet, id eſt, *ſecundi heredis appella-*
ti. quam definitionem ſequitur Viglius *In-*
ſti. de vulg. ſubſt. n. 3. itẽ Weſenb de vulg. & pup.
ſubſti. in prin. Ceterũ cũ hæc definitio ex eo
periclitetur, ꝙ nedũ ſecundo, ſed etiã tertio
l. 1. ff. de vulg. & pup ſubſtit. & vlteriori loco, *l.*
poteſt 36. cum l ſeq. ff. eod. tit. ſubſtitui queat, id-
circo Duaren *ff in explicat. eiuſd. tit.* pronun-
tiat, † illam eſſe inſtitutionem heredum, ſe- 4
cundo vel vlteriori gradu factam. Paulo aũt
accomodatior eſſe † videtur definitio Cu- 5
iacii, *ff. in ſuis parat:* quippe q̃ naturam ipſius
clarius exprimat, quod ſit datio hereditatis
datæ vel acquiſitæ alteri. Vulgaris n. ſubſti-
tutio eſt hereditatis alteri delatæ, quam tñ
ipſe hereditatem adeundo nunquã acquiſi-
uit, cum poſt agnitionem hereditatis huiuſ-
modi vulgares ſubſtitutiones exſpirare ſo-
leant, *l. poſt aditam, h. t.* Porro alia cõditio eſt
pupillaris ſubſtitutionis. Etenim illa locum
habet poſtquã pupillus admiſerit paternam
hereditatem, & eandem etiam nactus ſit, *d.*
l. poſt aditã. item l moribus 2. ff. eod. tit. reliquę
antẽ ſubſtitutionum formæ, vt exemplaris,
militaris, reciproca, ſiue illas ſpecies appel-
lemus, ſiue minus, ad has duas eodem Cu-

iacio auctore referri poſſunt, de qua re quid noſtræ mentis ſit alibi dicemus.

Obſeruandum autē eſt, quod ſiue Duareni ſiue Cuiacii definitionē amplectamur,
6 neutra † difficultate ſua careat, ꝙ ex diuerſis cauſſis impugnari queant. Primo n. hæc ipſa definitio ex eo laborare videtur, ꝙ non ſolum ſubſtitutio fiat heredibus, ſed etiam iudicib. *l. pen. ff. iudicat. ſolu. l. proponebatur. ff. de iudiciis*, procuratorib. *leg. ſi procuratorem 8. §. mandati & §. ſi tutores, ff. mandati*, item vna actio ſubſtituitur loco alterius, §. *fuerat, Inſti. de act.* ꝑterea grex in locū gregis, arbores in locū arborū demortuarū, *l. vetus 68. § fi. cum duab. legib. ſeq. l. ſi cuius 13. §. deniq; cōſultus, eod. tit.* Secundo ſubſtitutio nō ſolū locū habet in inſtitutionibus, ſed in legatis & fideicommiſſis, *l. pater Seuerianā 101. ff. de cō l. & demon. l. vnic. inf. de cad. toll. § ſin aūt, & l. vt heredib. 50 ff. de leg. 2.* Tertio ꝙ ſubſtituere ēt poſſimus filiis exheredatis, *l. 1. § ſubſtituere. ff. de vul. & pup. ſubſt. §. non ſolū*, atqui in filio exheredato nulla inſtitutio præcedit. Quarto ſcrupulū mouet *l. 2. §. quisquis, ff. de vulg. & pupill.* vbi miles filio pupillariter ſubſtituere pōt, quāuis ſibi nullum teſtamentū fecerit, & conſequenter nullū heredem inſtituerit. Quinto nō mediocriter quoq; vrget *l. quærebatur 19. §. fin. ff. de mil. teſt.* ex qua nec nō *l. miles ita 41. ff. de teſt. milit.* colligitur, ꝙ ſecunda inſtitutio a teſtatore hoc modo facta, vt quis ad certū tempus heres ſit, & alius eo tempore elapſo, non eſſe ſubſtitutionē, quamuis in alterius locū ſuccedat, ſed potiꝰ inſtitutionē, ex quo legata, priori teſtamēto relicta nō agnoſcat contra definitionē, *l. licet Imperator 74. ff. de leg. 1.* qua cauetur, ſubſtitutū ea legata ꝑſtare debere, quæ ab inſtituto relicta ſunt. Sexto negotiū faceſſit *l. ſi is qui non ſoluendo 55. item 57. ff. de hered. inſt.* vbi ſecundo loco ſcriptus heres inſtitutus dicitur non ſubſtitutus. Septimo obſtare videtur, *l. Gallus, ff. de li. & poſt. hered. inſt.* vbi nepos vel pronepos ſecundo loco heres ſcriptus, non vocatur ſubſtitutus ſed inſtitutus. Octauo quod cū fideicōmiſſum ſubſtitutio ſit, *l. generaliter, §. cum aūt, ſup. tit. prox.* definitio tamen non conueniat.

7 Vt igitur nos ex propoſita argumentorū perplexitate extricemus, ſciendū eſt, † ſubſtitutionis verbū ad omnia illa accōmodari poſſe, quorū loco quid ſurrogetur. Accurſio Duareno & Cuiacio non fuiſſe propoſitū, vt de aliis ſubſtitutionib. diſſererēt, ꝗ quæ heredi fieret, vnde ceſſat difficultas primo loco excitata, cū de huiuſmodi extraiudicialibus ſubſtitutionib. hic non diſceptetur. Pari ratione non fuit illis conſiliū definire ſubſtitutionē, quæ in legatis & fideicōmiſſis fiat, cū alias vna cum Oddo Peruſino paulo generalius definiri poſſet, ꝙ ſit in locū heredis vel legatarii ſibi vel filio, deficientis, de aliis a teſtatore facta prouiſio. Poſſent etiā huc trāsferri aliæ definitiones, ꝗ referūtur a Leonio *in ſuo tractatu de ſubſtit.* Petro Riccian. *Inſt. de vulg. & pup. ſubſtitu.* ſed ego puto hanc vnam ſufficere, ne prolixior fiam.

Sublatis igitur his duob. offendiculis, cōſequens eſt, vt tollamus obicē tertio & quarto loco ſe ingerentē. Et ſane nullā ſolutionē hactenus vidi, nō ſolū, ꝗ ſecuritatē afferret, ſed etiā ꝗ ꝓbabilis videri poſſet, niſi quis vna cum quibuſdā cōtendere velit, ꝙ huiuſmodi ſubſtitutio ex diſpoſitione iuris ſingulare aliquod ius habeat, vt definitione cōprehendi nequeat. Et hæc reſpōſio videtur quodammodo neceſſaria, ſi perſonā exheredati ſpectemus, niſi quis exiſtimet, in legatis & fideicōmiſſis a patre relictis duntaxat ſubſtitutionem fieri: ſed cum repugnet §. *nō ſolū, Inſtit. de pup. ſubſt.* neceſſario ad præcedentē ſolutionem confugiendū eſt, ꝙ hæc † ſubſtitutio 8
ſit anomala, & eo reſpectu locū habeat, ꝙ teſtator nō ſibi ſed alterius bonis ex auctoritate legis ſubſtituat, ita tñ vt ſuū teſtamentū cū inſtitutione heredis antea faciat *l. 2. §. pænis, ff. de vul. & pup. ſubſt.* quemadmodū ēt, ſi eūdē heredē inſtituiſſet, ſubſtitutus nedum illa ꝗ a parēte ꝑfecta ſunt, ſed ēt aliunde ꝑuenerunt, conſequitur, *l. ſed ſi plures 10. ff. de vul. & pup. ſubſt. §. ad ſubſtitutos.* Porro ſi iura hodierna intueamur vt Nouellā 115. §. *aliud aūt cap.* pupillus amplius exheredari nō poterit, cum ex cauſſis ingratitudinis vix vllā cōmittere poſſit, de qua quęſtione tñ cōſulēda ſunt illa, quæ tradimus auth. ex cā, *inf. de li. præt. & l. 1. ſeq. tit.* Quod ſi vero tractemus de filio, qui a patre teſtamēto inſtitutus nō ſit, de quo mētio ſit *in d. l. 2. § quisquis*, non incōmode ſubſtitutus dici poterit, quod pater non auferendo filio hereditatem, eidem hanc reliquiſſe videatur *l. conficiuntur ff. de codicill.*

Eiuſdem reſponſioni ſubſidio etiā diſcutere poſſemus, ꝙ periculi eſt a lege † *quærebatur, § fin. ff de milit. teſt.* ſed quia nobis religio 9
eſt, ſine euidenti neceſſitate emēdicatis vti ſuffragiis, quod aliquid ſit ſpeciale, idcirco ſciendum eſt, naturā inſtitutionis hoc conciliare, priuilegiū autē militis in eo verſatur,
ꝙ miles heredē ad tempus † cōſtituere poſſit, ꝙ ſane in pagano admiſſum non eſt, *l. hereditas 24 ff de her. inſt.* Porro quod ſecundo 10
loco

loco inſtitutus, legata nō agnoſcat, ea cauſſa eſt, quod in eius perſona repetita non intelligantur, quod ſcil. prior heres, qui commodum hereditatis certo temporis ſpatio ſenſit, illa præſtare debuit, vnde legatarii ad duplex emolumentum aſpirare non debēt. Accedit quod repetitio legatorum, de qua *in l licet Imperator*, locum non habeat, quando veriſimiliter apparet, teſtatorem hoc oneris ſecundo heredi imponere noluiſſe, vt IC. illud haud obſcure in eadem lege inſinuat, ita vt non diſtinguamus inter teſtamētum militare & paganum, ſi paganus vi ſtatuti vel conſuetudinis aut priuilegii aliquem ad tempus inſtituere poſſet. Neque probandam eſſe putamus ſolutionem Iaſonis exiſtimantis, ſecundo loco inſtitutum non poſſe ſubſtitutum vocari, ſed perinde eſſe, atque ſi duo ab initio heredes inſtituti eſſent, cum talem explicationem refellat *l. miles ita 41. ff. de teſtam. milit.*

Quibus ita conſtitutis, non eſt, quod re-
11 formidemus ea, quæ † ex *l. 55. & 57.* adferūtur, vera enim ſubſtitutio eſt, ſed quia auctoritas legis eo caſu impedit priorem inſtitutionem, idque ex ratione, quæ eadem lege diſerte comprehenſa eſt, quod lex Ælia Sentia inſtitutionem de ſeruo proprio in fraudem creditorum factam & libertatem ipſi datam ita demum tueatur, ſi nemo alius heres ex eo teſtamento eſſe poſſit, idcirco ſubſtitutio habetur pro inſtitutione.

De lege *Gallus*, quomodo accipienda ſit, in explicatione eiuſdem legis, quam ſubiiciemus, *poſt tit. de poſth. here. inſt.* differemus.

Quod ab octaua conſideratione diſcri-
12 minis eſſe poteſt, id ex obſeruatione ſequētis quæſtionis facile euitabitur. Diuidunt n. noſtri interpretes ſubſtitutionē in directam & obliquam, quam fideicommiſſariam vocant, *Alex. hic n. 2. Coraſ. n. 18. Bald. Nouell. in tract. de ſubſtit. in præl ud. n. 2. Leonius ibid. nu. 59. Roland. de vlt. volunt. c. 2. n. 4. Mynſing. Inſtit. de vulg. ſubſtit. in præfat. nu. 5. Balduin. ibid. n. 6. Schneid. nu. 6 Franc Hottoman. in pr. eiuſd. tit. verſ. poſtremo ſciendum eſt. Bart. Soc. in rub. de vulg. & pupill. ſubſt. n. 13. & ibidem Iohan. ab Imol. & Raphael Cuman. Bart. nu. 1. Alb. nu. 1. Hugo Donel. comment. lib. 6. cap 23. Vacon. 4. declar. 61. num. 6. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. progreſ. lib. 2. §. 11. tit. de ſubſtit. honorat. nu. 6. Zaſ. in tract. de ſubſtit. in prin Polit. de ſubſtit. in princ. num. 28. Didac. Couar. in cap. Raynutius. de teſtam. cap 4. num. 1. Didac. de Spino. de ſubſtit. n. 18. poſt. Lancell. Galli. Guliel. Bened. Emanuel. Coſta. Lancell. Polit. in hanc ſententiam allatos. Duarenus in explicat. tit. de vulg. & pupill. ſubſtit. c. 2. Socin. Iunior in l. centurio, n. 18. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. Oddus Sfortia in tract. de ſubſtit. part. 1. q. 5. nu. 20.* vbi ait, hanc opinionem hodie magis communem eſſe, maxime poſt conſilium Socini Iunioris, cui ait, ſubſcripſiſſe Decium Herculanum & viginti alios Doctores illuſtres. Vtilitas huius inueſtigationis in eo cōſiſtit, vt ſi lege municipali mentio fiat ſubſtitutionis, ſcire poſſimus, vtrum fideicōmiſſarius ad eandem cauſſam pertineat. Deinde, vt dirimat celeberrimam quæſtionem, an ſi pater filio impuberi ſubſtituat, vltra tempus pubertatis, ſubſtitutus ex cauſſa fideicōmiſſi admittēdus ſit, ſi filius pubes factus ab hac luce ſubtrahatur, de qua Dd. *in l. verbis, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Vltimo, vt conſtare queat, an ſi miles alicui, vltra illud tempus ſubſtituat, hæc ſubſtitutio omni tēpore intelligi debeat de directa ſubſtitutione, an minus? Quæ cōtrouerſia dirimi ſolet, *l. precib. h. t. & l. centurio, ff. eod.* Confirmant hanc ſuam aſſertionem variis argumentis. Et primo quidem auctoritate *l. generaliter, §. cum autem, ſupr. tit. prox. in verb. filiis ſuis ſubſtituit,* item euaneſcere ſubſtitutionem, rurſum in verb. *talem feciſſe ſubſtitutionem,* repetendo eandē dictionē ſæpius, vt ibidē videre licet.

Secundo, quod Papinianus optimus Latini ſermonis vindex & cōſeruator, duob. in locis fideicommiſſum ſubſtitutionem vocet, *l. coheredi 41. §. quod ſi heredē, ff. de vulg. & pup. ſubſt. in verb. ſeq.* nec aliud ſeruandū eſt, cum ſubſtitutionis conditio puberē ætatem verbis precariis egreditur: *item l. heredes mei 57. §. 1. ff. ad SC. Treb. in verb. abſurdū,* eſſe reſpōdi, ceſſante prima ſubſtitutione, itē §. 2. reſpōdi inter filios ſubſtitutionem fideicommiſſi factam.

Tertio adduci pōſt *l. paterfamilias 46 ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* vbi Paulus IC. in cauſſa fideicommiſſi ēt ſubſtitutionis verbo vtitur, vt etiam facit Scæuola, *l. ſi filius 62. ff. ad Sen. Trebell.*

Quarto, his quæ dicta ſunt reſpondet *l. poſt aditam, h. t.* vbi mentio fiat directę ſubſtitutionis, vt a fideicommiſſario tanquam diuerſa ſpecie ſeparetur.

Quinto, his finitima eſt *l. Scæuola 76. ff. ad SC. Treb. in verb. eiuſq; codicillis ſubſtituerit,* & in verb. *benigna interptatione placet,* vt mater, quæ ab inteſtato pupillo ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur.

Vltimo Politus *in tract. de ſubſtit. & Sfort.*

Odd.*in eo.tract.par.1 q.4.n.19.* contendunt, hanc opin.ex cõmuni vſu loquentiũ confirmatam eſſe,& propterea ſequẽdam videri, *arg.l.liberorum 52.ff. de l.3.* § *ꝙ tamen Caſſius, Nic.Euerh.in loco a cõmuni opinione, n.1.& ſeq.*
13 Non minores † numero cõtrariæ ſententiç aſſertores videntur. Bald.*in rub.h.t.n.1. Caſt. n.1.& 2.Sly.n.1.Corn.n.2.Phil Dec.n.1.Aemil. Ferret.in rub.ff.de vulg.& pup.ſubſt.nu.4.verſ. ſecundo principaliter quæritur.Alc.n.17.Ripa n. 5.Hieron.Cagn.in l.precib.h.t.n.50 Franc.Con: comm.lib.10 c. 8.n.11.Weſenb.in ſuis parat.n. 6. Viglius Inſt.de pup.ſubſt.*§. qua ratione, *nu.16. Vulteius Inſtit. de vulg ſubſt. n.2.* vbi in hanc ſententiam allegat Eguinarium Baron. ibi. & Ant.Goucan.*in rub ff de vulg.& pup.ſubſt. n.4.Hug.Donel.parum ſibi conſtans in h. tit. inſcriptione,n.29.& in l precibus infr.tit.prox.nu. 2.Ang.Matheat.l.br.1 de legat.& fideicom.c. 6.Soc.Iun.in l. centurio,n.31.Iaſ.in rub.de inſtit. & ſubſt.n.1.Anton.Faber.con ectur.lib.15. c.10. Mich.Graſ.in theſaur.com.opin.in dictione ſubſtitut.o,q.3.* vbi ait hanc quæſtionem adeo dubiam eſſe, vt recte decidi nequeat, quæ ſententia cui præferenda ſit.

Argumenta, quibus hæc poſitio defendi poſſit, ſubiicio. Primo, quod definitio, cuius antea mentionem fecimus, fideicommiſſo non conueniat. Secundo, quod cum lege, *iam hoc iure 4 ff de vulg.& pup.ſubſtit.* alia ſubſtitutionum genera cõprehendantur, nulla fiat mentio fideicõmiſſariæ, imo ꝙ ex §.*ſ.d ſi alter, verſ.eoſq. inuicem ſubſtituo,* colligamus pronuntiatione ſubſtitutionis, nõ comprehendi fideicõmiſſum in perſona fratris maioris. Tertio propius vrget, *c ſi pater, in teſta. 6.* quo declaratur appellatione ſubſtitutionis, ſubſtitutionem directam intelligendam in dubio Quarto, dirimere hãc contentionem videtur inſcriptio *tit.ſup.de inſt.ſubſt.& reſtit ſub cond factis.* vbi verbũ reſtitutionis plane otioſum eſſet, ſi pronuntiatione ſubſtitutionis fideicommiſſum, ex quo aliquid reſtituendum ſit, cõprehenderetur. Quinto huic conſiderationi reſpondet inſcriptio præſentis tit. *de impub & aliis ſubſt.* dictionẽ enim *aliam*, eandem qualitatem referre, id eſt, ſi tractetur de directis. Sexto, huc refertur, *l.tutores 39.*§ *heres,ff. de adminiſt. & peric. tut.* vbi Papinianus ita loquitur, *heres inſtitutus, qui non habuit ſubſtitutum, prius quam hereditatẽ adiret, quam impuberi reſtituere debuit, vita deceſſit.* Ex his itaq; verbis id efficietur, de quo tractamus, appellatione ſubſtitutionis fideicommiſſam hereditatem non contineri. Septimo, quod fideicõmiſſarius heres proprie non ſit, *vt ſentit Barth.Soc. in rub. de vulg.& pup.ſubſtit.l.poſtulante ad SC. Treb.* Octauo, ꝙ *d.l. Scæuola 76.* pro diuerſa parte adducta id inſinuare videatur, dum oſtẽdit benigna interpretatione admiſſum, vt verbum ſubſtituẽdi ad fideicommiſſi cauſſam transferretur. In propoſito interpretũ noſtrorũ † diſſidio conſtituo vltimã ſententiã 14
ſi quidẽ definitioni ipſius Cuiacii aut Duar. ſeruire velimus, potiorem eſſe, vt dicamus pronuntiatione ſubſtitutionis, prout eadẽ definitur, & conſideratur *h.noſt.t.& tot.tit.ff.de vulg.& pup.ſubſt.* & haud obſcure illud ipſum expendit Iuſtin. *in* §.*fi Inſti.de pup.ſubſti.* non comprehẽdi reſtitutionẽ, q̃ ex fideicõmiſſo debeatur, non tñ propterea conſectariũ eſſe, ꝙ pronũtiatione † ſubſtitutionis, ſiquidem 15
eandem in genere intueri velimus, fideicõmiſſaria reſtitutio non contineatur, vt illud euenit in verb.adoptionis, *l.1.& 2.ff.de adop.* iuriſdictiõis, cognationis, & infinitis aliis vocabulis, de quib. diſſerimus *Inſtit.de rer.diuiſ. in pr.& ſup.de prob.* Abſurdum aũt videtur, ſi contẽdere velimus genus ſuas ſpecies proprie non cõplecti, ꝙ & ipſum ẽt obſeruauit Bald. *h.nu. 4.* & defendi põt ex legib. quarũ antea mentionem fecimus. Nec obſtare putamus argum.q̃ ad corroborandã contrariam aſſertionem in medium adducta ſunt, nam ꝙ ad definitionẽ attinet, iam antea reſpondimus. Deinde obſeruandum eſt, ꝙ nihil prohibeat ẽt aliã definitionẽ contexere, q̃ nedum vniuerſale fideicõmiſſum, ſed ẽt legata & fideicõmiſſa particularia, in quib. ſubſtitutio locũ habeat, cõplectatur † Quod ſcil. 16
ſit hereditatis, vel emolumenti alteri ex vlt. voluntate delati, vel q̃ſiti, in poſteriorẽ perſonam translatio. Quæ definitio non aliena eſt ab illa, quam propoſuit Loriotus *de ſubſt.* & Did. Couar. *in c.Rainutius.de teſta.c 4.nu.1.* quamuis diffuſius, quam par eſt, rem extendere videantur, dum dicunt eſſe cuiuſq; rei in poſteriorẽ perſonã collationem, nã hæc deſcriptio ẽt locum habet in tutorib. procuratorib. iudicib. & infinitis aliis, cum tñ nos de materia teſtamentaria loquamur.

Quamuis Curt.Iun.*l.4 ff. de vulg.& pup. ſubſti.* plurimũ negotii faceſſere deprædicet, tñ, non animaduerto, ꝙ eadem quidquam præiudicii adferat, cum ibidem non omnes modi ſubſtituendi cõprehendantur, ſed ex aliis legib. ſuppleri debeat, *vt l. cẽturio eo.tit. & l.humanitatis h. noſt. t. & legib. ſupra. adductis.* Quod verbo ſubſtitutionis ibidẽ fideicommiſ-

commiſſum non cõtineatur, cauſſa eſt, ꝙ teſtator perſonis imparibus ſubſtituens, intelligatur duntaxat vulgariter ſubſtituiſſe,
17 adeo, vt ceſſet † tacita pupillaris & fideicommiſſi interpretatio.

18 Tantum abeſt, † vt *c. ſi pater, de teſtam. in 6.* infirmet noſtram conſideratione͂, vt eande͂ plane ſtabiliat, inde enim apparet, eſſe duas ſubſtitutionũ ſpecies, *Directam* & *Obliquam*: Sed ſi dubitetur, de qua ſubſtitutione teſtator in dubio ſenſiſſe intelligatur, *Directa* eo nomine præfertur, quemadmodũ etiã videmus in aliis dictionibus euenire, quæ generis & ſpeciei vicem ſuſtinent, vt in dubio ſecundum *l. hoc legatum 45. ff. de legat. 3.* eadem verba in ſpecie accipiãtur, *arg. eius legis, item l. 7. ff. de donat.* § *ſed enim meminiſſe*, deinde, ꝙ verba in potiori ſignificatione accipienda ſint, § *ius autem ciuile, Inſt. de iure nat. gent. & ciuil. Franc. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. t. 1. n. 4. & ſeq.* ide͂ in dictione *Pactũ*, & *Tranſactionis*, aliisq; ſimilibus procedere animaduertimus, de qua re Menoch. *lib. 3. præſumt. c. 40. n. 1.* vbi multos auctores accumulat.

Inſtitutæ expoſitionis conſilium non extorquebit inſcriptio tituli præcedentis, cum nouum non ſit, vt verbum, quod generis &
19 ſpeciei nomen obtinet, diſtinguatur † a ſuis ſpeciebus, & in ſpecie proprie accipiatur, vt videre licet in dictione *rei*, *Inſtit. de iure nat. gent. & ciuil. item in tit. ſupr. de ſeruit. & aqua*, præterea *l. item apud Labeonem 15. ff. de iniur. §. hoc edictum*, vbi ait, quod ea, quæ notabiliter fiunt, etiamſi ſub eodem genere cõprehendantur, niſi ſpecialiter notentur, videri quodammodo neglecta, *l. ſi ſeruus ſeruum 27. §. tertio autem capite, item §. inquit lex, ff. ad leg. Aquil.* Videri autem ipſum Imperatore͂ propterea in rubr. reſtitutionis mentione͂ feciſſe, ne errandi cauſſam illis præberet, qui exiſtimarent, in hoc titulo duntaxat tractari de ſubſtitutione directa, *vt in titulo ſeq.*

Quæ autem de inſcriptione tituli noſtri commemorantur, ex eo confutari poterũt, quod Imperatoribus non fuerit propoſitũ in hoc titulo de fideicommiſſariis reſtitutionibus diſſerere, quod illud peculiari & in ſeparato tractatu fieret, *vt inf. ad SC. Trebell.*

20 Tametſi † *l. tutores, §. heres, ff. de adminiſtr. & peric. tut.* demulcere aures accipientium poſſit: tamen ſi cum iudicio ponderetur, res alium exitum habitura eſt. Quod enim IC. ibidem cõmemorat, eum, qui iuſſus erat hereditatem reſtituere, non habuiſſe ſubſtitutum, id illam ſignificationem non habet, vt ſtatuamus eundem iudicare voluiſſe, quod fideicõmiſſaria diſpoſitio pro ſubſtitutione habenda non ſit, cum alia eiuſdem IC. reſponſa diuerſum coarguant, ſed vt oſtenderet, ꝙ officium eſſet tutoris, eo caſu, quo inſtitutus heres, nullum haberet, qui directo ſubſtitutus eſſet, quiq; ex ſubſtitutione ad reſtituendam hereditatem teneretur. Porro ſupra intelleximus, appellatione ſubſtituti in dubio illũ intelligi, qui directo in locum alterius ſuffectus ſit, *cap. ſi pater, de teſtam. in 6.* maxime cum materia ſubiecta, aliæq; circũſtantiæ illud ſuadeant, vt in præſenti diſceptatione, vbi ad conſeruandũ ius pupilli ſola directa ſubſtitutio conſiderari poteſt. Deinde, ꝙ cauſſam ſubſtituti a reſtitutione ſeparãdo facile intelligamus, quæ mens IC. fuerit, vt patet ex inſcriptione tit. pręcedẽtis.

Non inficiamur, † ꝙ pronuntiatione heredis fideicõmiſſarius proprie non cõtineatur, ſed non animaduertimus, quid hæc cõſideratio ad propoſitum faciat, cum nomen heredis plane directũ ſit: diuerſa aute͂ cauſſa cenſeatur verbi *Subſtitutionis*, quod cõmune, vt inſtant noſtri Interpretes, appellet Iuriſconſultus *in l. iam hoc iure, ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* & vt directum eſſe conſtituamus: tamen latiorem interpretationem ex cõſenſu recte loquentiũ accepit. Eadem cõſideratio quoq; expediet nodum quem ex *l. Scæuola, ff. ad SC. Treb.* necti videmus. Cum enim *Subſtituendi* verbum cõmune ſit, & in dubio pro directa ſubſtitutione accipi debeat, vt dictum eſt: tamen ex benigna interpretatione, tam propter præſumtam voluntatem teſtantis, ne operam luſiſſe videatur, *l. 3. ff. de teſtam. milit.* quam propter fauorem pupilli, cui hoc modo conſuli videatur, *vt tradiderũt Vigl. Inſt. de vulg. ſubſt. n. 2. Iac. Cuiacius obſeru. lib. 11. c. 25* inductũ eſt, vt verbum *Subſtitutionis*, hic non in directo ſenſu acciperetur, ſed iure fideicõmiſſi, quod etiã proprietas verbi non repugnaret, & vna præſumtio per aliam eliderctur: quamuis etiã aliæ, quæ id impetrauerint, cauſſæ eſſe poſſint, ſc. quod ex eadem lege non appareat, quibus verbis ſubſtitutio ſit facta, *directis*, an hoc ipſo vocabulo *Subſtitutionis*. 21

His fundamentis iactis, cõſequens quoq; erit, ꝙ ſi lege municipali mentio fiat † ſubſtitutionis, vel ſubſtitutorũ, fideicommiſſariũ non excludi, modo eadem ratio in ipſius perſona interueniat, *vt Angel. Matheat. de legat. & fideicom. lib. 1. cap. 6.* diuerſis exemplis propoſitis inuitus fateri cogitur, veluti, ſi 22

Digitized by Google

ſtatuto caueretur, dandam eſſe bonorum poſſeſſionem ſubſtitutis, item quod ſubſtitutio conditionalis in heredem pendente conditione tranſmitti poſſit. Vtrumq; enim in fideicommiſſario locum habere. De reliquis vtilitatibus diſſeremus *in l.precibus, hoc noſtro tit.*

His ita expoſitis exoritur alia quæſtio, nihilo remiſſius apud noſtros Interpretes agi-
23 tata, quot † ſpecies ſint directæ ſubſtitutionis. Etenim gloſſ. *in rubr. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. & Bart. ibid. n. 1. Ioan. ab Imol.. verſ. directa autem ſubſtitutio. Raph. Cuman. circa fin. Paul. Caſtr. n. 1. Bald. in princ. Alex. n. 2. And. Alciat. n. 22. & ſeq. Iaſon n. 2. Alb. n. 2. Barth. Socin. n. 14. & 15. Marian. Socin. n. 20. Salyc. l. in teſtamento ſup. de teſtam. milit. n. 16. Roman. num. 12. Sfortia Odd. in tract. de ſubſt. part. 1. q. 4. num. 23. Fumeus in tract. ſubſtitutionum c. 1. num. 6. Rolandin. n. 6. Schneid. Inſt. de vulg. ſubſt. nu. 7. Angel. ibid. in prin. Viglius num. 5. Mynſing. num. 7.* dum loquuntur de illis, qui exactius hãc rem perſequuntur. *Azo in ſumma hoc t. Mich. Graſ. in theſ. comm opin. in verb. ſubſtitutio, q. 3. nu. 3. vbi ait hanc diuiſionem communem eſſe, Sichar. in rubr. hoc t. n. 4. Zaſius in tract. de ſubſt. c. 1. Didac. de Spin. in ſuo ſpecul. de teſtam. tit. de ſubſtit. n. 19. Ant. Gomez. var. reſol. lib. 1. tit. de ſubſtit. c. 3. n. 1.* vbi tamen addit & ſextam ſpeciẽ fideicõmiſſariam, ſed nos ſupra oſtendimus, hãc ad præſentem tractatum nõ pertinere.) *Didac. Couar. in expl. c. Raynutius, extr. de teſtam. §. 4. 5. 6. 7. 8. & 9. item Iacob. Menoch. lib. 4. præſumt. 34. 36. 44. 51. 59. & 60.* quinque ſpecies huius ſubſtitutionis directæ cõſtituunt, *Vulgarem, vt l. 1.* vbi hæc ſubſtitutio ſimplex appellatur, *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* quod plerumque ſimpliciter concipiatur, veluti, *Titium heredem inſtituo, quod ſi mihi Titius heres non erit, Gaium ſubſtituo. Pupillarem*, quam Iuriſconſultus Modeſtinus *d. l. 1. ff. eod. tit.* duplicem vocat, quod duplicem in ſurrogando verborũ conceptionem habeat, veluti, *Cornelium filium meum heredem inſtituo, quod ſi hic meus filius heres non erit, aut intra annos pubertatis moriatur, Sempronium fratrem meum ſubſtituo. Exemplarem*, veluti, *cum filius furioſus aut dementia laborans, inſtituitur, & ſi fato concedat, antequam ſanæ mentis fiat, alius ipſi ſubſtituitur*, inde nomen ſumentem, quod ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis propoſita ſit, *l. humanitatis hoc tit. Compendioſam*, veluti, cum miles filio ſuo impuberi etiam vltra pupillarem ætatem aliquem ſubſtituit *l. precibus, hoc tit. & l. centurio 15. ff. eod. Reciprocam*, ſiue, vt ipſi dicunt, *Breuiloquam, l. iam hoc iure 4. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.*

Ceterum hanc diuiſionem † damnant 24
Duaren. *tit. de vulg. & pup. ſubſt. c. 4. Leonius in tract. ſubſtitut. c. 1. nu. 60. Matth. Weſenb. in ſuis paratit. num. 9. Petr. Ricciard. in rubr. de vulgar. ſubſtit. num. 47. Ang. Matheat. de legat. & fideicom. lib 1. c. 7. num. 1. Ripa in l. hoc ius, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. num. 21. Lanfranc. in l. centurio, num. 45.* dum hi duo *Reciprocam* negant eſſe propriam ſpeciem, Emanuel Soarez *in addit. ad Anton. Gomez. c. 3. de ſubſtit.* & defendunt, duntaxat eſſe quatuor ſubſtitutionum ſpecies, vulgarem, pupillarem, quaſi pupillarem, quam alii exemplarem vocant, militarem, quam priores compendioſam indigetant, negantes reciprocam ſubſtitutionem inter has ſpecies adſcribendam eſſe, quod nulla conuenienti differentia a reliquis ſeparetur: addunt præterea militarem ſubſtitutionem parum appoſite compendioſam dici, cum etiam paganus verborum cõpendio aliquem ſubſtituere poſſit, & hæc ſubſtitutio a ceteris ſecernenda nõ ſit. A qua ſententia quoque non videtur alienus Bart. *in l. centurio, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. num. 11. Alexand. num. 9. item Franc. Aret. in rubric. eiuſdem tit. num. 2. Ripa ibidem num. 64. Alciat. nu. 58. Barth. Socin. in rub. tit. num. 19. Sfort. Odd. in tract. de ſubſtit. part. 3. art. 2. n. 1.*

Porro Æmilius † Ferret. *in rubr. de vulg.* 25
& pupill. ſubſtit. num. 7. Iacob. Cuiacius in addit. ad inſtitutiones Gaii lib. 2. Inſt. c. 4. Hug. Donell. hic num. 30. Franc. Conan. lib. 10. comment. c. 7. n. 2. Hugo Donell. hic num. 30. & comment. lib. 6. c. 23. Ant. Faber lib. 15. coniect. c. 10. Borcholt. Inſtit. de vulg ſubſt. Hermann. Vulteius ibidem num. 4. duas dũtaxat ſubſtitutionum ſpecies agnoſcunt, vulgarem, & pupillarem, & ab hac diſtinctione non videntur eſſe alieni Bartol. Bald. Iaſon, Cuman. Vigl. Mynſing. & multi alii, qui pro prima parte allegati ſunt, in eo tamen differentes, quod conſtituant reliquas ſubſtitutiones etiã ſpecies eſſe, ſed tamen ad has duas tanquam præcipuas & eminentiores reuocari poſſe.

Argumenta pro defenſione huius diuiſionis hæc potiſſimum in conſiderationem veniunt, quod ipſa tituli inſcriptio *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* facile coarguat, non eſſe niſi duo genera ſubſtitutionum, quod & ipſum confirmatur inſcriptione *tit. Inſtit. de vulgari ſubſtit. & alterius tit. de pupill. ſubſt.* Sed hæc obſeruatio ex eo impugnari poſſet, quod in tituli inſcriptione breuitati ſtudendum ſit,

quod

quod quaſi pupillaris ſubſtitutio primum introducta ſit a Iuſtin *l. humanitatis, h. t.* quodq; militaris ſubſtitutio ad proprium titulum de teſtamento militis referẽda videatur, *l in teſtamento, ſupr. de teſtam. milit.* quamuis de hac ipſa prærogatiua obiter mentio fiat *in l. centurio, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Deinde, quod Modeſtinus IC. *in l. iam hoc iure, ff. eodem tit.* reciprocam ſubſtitutionem tertium genus appellet. Vltimo, quod inſcriptio noſtri *tit. de impuber. & aliis ſubſtit.* contrarium euincere videatur, ſecundum notiſſimam iuris noſtri definitionem, numerum pluralem in ſingulis rebus, perſonis, vel ſpecie aliqua verum intellectum recipere non poſſe, *l fin. ff. ad SC. Trebell. Nicol. Euerh. in loco a vi numeri, num. 3. & 4.* Secundo perpendi poteſt, quod *l. precibus, h. t. noſt. item l. iam hoc iure, in princ. l. cum ex filio 39. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* duntaxat fiat mentio primi & ſecũdi caſus, vt prior deſignet vulgarem ſubſtitutionem, alter vero pupillarem. Sed & hæc allegatio ex eo infirmari poſſe videtur, quod nihil prohibeat, vnum caſum ratione formæ ſuæ in diuerſas ſpecies deduci, ſiue ſpecies retineat nomen generis, vt in verbo adoptionis, actionis, legis, & ſimilib. ſiue alia appellatione deſignetur: forma n rei ſubſtantiã tribuit, & nomen adſcribit, *l. ſi is qui quadraginta 80. §. 1. ff. ad leg. Falcid.* cui obſeruationi reſpondet, quod traditur *in l. ius ciuile, ff. de iuſt. & iur.* quod quoties aliquid additur vel detrahitur iuri communi, proprium genus conſtituatur. Cui etiam finitimũ eſt, ꝙ illud, quod ex quadã rerũ mixtura conſiſtat, tanquam ſeparatum a ſimplicibus aliam recipiat definitionem, *l. naturalem, §. cum quis ex aliena. ff. de adquirend. rerum domin. l. vim paſſam, §. præſcriptio, ff. ad leg. Iul. de adult.* De qua re copioſe ſcribunt noſtri Interpretes *in l. 2. ff. de verborum oblig.* vbi apparet, admodũ perplexam hanc quæſtionem eſſe, an appellatione ſimplicium mixta contineantur.

26 Reliquum foret, vt † quid meæ ſententiæ & cogitationis eſſet, expromerem, ſed cum illud in enarratione huius tituli commodius fieri poſſit, eo pleniorem tractatum reiiciam, non diſſimulans interea Duareni conſiderationem magis probabilem videri, quod reciproca ſubſtitutio, item & compendioſa, ſi de pagano tractetur, magis adiectiones ſint qualitatum, quæ differentiam ſpecificam nõ conſtituant, quam, vt aliquid ſubſtantiale complectantur. Et ſane mirum videri debet, quod cum Bart. Mich. Graſ. item Sfortia Oddus quinq; ſubſtitutionum ſpecies conſtituerunt, *hic part. 6. q. 3. num. 1.* iſte in verbo *ſubſtitutio, quæſt. 52. num. 2.* ille vero *l. Lucius, ff. de vulg. & pup. ſubſt.* reciprocam ſubſtitutionem eſſe ſpeciem, ſed duntaxat adiectionis vice fungi fateantur, quæ aſſertio parum coherere videatur.

Porro, ne quis exiſtimet, hãc † inueſtiga- 27
tionem plane infructuoſam eſſe, is perpendere debet, ad veram cognitionẽ ipſius iuris id plurimum intereſſe; deinde in quotidianis quæſtionibus hæc ipſa inſpectio vtilitatẽ adferre poterit. Quid eñ ſi alicui teſtamẽto vel inter viuos id relinquatur, quod ex vulgari, aut quod ex pupillari ſubſtitutione, vel denique quod ex vtraque conſecutus ſit, & teſtatorem illum ex militari, vel quaſi pupillari ſubſtitutione id conſecutum ponamus, an ad hoc compendium legatarius aſpirarẽ poſſit: quid ſi quis ex peculiari decreto, vel reſcripto debeat cognoſcere de vulgari, vel pupillari ſubſtitutione, & quæſtio incidat, de ſubſtitutione militari, vel illa, quæ ad exemplum pupillaris ſit facta, ſane in his & ſimilibus conſtituendum erit, quid appellatione vulgaris, quid denique pronuntiatione pupillaris ſubſtitutionis comprehẽdatur; quid ſi lege municipali caueatur, quod mater etiam pupillariter ſubſtituere poſſit, anne proptcrea citra adminiculum conſtitutionis a Iuſtiniano promulgatę, potuiſſet ad eius exemplum dementi ſubſtituere?

Lex prima.

SVMMARIA.

1 *Si nullæ partes in heredibus inſtituendis expreſſæ ſint, æquales datæ eſſe videbuntur.*

2 *Si ſubſtituantur hi, qui antea inſtituti fuerant, pro illis portionibus vocati cenſentur, quæ in ipſa inſtitutione deſignatæ ſunt.*

3 *Ratio huius definitionis.*

4 *Subſtitutio ſub nomine collectiuo, veluti fratres, aut filios fratris mei ſubſtituo, etiã pro portionibus præcedentis inſtitutionis facta intelligitur.*

5 *Quid obtineat, ſi dubium ſit, an teſtator vſus ſit nominibus propriis, an vero appellatiuis?*

6 *Subſtituti propriis nominibus vocati ex æqualibus portionibus admittuntur, quamuis portiones hereditariæ diſpares ſint, addita ratione.*

7 *Subſtitutio quomodo facta cenſeatur, ſi nomina propria & appellatiua commiſceantur, & hæc, vel illa præcedant.*

8 *Subſtitutio a præcedenti inſtitutione declarationem non recipit, cum onus adiunctum contrariam teſtatoris voluntatem coarguit.*

9 *In ſubſtitutione illi præferuntur, qui re, & verbis coniuncti ſunt.*

Digitized by Google

10 *In legatis & fideicommiſſis diſpoſitio precedens, ſequentem, quod ad portiones legatas attinet, non declarat.*

1 QVod in inſtitutionibus accidere animaduertim⁹, vt † ſi partes nullæ expreſſæ ſint, ex æquis portionibus ſcripti videantur, §. *ſi plures, Inſt. de hered. inſtit.* idem etiam in ſubſtitutionis cauſſa procedere animaduertimus, vt ſi quidē alii, quam qui prius heredes declarati erant, ad hereditatē vocentur, & partes deſignatæ non ſint, intelligantur ex æquis vocati, *l. qui cōplures 32. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. & arg. d.* §. *ſi plures.* Quod ſi vero
2 † hi ſubſtituantur, qui antea inſtituti erant, res paulo aliter moderanda videtur. Etenim ſi æquales portiones habuerint, eædem quoque in ſubſtitutione delatæ cenſebuntur; quod ſi vero ex diſparibus partibus inſtituti fuerint, in ſubſtitutione quoq; ex iiſdem portionibus inuitati intelligentur, *vt hac noſtra lege, item l. ſi in teſtamento 5. l. qui liberis 8. §. fin. l. ſed ſi plures 10. in princ. l. ſi plures 24. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* §. *etſi ex diſpari-*
3 *bus, Inſtit. de vulg. ſubſtit.* Ratio † eſt, quod cum in ipſa inſtitutione eos ita dilexerit, videatur quoque in ſubſtitutione ſimili fauore proſecutus eſſe, *arg. l. Publius 26, §. 1. ff. de cond. & demonſt.*

Hanc itaque definitionem ſuis meritis ornando, conſtituimus procedere, ne dum in directa ſubſtitutione, verum etiam fideicommiſſaria, *l. Lucius 78.* §. *Mauia, ff. ad SC. Trebellian.* neque diſtinguimus, vtrum extranea perſona admiſſa ſit, an minus, *d. l. qui cū plures 32.* immo quod magis eſt, locum hæc definitio habet, quamuis teſtator illos non
4 appellauerit heredes, ſed communi † nomine fratres, aut filios *d. §. Mauia, ita Baldus hic num. 3. Fulg. num. 2. Alexand. num. 2. Alber. num. 1. Angel. in princ. Salycet. num. 3. Corneus hic num. 2. Decius. num. 6. Iaſon num. 2. verſicul. quarto caſu, Ioan. Sichard. num. 7. Franciſ. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 5. c. 1. n. 20.* Præ-
5 terea locum † habet, ſi dubium ſit, an teſtator nominibus propriis vſus ſit, an vero appellatiuis, puta, quod teſtes, qui interfuerāt ſubſtitutioni, non recordentur, quibus verbis teſtator ſubſtitutionem fecerit, *argum. d. l. ſi plures 24. Iaſon hic circa fin. poſt Bart. Bald. Salyc. Caſt. in hanc ſententiam laudatos, Philipp. Decius num. 6. Alex. num. 1. Philipp. Corn. n. 3.* Pari ratione, ſi teſtator vſus eſſet nomine appellatiuo & proprio, & appellatiuum præcedat adhuc, idem probandum cōſtituunt. *Corn. hic num. 5. Iaſon num. 2. verſ. tertio caſu, Bald. num. 4. Caſtr. num. 2. Sichard. num. 7. Viglius Inſtit. de vulg. ſubſtit. §. etſi, ex diſparibus, arg. l. ſi ſeruus communis, ff. de ſtipul. ſeruor.*

Reliquum eſſe videtur, vt hāc ipſam traditionem ex certis cauſſis definiamus, & ad proprios limites reuocemus. † Principio e- 6
nim occurrit inſpectio *l. nonnunquam 24. ff. ad SC. Trebellian. item l. ſi heredes 141. eodem tit.* quod ſcilicet ex voluntate teſtatoris varie reſcriptum & iudicatum ſit. Etenim ait Papinianus, aliud probandum eſſe, ſi non ſub appellatione heredum, ſed propriis nominibus expreſſis, fideicommiſſum relinquatur, tunc enim ex mente ipſius Iuriſconſulti, & interpretatione noſtrorum Doctorū, *vt Accurſii hic in verb. expreſſa ſunt, Cyni nu. 1. Odofred. num. 1. Bart. num. 2. Bald. num. 1. Ang. in princ. Caſtr. num. 2. Alex. num. 1. Salyc. num. 2. Alberic. in prin. Franc. Aret. in princ. Decii n. 8.* qui allegat *l. ita liber, §. 1. ff. de her. inſt. Fulg n. 2. Iaſ. nu. 2. Donell. n. 3. Sichard. num. 5. Nicolai Euerhard. in ſuis locis legalibus, in loco a nomine dignitatis, num. 1. Franc. Mantic. de coniectur. vltim. volunt. lib. 5. c. 1. nu. 21. Vigl. §. etſi ex diſparibus, Inſtit. de vulg. ſubſtit. nu. 6. Mynſing. ibidem num. 4.* ex æqualibus portionibus admittentur, quamuis portiones hereditariæ diſpares ſint. Ratio illa eſt, quam Papinianus reddidit, quod vna coniectura per aliam elidatur, & definitio noſtræ legis in præſumta voluntate teſtatoris verſetur, cum ſubſtitutos nominibus propriis deſignando, intelligatur alio reſpexiſſe, & æqualem conditionem in illorum perſonis conſtituere voluiſſe. Enumeratio enim perſonarū hoc ipſum conciliare videtur, *l. cui fundus 56. ff. de condit. & demonſt.* Deinde, quod quando ſubſtitutio fit nominibus appellatiuis, videatur res explicari vna verborum cōceptione, *vt obſeruarunt Fulgoſ. hic nu. 2. Cuman. in l. turpia 52. §. fin. ff. de legat. 1.* Diuerſum autem fit, quotieſcunq; quis deſignatur nomine proprio, vbi plerumque copula intercedere ſoleat, quæ natura ſui æqualiter diuidere conſueuit, *l. reos, § cum in tabulis, ff. de duob. reis.*

Quæ de nominibus † propriis dicta ſunt, 7
eadem quoq; locum habent, ſi nomina appellatiua poſtponantur, *ita Bald. hic num. 4. Alex. num. 2. Iaſon num. 2. verſ. tertio caſu, Salyc. num. 3. Corneus num. 5. Vigl. in §. etſi ex diſparibus, de vulg. ſubſtit. num. 6. Mynſing. nu. 4. ibid. & alii Doct. ſupr. a nobis in contrario caſu relati,* quamuis Decius *hic num. 6.* temere diſſentiat, *item Franc. Curt. idque arg. l. ſi plures 24. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ita liber 8. ff. de ſtatu- lib. l.*

Digitized by Google

lib. l. nonnunquam, ff. ad SC. Trebell. Sed ſane cum ex iiſdem legibus non appareat, quid præceſſerit, & an vtrumque nomen coniunctum fuerit, a recepta regula recedere nõ debemus. Sed hic exoritur quædam difficultas ex *l. ſi quis teſtamento 12. ff. de ſtatulib. l. qui pecuniam 22. §. 1. & l. turpis 54. §. fin. ff. de legat. 1.* Priores enim leges prę ſe ferre videntur, hereditarias portiones locum habere, quamuis dũtaxat quidam ex heredibus nominati ſint, lex autem *turpia*, *§. final.* plane contrarium inſinuat, nimirum, quod ſi pars heredum nominata ſit in legando, viriles partes heredi deberi: ſi vero omnes, hereditarias. Pro conciliatione itaque dici poterit, intereſſe inter cauſsã ſubſtitutionis, & quæſtionem, quæ iiſdem legibus moueatur: in ſubſtitutione enim hereditatis locum habere, quæ antea commemorauimus. Porro, ſi tractetur pro quota portione heredes, qui aliquid dare iuſſi ſint, teneantur, hic diſtinctio illa adhibenda videatur, de qua *in l. turpia*, quamuis contra vtrumq; membrum vrgeat. Primo, *d. l. ſi heredes 124. eod. tit.* & deinde *d. l. qui pecuniã 22 ff. de ſtatulib.* Quare pro conciliatione nõ animaduerto, quid dicendum ſit, niſi imaginemur hereditaria nomina *in d. l. turpia, §. fin.* præceſſiſſe, vt hoc caſu *d. l. ſi heredes*, recipiat aliquam determinationem. Neq; obſtat *l. qui pecuniam*, quemadmodum enim principale noſtrum axioma declarationẽ recipit ab onere iniuncto, *l. quotiens 23. ff. ad SC. Trebell.* ita etiam emolumentum portionis a ſtatulibero dandæ, cum heredes pro portione hereditaria ius ſeruitutis in eodem ſtatulibero hoc modo amittant. Lex autem *ſi quis teſtamento 12. ff. de ſtatulib.* nihil videtur habere cõmune, cum noſtra diſceptatione, cum inde intelligamus, quædam nomina heredum in conditione fuiſſe, quæ res tanquam incerta præſentem obligationem impedire non poteſt.

Hæc noſtra principalis enuntiatio, quod ſubſtitutio a præcedente inſtitutione declarationem recipiat, eo caſu minime procedit,
8 quo ratione oneris † adiuncti, contraria voluntas teſtatoris colligi poſſit, *l. quotiens 23 ff. ad SC. Trebellian. & ibid. gloſſ. Bartol. & alii, Iaſ. hic num. 2. Salyc. num. 3. Philip. Decius num. 10.* quo etiam referri poteſt *l. vtrum, §. fin. ff. de rebus dub.* Sed negotium faceſſit *Lata liber 8. §. ſi partes, ff de ſtatulib.* vbi non videtur haberi ratio oneris, quod quis libertatem præſtare cogatur, ſed ſupra relatæ diſtinctionis, an nomina propria comprehẽſa ſint, an vero appellatiua. Qua de cauſſa videtur vna cũ Socino *in d. l. vtrum, §. fin. ff de reb. dub.* diſtinguendum eſſe inter onus pecuniarium & libertatis. Et ſi quis obiiciat, *l. qui pecuniam 22. §. 1.* repetenda illa erunt, quæ ſupra complexi ſumus circa traditionem, an aliqua differentia ſit, quod quidam nominentur, an vero quod omnes deſignati ſint.

Tertio diſpoſitio noſtrę legis etiam aliam exceptionem admittit, ex *l. coheredi, §. qui diſcretas, ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* vbi in ſubſtitutione præferuntur illi, qui † re & verbis con- 9
iuncti ſunt. Decius *hic n. 10. poſt Bald. & alios ab eodem allegatos.* Iaſ. *nu. 2.* qui hanc ſententiam communem pronuntiat.

Quarto noſtrum pronuntiatum circumſcribi debet ipſa inſtitutionis & ſubſtitutionis cauſſa, quæ circa quotã hereditatis portionem locum habeat. Nam † in legatis & fi- 10
deicõmiſſis aliud probandum eſt, ibi enim dũtaxat pro virili portione ſubſtituti videntur *l. vnic. inf. de caduc. tollend. § ſed vt manifeſtetur, Alex. hic n. 2. Dec. n. 9. Iaſon nu. 2. Sichard. n. 7. Paul. Caſt. n. 2.*

Lex, Hereditatem, 2.

Svmmaria.

1 *Subſtitutio reciproca, quo nomine a ceteris ſubſtitutionibus diſtinguatur.*

2 *Error Bartoli, & aliorum Interpretum, dum ſubſtitutionẽ reciprocam a reliquis putant differre, verbis duntaxat, non vero effectu.*

3 *Definitio reciprocæ ſubſtitutionis ſecundum Alciatum.*

4 *Alia definitio auctoris.*

5 *Reciprocæ ſubſtitutiones in ſimplices plerumq; reſolui poſſunt.*

6 *Reciprocæ ſubſtitutiones in ſimplices reſolui non ſolent, ſi perſonarum inæqualitas interueniat.*

7 *Varia exempla præcedentis concluſionis.*

8 *Si ſubſtitutio compendioſa commiſceatur cũ reciproca ſuſtitutione, an inæqualitas perſonarum effectum eius impediat?*

9 *Subſtitutio reciproca duobus impuberibus facta, an exſpiret, ſi vnus ex filiis poſtea emancipetur?*

10 *Auctores, & rationes negatiuæ ſententiæ.*

11 *Contrariæ aſſertionis defenſores, cum ſuis argumentis.*

12 *Si inæqualitas duntaxat ſit ratione ætatis, reciproca ſubſtitutio non impeditur.*

13 *Idem ſi duo impuberes ex inæqualibus portionibus inſtituti ſint.*

14 *Reciprocam ſubſtitutionem quaſi pupillarem continere.*

15 *Quid iuris ſit, ſi vnus ex filiis ſit impubes, alter autem pubes, & furioſus, an tunc reciproca ſubſtitutio pupillarem, & quaſi pupillarem contineat?*

16 *Auctores, qui id defendant cum fundamentis huius opinionis.*

Digitized by Google

nigniorem interpretationẽ expoſceret, *vt hac noſtra l. & d. l. precibus*, cum ſecundum traditionem Bartoli *in l. ſi mater, §. fin. & in l. qui habebat in 1. oppoſit. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* ſubſtitutio vulgaris non porrigatur de caſu ad caſum, ſi tractetur de perſona extranei, qui illum excludat, cui alias ſucceſſio deberetur.

Septimo quod cum ſubſtitutio pupillaris moribus comparata ſit, *l. 2 ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* & conſuetudo quæ contra leges eſt, non recipiat interpretationem, *leg. quod non ratione, ff. de legib.* niſi quatenus lex quid vlterius diſpenſauerit, & omnes diſpenſationes odioſæ ſint, *c. 1. in fin. de filiis pres'yt. in 6. c. ordinarii, de offic. ordinar. in 6.* quod conſequenter quoq; non ſit admittenda illa interpretatio, qua mater excludatur, cum ſine lege loqui erubeſcamus *l. illam, ſup. de collat. Nouel. de triente & ſemiſſe in prin.*

4 His bene ſubductis † non promta ratio eſt dirimendi certaminis propoſiti, vel iudicii ſui interponendi, quod hinc veritas & legum auctoritas pugnet, inde vero interpretum numerus atq; ſplendor, & humanioris expoſitionis illecebræ. Etenim ſi eo tempore, quo rerum potiebantur Diocletianus & Maximinianus, non fuit incerti iuris, quod mater ſubſtitutum ex tacita pupillari repel-
5 leret, quid opus erat † noui conſtitutione Iuſtiniani, qua certamina Iuriſconſultorum quæ iam antea diremta fuerant, componeret, aut cur Iuſtinianus ex ſententia Papiniani, coniecturam paternæ voluntatis matrem præferentis, inde deducit, quod vxorẽ filio ſuo coheredem dederit, vt veriſimile videatur eam repellere noluiſſe a luctuoſa ſucceſſione filii, quam propriis fortunis impar-
6 tiri non dubitaſſet. Sane quod ad legẽ † *precibus*, attinet, ea concepta eſt in perſonã militis, in quã ſubtiles legum interpretationes locum habere non ſolent *l. 1. ff. de teſtam. mil. & l. Diuus, eod.* vt id ſolum ſtatuiſſe videatur, quod expreſſit *l. ſi miles 3. ff. de teſtam. milit. l. ſi miles vnum 6. eod.* niſi coniecturæ ex facti circumſtantiis oriantur, *l. in teſtamento ſup. de teſtam. milit.* vt recte poſt Catonem Saccum obſeruauit Vig. *Inſtit. de pup. ſubſt. n. 16.* Item Ferd. Vaſq. & Ant. Fab. *in locis ſupra deſignatis.* Neq; videtur eſſe ratio, cur ſubſtitutioni quam reciprocam vocant, de qua *in l. Lucius 45. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* maiorem vim adſcribamus, quam vulgari ſubſtitutioni, cum proprie ſpeciem ſubſtitutionis non conſtituat, ſed ſub vulgari contineatur, vt poſtea illud exſequemur.

Quibus fundamentis iactis & reliqua argumenta facile diluentur, quod enim tertio commemoratur de luctuoſa matris hereditate, quod ſcilicet parens eam non videatur inuidere, tunc temporis locum habet, quã-
do aliæ coniecturæ hanc † voluntatem parẽ- 7
tis commendant, vt in præſenti reſcripto, nam ſi nullam partem ſubſtantiæ ſuæ matri reliquerit, ſed ſimpliciter filio ſuo ſubſtituerit, contraria coniectura potius locũ habet, quod quam primo in caſu excluſerit, eandẽ quoq; ſecundo caſu repellere voluerit, *d. leg. Lucius 45. & l. quãuis, 4. ff. de vulg. & pup. ſubſt.*

Quamuis quæ quarto commemorantur imaginem æquitatis habeant, tamen quod hic non de poteſtate, ſed de volũtate diſce-
ptetur, cum certum ſit † patrem teſtamen- 8
tum pro filio facientem, eandem ſubmouere poſſe, *l. 8. §. ſed nec impuberis, ff. de inoff. teſt.* conſequenter in aſſerenda cõtraria ſententia momentum facere non videtur.

Concedimus in nonnullis † maiorẽ vim 9
eſſe expreſſæ diſpoſitionis, quam tacitæ, ſed in quibus id nominatim cautum eſt: in reliquis generali definitioni, quod eadem ſit auctoritas tacitæ diſpoſitionis, quæ expreſſæ locus erit, *l. de quibus, ff. de legib. l. 2. ſup. de pact. Nicol. Euerhard. in loco ab expreſſo ad tacit.* innitendum eſt *l. 3. ſup. de legib. l. in fraudem 15. ff. de teſtam. milit. l. 1. ff. de reg. iur.*

Procederet ſexta collectio, ſi conſtaret
leges cauſſã † matris a generali definitione 10
excepiſſe, ſed quia hoc κρινόμενον eſt, idcirco generali diſpoſitioni *l. 4. ff. de vulg. & pup. ſubſtitutione*, ſtandum videtur.

Quamquam ius pupillariter ſubſtituendi moribus expenſum feratur, vt ſeptimo ingeritur, tamẽ quod generali definitione legis illi confirmati ſint, & conuenientem interpretationem receperint ex *d. l. 4 itẽ l. quam-
uis, inf. tit. prox.* & ſermo † generalis conueni- 11
entem vniuerſo recipiat interpretationem, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præſt. l. 1. ff. de conſti.* conſectarium quoq; eſt, vt idem in præſenti cauſſa probemus.

Expoſui quæ ad verũ huius reſcripti ſenſum pertinere videntur. Ceterum quod ſatis dura cẽſeatur definitio, *l. Papinianus §. ſed nec impuberis ff. de inoff. teſtam.* quod mater ex tali ſubſtitutione ita excludi poſſit, vt ne quidem per inofficioſi querelã adiuuari queat, non poteſt inhumana cenſeri recepta noſtrorum doctorum interpretatio, adeo vt in
praxi † temere inde recedendum non ſit, de 12
qua re copioſius *in l. precibus tit. ſeq.*

De

Digitized by Google

De impuberum & aliis ſubſtitutionibus:

TITVLVS XXVI.

Præludia.

SVMMARIA.

1 *Difficultas preſentis tractatus de ſubſtitutionibus.*
2 *Subſtitutio quo iure introducta.*
3 *Definitio ſubſtitutionis ſecundum gloſſam.*
4 *Alia ſubſtitutionis definitio ſecundũ Duarenum.*
5 *Cuiacii definitio.*
6 *Difficultates circa definitionẽ Duareni & Cuiacii.*
7 *Diſtinctio quid pronuntiatione ſubſtitutionis contineatur.*
8 *Subſtitutio quæ exheredato fiat, anomala.*
9 *Intellectus l. quærebatur, §. fi. ff. de teſtam. milit.*
10 *Miles heredem ad tempus conſtituere poteſt.*
11 *Intellectus l. 55. & 57. ff. de hered. inſtit.*
12 *Diuiſio ſubſtitutionis in directam, & obliquam an admittenda ſit, cum auctoribus & argumentis affirmatiuæ ſententiæ.*
13 *Contrariæ ſententiæ auctores, & fundamenta.*
14 *Interpretatio auctoris.*
15 *Subſtitutionẽ in genere ſumtam recte in vulgarem & obliquam diuidi, non autem ſpecialem.*
16 *Definitio ſubſtitutionis generalis.*
17 *In perſonis imparibus tacita pupillaris ſubſtitutio & fideicommiſſaria locum habere non ſolet.*
18 *Intellectus c. ſi pater de teſtam. in 6.*
19 *Quando genus commiſcetur cum ſua ſpecie, reſoluitur in particularem ſignificationem.*
20 *Intellectus l. Tutores, §. heres, ff. de adminiſtrat, & pericul tutor.*
21 *Pronuntiatione heredis fideicommiſſarium proprie non contineri.*
22 *Si lege municipali mentio fiat ſubſtituti, fideicommiſſarius ſubſtitutus non excluditur.*
23 *Directæ ſubſtitutionis ſpecies quinque ſecundum gloſſam Bart. & alios.*
24 *Animaduerſio Duareni & quorundam aliorum quatuor ſpecies duntaxat conſtituentium.*
25 *Alia conſideratio Æmilii Ferreti, quod duæ duntaxat ſint ſpecies cum argumentis, quibus ſingulæ diuiſiones videantur defendi.*
26 *Explicatio auctoris.*
27 *Vtilitas huius inueſtigationis.*

SI vlla in toto noſtro iure materia eſt, quæ
difficilis & laborioſa cenſeri debeat, ſane
præſens † tractatus in eo numero adſcribi
1 debet, partim quod natura ita comparatus
ſit, partim etiam, quod infiniti interpretes
eundem mole commentationũ obruerint
potius, quã vt par erat, illuſtrarint, nec tñ ea
res nos deterrere debet, cum vtilitas huius
diſquiſitionis labores & moleſtias facile
compenſare poſſit, adeo vt Baldus, referente
Cumano, gloriatus ſit, ſe plus quã 15000.
ducatorũ ex tali diſceptatione lucratũ eſſe.
Principio huius enarrationis multi interpretum
leues quaſdã quæſtiones, & nõ magnæ
vtilitatis mouere ſolẽt, vnde ſubſtitutio dicta
ſit, item cur eadem inuenta, & quo iure
videatur, quæ cum omnibus pateant, minime
operæ pretiũ duximus tam minuta conſectari.
Nã ꝙ Sfortia Oddus *in tract. de ſubſt.
part. 1. q. 4.* auctor eſt, illã propterea comparatam,
vt nobis præſtaret a periculo caducorum
l. vnic. infr. de caduc. toll. in prin. a vero
alienum eſt, cum etiã ipſe fateatur *in d. part.
1. q. 3.* ſubſtitutionem iure † gentiũ introdu- 2
ctam fuiſſe, vt etiã ius teſtandi, de qua re copioſe
ſcripſimus, *l. 1 ſupr. de hered. inſtit.* Certum
aũt eſt caducorum iura ante tempora
Auguſti & legem Iuliam atque Papiam cognita
non fuiſſe, vt oſtendit Forſterus in vita
Auguſti Cæſaris.

Omiſſis itaq; his quæſtionib. diſcutiemus
quid ſit ſubſtitutio. Et gloſſ. † quidem *in rub.* 3
ff. de vulg. & pup. ſubſt. item Inſt eod. tit. ita deſcribere
ſubſtitutionem videtur, ꝙ ſecunda
ſit inſtitutio. Et hanc definitionẽ Dd. communi
calculo probaſſe teſtatur Socin. *in l.
cẽturio, n. 2. Sapia in h t. inſcriptione, n. 2. Cagn.
in l. precib. n. 3. h. t. Mich. Graſſ in theſ. com. opin.
in dict. ſubſtitutio, q. 1. Did. de Spino in ſuo ſpec de
teſta. tit. de ſubſt. vbi multos accumulat.* Nec videtur
eſſe aliena definitio Gaii, *in comment.*
quæ eius nomine circumferũtur, *lib. 2. Inſti.
dum ait: Subſtitutio eſt, quæ poſt inſtitutionem a
teſtatore fieri ſolet,* id eſt, *ſecundi heredis appellatio*:
quam definitionem ſequitur Viglius *Inſti.
de vulg. ſubſt n. 3.* itẽ Weſenb *de vulg. & pup.
ſubſti. in prin.* Ceterũ cũ hæc definitio ex eo
periclitetur, ꝙ nedũ ſecundo, ſed etiã tertio
l. 1. ff. de vulg. & pup ſubſtit. & vlteriori loco, *l.
poteſt 36. cum l ſeq. ff eod. tit.* ſubſtitui queat, idcirco
Duaren *ff in explicat. einſd. tit.* pronuntiat,
† illam eſſe inſtitutionem heredum, ſe- 4
cundo vel vlteriori gradu factam. Paulo aũt
accomodatior eſſe † videtur definitio Cu- 5
iacii, *ff. in ſuis parat*: quippe ꝙ naturam ipſius
clarius exprimat, quod ſit datio hereditatis
datæ vel acquiſitæ alteri. Vulgaris n. ſubſtitutio
eſt hereditatis alteri delatæ, quam tñ
ipſe hereditatem adeundo nunquã acquiſiuit,
cum poſt agnitionem hereditatis huiuſmodi
vulgares ſubſtitutiones exſpirare ſoleant,
l. poſt aditam, h. t. Porro alia cõditio eſt
pupillaris ſubſtitutionis. Etenim illa locum
habet poſtquã pupillus admiſerit paternam
hereditatem, & eandem etiam nactus ſit, *d.
l. poſt aditã. item l moribus 2. ff. eod. tit.* reliquę
antẽ ſubſtitutionum formæ, vt exemplaris,
militaris, reciproca, ſiue illas ſpecies appellemus,
ſiue minus, ad has duas eodem Cu-

Digitized by Google

iacio auctore referri poſſunt de qua re quid noſtræ mentis ſit alibi dicemus.

Obſeruandum autẽ eſt, quod ſiue Duareni ſiue Cuiacii definitionẽ amplectamur,
6 neutra † difficultate ſua careat, ꝙ ex diuerſis cauſſis impugnari queant. Primo n. hæc ipſa definitio ex eo laborare videtur, ꝙ non ſolum ſubſtitutio fiat heredibus, ſed etiam iudicib. *l. pen. ff. iudicat. ſolu. l. proponebatur. ff. de iudiciis*, procuratorib. *leg. ſi procuratorem 8. §. mandati & §. ſi tutores, ff. mandati*, item vna actio ſubſtituitur loco alterius, §. *fuerat, Inſti. de act.* pterea grex in locũ gregis, arbores in locũ arborũ demortuarũ, *l. vetus 68. § fi. cum duab. legib. ſeq. l. ſi cuius 13. §. deniq; cõſultus, eod. tit.* Secundo ſubſtitutio nõ ſolũ locũ habet in inſtitutionibus, ſed in legatis & fideicommiſſis, *l. pater Seuerianã 101. ff. de cõ l. & demon. l. vnic. inf. de cad. toll. § ſin aũt, & l vt heredib. 50 ff. de leg. 2.* Tertio ꝙ ſubſtituere ẽt poſſimus filiis exheredatis, *l. 1. § ſubſtituere. ff. de vul. & pup. ſubſt. §. non ſolũ*, atqui in filio exheredato nulla inſtitutio præcedit. Quarto ſcrupulũ mouet *l. 2. §. quiſquis, ff. de vulg. & pupill.* vbi miles filio pupillariter ſubſtituere põt, quãuis ſibi nullum teſtamentũ fecerit, & conſequenter nullũ heredem inſtituerit Quinto nõ mediocriter quoq; vrget *l quærebatur 19. § fin. ff. de mil. teſt* ex qua nec nõ *l. miles ita 41. ff de teſt. milit.* colligitur, ꝙ ſecunda inſtitutio a teſtatore hoc modo facta, vt quis ad certũ tempus heres ſit, & alius eo tempore elapſo, non eſſe ſubſtitutionẽ, quamuis in alterius locũ ſuccedat, ſed potiꝰ inſtitutionẽ, ex quo legata, priori teſtamẽto relicta nõ agnoſcat contra definitionẽ, *l. licet Imperator 74. ff. de leg. 1.* qua cauetur, ſubſtitutũ ea legata pſtare debere, quæ ab inſtituto relicta ſunt. Sexto negotiũ faceſſit *l ſi is qui non ſoluendo 55. item 57 ff. de hered. inſt.* vbi ſecundo loco ſcriptus heres inſtitutus dicitur non ſubſtitutus. Septimo obſtare videtur, *l. Gallus, ff. de li. & poſt. hered. inſt.* vbi nepos vel pronepos ſecundo loco heres ſcriptus, non vocatur ſubſtitutus ſed inſtitutus. Octauo quod cũ fideicõmiſſum ſubſtitutio ſit, *l generaliter, §. cum aũt. ſup. tit. prox.* definitio tamen non conueniat.

7 Vt igitur nos ex propoſita argumentorũ perplexitate extricemus, ſciendũ eſt, † ſubſtitutionis verbũ ad omnia illa accõmodari poſſe, quorũ loco quid ſurrogetur. Accurſio Duareno & Cuiacio non fuiſſe propoſitũ, vt de aliis ſubſtitutionib. diſſererẽt, q̃ quæ heredi fieret, vnde ceſſat difficultas primo loco excitata, cũ de huiuſmodi extraiudicialibus ſubſtitutionib. hic non diſceptetur. Pari ratione non fuit illis conſiliũ definire ſubſtitutionẽ, quæ in legatis & fideicõmiſſis fiat, cũ alias vna cum Oddo Peruſino paulo generalius definiri poſſet, ꝙ ſit in locũ heredis vel legatarii ſibi vel filio, deficientis, de aliis a teſtatore facta prouiſio. Poſſent etiã huc trãsferri aliæ definitiones, q̃ referũtur a Leonio *in ſuo tractatu de ſubſtit* Petro Riccian. *Inſt. de vulg. & pup ſubſtitu.* ſed ego puto hanc vnam ſufficere, ne prolixior fiam.

Sublatis igitur his duob. offendiculis, cõſequens eſt, vt tollamus obicẽ tertio & quarto loco ſe ingerentẽ Et ſane nullã ſolutionẽ hactenus vidi, nõ ſolũ, q̃ ſecuritatẽ afferret, ſed etiã q̃ pbabilis videri poſſet, niſi quis vna cum quibuſdã cõtendere velit, ꝙ huiuſmodi ſubſtitutio ex diſpoſitione iuris ſingulare aliquod ius habeat, vt definitione cõprehendi nequeat. Et hæc reſpõſio videtur quodammodo neceſſaria, ſi perſonã exheredati ſpectemus, niſi quis exiſtimet, in legatis & fideicõmiſſis a patre relictis duntaxat ſubſtitutionem fieri: ſed cum repugnet §. *nõ ſolũ, Inſtit. de pup. ſubſt.* neceſſario ad præcedentẽ ſolutionem confugiendũ eſt, ꝙ hæc † ſubſtitutio 8
ſit anomala, & eo reſpectu locũ habeat, ꝙ teſtator nõ ſibi ſed alterius bonis ex auctoritate legis ſubſtituat, ita tñ vt ſuũ teſtamentũ cũ inſtitutione heredis antea faciat *l. 2. §. pœnis, ff. de vul. & pup. ſubſt.* quemadmodũ ẽt, ſi eũdẽ heredẽ inſtituiſſet, ſubſtitutus nedum illa q̃ a parẽte pfecta ſunt, ſed ẽt aliunde peruenerunt, conſequitur, *l. ſed ſi plures 10. ff. de vul. & pup ſubſt. §. ad ſubſtitutos* Porro ſi iura hodierna intueamur vt Nouellã 115. §. *aliud aũt cap.* pupillus amplius exheredari nõ poterit, cum ex cauſſis ingratitudinis vix vllã cõmittere poſſit, de qua quæſtione tñ cõſulẽda ſunt illa, quæ tradimus auth ex cã, *inf. de li. præt. & l. 1. ſeq tit.* Quod ſi vero tractemus de filio, qui a patre teſtamẽto inſtitutus nõ ſit, de quo mẽtio fit *in d. l. 2. § quiſquis*, non incõmode ſubſtitutus dici poterit, quod pater non auferendo filio hereditatem, eidem hanc reliquiſſe videatur *l. conficiuntur ff. de codicill.*

Eiuſdem reſponſionis ſubſidio etiã diſcutere poſſemus, ꝙ periculi eſt a lege † *quærebatur, § fin. ff de milit. teſt.* ſed quia nobis religio 9
eſt, ſine euidenti neceſſitate emẽdicatis vti ſuffragiis, quod aliquid ſit ſpeciale, idcirco ſciendum eſt, naturã inſtitutionis hoc conciliare, priuilegiũ autẽ militis in eo verſatur,
ꝙ miles heredẽ ad tempus † cõſtituere poſſit, ꝙ ſane in pagano admiſſum non eſt, *l hereditas 24 ff de her. inſt.* Porro quod ſecundo 10
loco

Digitized by Google

loco inſtitutus, legata nõ agnoſcat, ea cauſſa eſt, quod in eius perſona repetita non intelligantur, quod ſcil. prior heres, qui commodum hereditatis certo temporis ſpatio ſenſit, illa præſtare debuit, vnde legatarii ad duplex emolumentum aſpirare non debẽt. Accedit quod repetitio legatorum, de qua *in l licet Imperator*, locum non habeat, quando veriſimiliter apparet, teſtatorem hoc oneris ſecundo heredi imponere noluiſſe, vt IC. illud haud obſcure in eadem lege inſinuat, ita vt non diſtinguamus inter teſtamẽtum militare & paganum, ſi paganus vi ſtatuti vel conſuetudinis aut priuilegii aliquem ad tempus inſtituere poſſet. Neque probandam eſſe putamus ſolutionem Iaſonis exiſtimantis, ſecundo loco inſtitutum non poſſe ſubſtitutum vocari, ſed perinde eſſe, atque ſi duo ab initio heredes inſtituti eſſent, cum talem explicationem refellat *l. miles ita 41. ff. de teſtam. milit.*

Quibus ita conſtitutis, non eſt, quod re-
11 formidemus ea, quæ † ex *l. 55. & 57* adferũtur, vera enim ſubſtitutio eſt, ſed quia auctoritas legis eo caſu impedit priorem inſtitutionem, idque ex ratione, quæ eadem lege diſerte comprehenſa eſt, ꝙ lex Ælia Sentia inſtitutionem de ſeruo proprio in fraudem creditorum factam & libertatem ipſi datam ita demum tueatur, ſi nemo alius heres ex eo teſtamento eſſe poſſit, idcirco ſubſtitutio habetur pro inſtitutione.

De lege *Gallus*, quomodo accipienda ſit, in explicatione eiuſdem legis, quam ſubiiciemus, *poſt tit. de poſth. here. inſt.* diſſeremus.

Quod ab octaua conſideratione diſcri-
12 minis eſſe poteſt, id ex obſeruatione ſequẽtis quæſtionis facile euitabitur. Diuidunt n. noſtri interpretes ſubſtitutionẽ in directam & obliquam, quam fideicommiſſariam vocant, *Alex. hic n. 2. Coraſ n. 18. Bald. Nouell. in tract. de ſubſtit. in prælud. n. 2. Leonius ibid. nu. 59. Roland. de vlt. volunt. c. 2[illegible] n. 4. Mynſing. Inſtit. de vulg. ſubſtit. in præfat. nu. 5. Balduin. ibid. n. 6. Schneid. nu. 6 Franc Hottoman. in pr. eiuſd. tit. verſ. poſtremo ſciendum eſt. Bart. Soc. in rub. de vulg. & pupill. ſubſt. n. 13. & ibidem Iohan. ab Imol. & Raphael Cuman. Bart. nu. 1. Alb. nu. 1. Hugo Donel. comment. lib. 6. cap 23. Vacon. 4. declar. 61. num. 6. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. progreſ. lib. 2. §. 11. tit. de ſubſtit. honorat. nu. 6. Zaſ. in tract. de ſubſtit. in prin Polit. de ſubſtit. in princ. num. 28. Didac. Couar. in cap. Raynutius. de teſtam. cap 4. num. 1. Didac. de Spino. de ſubſtit. n. 18. poſt. Lancell. Galli. Guliel. Bened. Emanuel. Coſta. Lancell. Polit. in hanc ſententiam allatos. Duarenus in explicat. tit. de vulg & pupill. ſubſtit. c. 2. Socin. Iunior in l. centurio, n. 18. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. Oddus Sfortia in tract. de ſubſtit. part. 1. q. 5. nu. 20.* vbi ait, hanc opinionem hodie magis communem eſſe, maxime poſt conſilium Socini Iunioris, cui ait, ſubſcripſiſſe Decium Herculanum & viginti alios Doctores illuſtres. Vtilitas huius inueſtigationis in eo cõſiſtit, vt ſi lege municipali mentio fiat ſubſtitutionis, ſcire poſſimus, vtrum fideicomiſſarius ad eandem cauſſam pertineat. Deinde, vt dirimat celeberrimam quæſtionem, an ſi pater filio impuberi ſubſtituat, vltra tempus pubertatis, ſubſtitutus ex cauſſa fideicomiſſi admittẽdus ſit, ſi filius pubes factus ab hac luce ſubtrahatur, de qua Dd. *in l. verbis, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Vltimo, vt conſtare queat, an ſi miles alicui, vltra illud tempus ſubſtituat, hæc ſubſtitutio omni tẽpore intelligi debeat de directa ſubſtitutione, an minus? Quæ cõtrouerſia dirimi ſolet, *l. precib. h. t. & l. centurio, ff. eod.* Confirmant hanc ſuam aſſertionem variis argumentis. Et primo quidem auctoritate *l. generaliter*, §. *cum autem, ſupr. tit. prox. in verb filiis ſuis ſubſtituit*, item euaneſcere ſubſtitutionem, rurſum in verb. *talem feciſſe ſubſtitutionem*, repetendo eandẽ dictionẽ ſæpius, vt ibidẽ videre licet.

Secundo, ꝙ Papinianus optimus Latini ſermonis vindex & cõſeruator, duob. in locis fideicommiſſum ſubſtitutionem vocet, *l. coheredi 41. §. quod ſi heredẽ, ff. de vulg. & pup. ſubſt. in verb. ſeq.* nec aliud ſeruandũ eſt, cum ſubſtitutionis conditio puberẽ ætatem verbis precariis egreditur: *item l. heredes mei 57. §. 1. ff. ad SC. Treb. in verb. abſurdũ*, eſſe reſpõdi, ceſſante prima ſubſtitutione, itẽ §. 2. reſpõdi inter filios ſubſtitutionem fideicommiſſi factam.

Tertio adduci põt *l. paterfamilias 46 ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* vbi Paulus IC. in cauſſa fideicommiſſi ẽt ſubſtitutionis verbo vtitur, vt etiam facit Scæuola, *l. ſi filius 62. ff. ad Sen. Trebell.*

Quarto, his quæ dicta ſunt reſpondet *l. poſt aditam, h. t.* vbi mentio fiat directę ſubſtitutionis, vt a fideicommiſſario tanquam diuerſa ſpecie ſeparetur.

Quinto, his finitima eſt *l. Scæuola 76. ff. ad SC. Treb. in verb. eiuſq; codicillis ſubſtituerit*, & in verb. *benigna interp̃tatione placet*, vt mater, quæ ab inteſtato pupillo ſucceſſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur.

Vltimo Politus *in tract. de ſubſtit. & Sfort.*

Digitized by Google

Odd. *in eo tract. par. 1 q. 4. n. 19.* contendunt, hanc opin. ex cõmuni vſu loquentiũ confirmatam eſſe, & propterea ſequẽdam videri, *arg. l. liberorum 52. ff. de l. 3. § ꝙ tamen Caſſius, Nic. Euerh. in loco a cõmuni opinione, n. 1. & ſeq.*

13 Non minores † numero cõtrariæ ſententię aſſertores videntur. Bald. *in rub. h. t. n. 1. Caſt. n. 1. & 2. Saly. n. 1. Corn. n. 2. Phil Dec. n. 1. Aemil. Ferret. in rub. ff. de vulg. & pup. ſubſt. nu. 4. verſ. ſecundo principaliter quæritur. Alc. n. 17. Ripa n. 5. Hieron. Cagn. in l. precib. h. t. n. 50 Franc. Con: comm. lib. 10 c. 8. n. 11. Weſenb. in ſuis parat. n. 6. Viglius Inſt. de pup. ſubſt. §.* qua ratione, *nu. 16. Vulteius Inſtit. de vulg ſubſt. n. 2.* vbi in hanc ſententiam allegat Eguinarium Baron. ibi. & Ant. Gouean. *in rub ff de vulg. & pup. ſubſt. n. 4. Hug. Donel. parum ſibi conſtans in h. tit. inſcriptione, n. 29. & in l precibus infr. tit. prox. nu. 2. Ang. Matheat. l. br. 1 de legat. & fideicom. c. 6. Soc. Iun. in l. centurio, n. 31. Iaſ. in rub. de inſtit. & ſubſt. n. 1. Anton. Faber. con ectur. lib. 15. c. 10. Mich. Graſ. in theſaur. com. opin. in dictione ſubſtitut. o, q. 3.* vbi ait hanc quæſtionem adeo dubiam eſſe, vt recte decidi nequeat, quæ ſententia cui præferenda ſit.

Argumenta, quibus hæc poſitio defendi poſſit, ſubiicio. Primo, quod definitio, cuius antea mentionem fecimus, fideicommiſſo non conueniat. Secundo, quod cum lege, *iam hoc iure 4 ff de vulg. & pup. ſubſtit.* alia ſubſtitutionum genera cõprehendantur, nulla fiat mentio fideicomiſſariæ, imo ꝙ ex *§. ſ. d ſi alter, verſ. eoſq; inuicem ſubſtituo,* colligamus pronuntiatione ſubſtitutionis, nõ comprehendi fideicomiſſum in perſona fratris maioris. Tertio propius vrget, *c ſi pater, in teſta. 6.* quo declaratur appellatione ſubſtitutionis, ſubſtitutionem directam intelligendam in dubio Quarto, dirimere hãc contentionem videtur inſcriptio *tit. ſup. de inſt. ſubſt. & reſtit ſub cond factis.* vbi verbũ reſtitutionis plane otioſum eſſet, ſi pronuntiatione ſubſtitutionis fideicommiſſum, ex quo aliquid reſtituendum ſit, cõprehenderetur. Quinto huic conſiderationi reſpondet inſcriptio præſentis tit. *de impub & aliis ſubſt.* dictionẽ enim *aliam*, eandem qualitatem referre, id eſt, ſi tractetur de directis. Sexto, huc refertur, *l. tutores 39. § heres, ff. de adminiſt. & peric. tut.* vbi Papinianus ita loquitur, *heres inſtitutus, qui non habuit ſubſtitutum, prius quam hereditatẽ adiret, quam impuberi reſtituere debuit, vita deceſſit.* Ex his itaq; verbis id efficietur, de quo tractamus, appellatione ſubſtitutionis fideicommiſſam hereditatem non contineri. Septimo, quod fideicõmiſſarius heres proprie non ſit, *vt ſentit Barth. Soc. in rub. de vulg. & pup. ſubſtit. l. poſtulante ad SC. Treb.* Octauo, ꝙ *d. l. Sceuola 76.* pro diuerſa parte adducta id inſinuare videatur, dum oſtẽdit benigna interpretatione admiſſum, vt verbum ſubſtituẽdi ad fideicommiſſi cauſſam transferretur. In propoſito interpretũ noſtrorũ † diſſidio conſtituo vltimã ſententiã 14 ſi quidẽ definitioni ipſius Cuiacii aut Duar. ſeruire velimus, potiorem eſſe, vt dicamus ꝓnuntiatione ſubſtitutionis, prout eadẽ definitur, & conſideratur *h. noſt. t. & tot. tit. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* & haud obſcure illud ipſum expendit Iuſtin. *in § ſi Inſti. de pup. ſubſti.* non comprehẽdi reſtitutionẽ, q̃ ex fideicomiſſo debeatur, non tñ ꝓpterea conſectariũ eſſe, ꝙ pronũtiatione † ſubſtitutionis, ſiquidem 15 eandem in genere intueri velimus, fideicõmiſſaria reſtitutio non contineatur, vt illud euenit in verb. adoptionis, *l. 1. & 2 ff. de adop.* iuriſdictiõis, cognationis, & infinitis aliis vocabulis, de quib. diſſerimus *Inſtit. de rer. diuiſ. in pr. & ſup. de prob.* Abſurdum aũt videtur, ſi contẽdere velimus genus ſuas ſpecies ꝓprie non cõplecti, ꝙ & ipſum ẽt obſeruauit Bald. *h. nu. 4.* & defendi põt ex legib. quarũ antea mentionem fecimus. Nec obſtare putamus argum. q̃ ad corroborandã contrariam aſſertionem in medium adducta ſunt, nam ꝙ ad definitionẽ attinet, iam antea reſpondimus. Deinde obſeruandum eſt, ꝙ nihil prohibeat ẽt aliã definitionẽ contexere, q̃ nedum vniuerſale fideicomiſſum, ſed ẽt legata & fideicomiſſa particularia, in quib. ſubſtitutio locũ habeat, cõplectatur † Quod ſcil. 16 ſit hereditatis, vel emolumenti alteri ex vlt. voluntate delati, vel q̃ſiti, in poſteriorẽ perſonam tranſlatio. Quæ definitio non aliena eſt ab illa, quam propoſuit Loriotus *de ſubſt.* & Did. Couar. *in c. Rainutius. de teſta. c 4. nu. 1.* quamuis diffuſius, quam par eſt, rem extendere videantur, dum dicunt eſſe cuiuſq; rei in poſteriorẽ perſonã collationem, nã hæc deſcriptio ẽt locum habet in tutorib. ꝓcuratorib. iudicib. & infinitis aliis, cum tñ nos de materia teſtamentaria loquamur.

Quamuis Curt. Iun. *l. 4 ff. de vulg. & pup. ſubſti.* plurimũ negotii faceſſere deprædicet, tñ, non animaduerto, ꝙ eadem quidquam præiudicii adferat, cum ibidem non omnes modi ſubſtituendi cõprehendantur, ſed ex aliis legib. ſuppleri debeat, *vt l. cẽturio eo. tit. & l. humanitatis h. noſt. t. & legib. ſupra. adductis.* Quod verbo ſubſtitutionis ibidẽ fideicommiſ-

commiſſum non cõtineatur, cauſſa eſt, ꝙ teſtator perſonis imparibus ſubſtituens, intelligatur duntaxat vulgariter ſubſtituiſſe,
17 adeo, vt ceſſet † tacita pupillaris & fideicommiſſi interpretatio.

18 Tantum abeſt, † vt *c. ſi pater, de teſtam. in 6.* infirmet noſtram conſideratione͂, vt eande͂ plane ſtabiliat, inde enim apparet, eſſe duas ſubſtitutionu͂ ſpecies, *Directam* & *Obliquam*: Sed ſi dubitetur, de qua ſubſtitutione teſtator in dubio ſenſiſſe intelligatur, *Directa* eo nomine præfertur, quemadmodu͂ etiã videmus in aliis dictionibus euenire, quæ generis & ſpeciei vicem ſuſtinent, vt in dubio ſecundum *l. hoc legatum 45. ff. de legat. 3.* eadem verba in ſpecie accipiãtur, *arg. eius legis, item l. 7. ff. de donat.* §. *ſed enim meminiſſe*, deinde, ꝙ verba in potiori ſignificatione accipienda ſint, § *ius autem ciuile, Inſt. de iure nat. gent. & ciuil. Franc. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. t. 1. n. 4. & ſeq.* ide͂ in dictione *Pactu͂*, & *Tranſactionis*, aliisq; ſimilibus procedere animaduertimus, de qua re Menoch. *lib. 3. præſumt. c. 40. n. 1.* vbi multos auctores accumulat.

Inſtitutæ expoſitionis conſilium non extorquebit inſcriptio tituli præcedentis, cum nouum non ſit, vt verbum, quod generis &
19 ſpeciei nomen obtinet, diſtinguatur † a ſuis ſpeciebus, & in ſpecie proprie accipiatur, vt videre licet in dictione *rei, Inſtit. de iure nat. gent. & ciuil. item in tit. ſupr. de ſeruit. & aqua*, præterea *l. item apud Labeonem 15. ff. de iniur.* §. *hoc edictum*, vbi ait, quod ea, quæ notabiliter fiunt, etiamſi ſub eodem genere cõprehendantur, niſi ſpecialiter notentur, videri quodammodo neglecta, *l. ſi ſeruus ſeruum 27.* §. *tertio autem capite, item* §. *inquit lex, ff. ad leg. Aquil.* Videri autem ipſum Imperatore͂ propterea in rubr. reſtitutionis mentione͂ feciſſe, ne errandi cauſſam illis præberet, qui exiſtimarent, in hoc titulo duntaxat tractari de ſubſtitutione directa, *vt in titulo ſeq.*

Quæ autem de inſcriptione tituli noſtri commemorantur, ex eo confutari poteru͂t, quod Imperatoribus non fuerit propoſitu͂ in hoc titulo de fideicommiſſariis reſtitutionibus diſſerere, quod illud peculiari & in ſeparato tractatu fieret, *vt inf. ad SC. Trebell.*

20 Tametſi † *l. tutores*, §. *heres, ff. de adminiſtr. & peric. tut.* demulcere aures accipientium poſſit: tamen ſi cum iudicio ponderetur, res alium exitum habitura eſt. Quod enim IC. ibidem cõmemorat, eum, qui iuſſus erat hereditatem reſtituere, non habuiſſe ſubſtitutum, id illam ſignificationem non habet, vt ſtatuamus eundem iudicare voluiſſe, quod fideicõmiſſaria diſpoſitio pro ſubſtitutione habenda non ſit, cum alia eiuſdem IC. reſponſa diuerſum coarguant, ſed vt oſtenderet, ꝙ officium eſſet tutoris, eo caſu, quo inſtitutus heres, nullum haberet, qui directo ſubſtitutus eſſet, quiq; ex ſubſtitutione ad reſtituendam hereditatem teneretur. Porro ſupra intelleximus, appellatione ſubſtituti in dubio illu͂ intelligi, qui directo in locum alterius ſuffectus ſit, *cap. ſi pater, de teſtam. in 6.* maxime cum materia ſubiecta, aliæq; circu͂ſtantiæ illud ſuadeant, vt in præſenti diſceptatione, vbi ad conſeruandu͂ ius pupilli ſola directa ſubſtitutio conſiderari poteſt. Deinde, ꝙ cauſſam ſubſtituti a reſtitutione ſeparãdo facile intelligamus, quæ mens IC. fuerit, vt patet ex inſcriptione tit. præcedẽtis.

Non inficiamur, † ꝙ pronuntiatione he- 21
redis fideicõmiſſarius proprie non cõtineatur, ſed non animaduertimus, quid hæc cõſideratio ad propoſitum faciat, cum nomen heredis plane directu͂ ſit: diuerſa aute͂ cauſſa cenſeatur verbi *Subſtitutionis*, quod cõmune, vt inſtant noſtri Interpretes, appellet Iuriſconſultus *in l. iam hoc iure, ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* & vt directum eſſe conſtituamus: tamen latiorem interpretationem ex cõſenſu recte loquentiu͂ accepit. Eadem cõſideratio quoq; expediet nodum quem ex *l. Scæuola, ff. ad SC. Treb.* necti videmus. Cum enim *Subſtituendi* verbum cõmune ſit, & in dubio pro directa ſubſtitutione accipi debeat, vt dictum eſt: tamen ex benigna interpretatione, tam propter præſumtam voluntatem teſtantis, ne operam luſiſſe videatur, *l. 3. ff. de teſtam. milit.* quam propter fauorem pupilli, cui hoc modo conſuli videatur, *vt tradideru͂t Vigl. Inſt. de vulg. ſubſt. n. 2. Iac. Cuiacius obſeru. lib. 11. c. 25* inductu͂ eſt, vt verbum *Subſtitutionis*, hic non in directo ſenſu acciperetur, ſed iure fideicõmiſſi, quod etiã proprietas verbi non repugnaret, & vna præſumtio per aliam eliderettur: quamuis etiã aliæ, quæ id impetrauerint, cauſſæ eſſe poſſint, ſc. quod ex eadem lege non appareat, quibus verbis ſubſtitutio ſit facta, *directis*, an hoc ipſo vocabulo *Subſtitutionis*.

His fundamentis iactis, cõſequens quoq;
erit, ꝙ ſi lege municipali mentio fiat † ſubſti- 22
tutionis, vel ſubſtitutoru͂, fideicommiſſariu͂ non excludi, modo eadem ratio in ipſius perſona interueniat, *vt Angel. Matheat. de legat. & fideicom. lib. 1. cap. 6.* diuerſis exemplis propoſitis inuitus fateri cogitur, veluti, ſi

Digitized by Google

ſtatuto caueretur, dandam eſſe bonorum poſſeſſionem ſubſtitutis, item quod ſubſtitutio conditionalis in heredem pendente conditione tranſmitti poſſit. Vtrumq; enim in fideicommiſſario locum habere. De reliquis vtilitatibus diſſeremus *in l. precibus, hoc noſtro tit.*

His ita expoſitis exoritur alia quæſtio, nihilo remiſſius apud noſtros Interpretes agi-
23 tata, quot † ſpecies ſint directæ ſubſtitutionis. Etenim gloſſ. *in rubr. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. & Bart. ibid. n. 1. Ioan. ab Imol.. verſ. directa autem ſubſtitutio. Raph. Cuman. circa fin. Paul. Caſtr. n. 1. Bald. in princ. Alex. n. 2. And. Alciat. n. 22. & ſeq. Iaſon n. 2. Alb. n. 2. Barth. Socin. n. 14. & 15. Martan. Socin. n. 20. Salyc. l. in teſtamento, ſup. de teſtam. milit. n. 16. Roman. num. 12. Sfortia Odd. in tract. de ſubſt. part. 1. q. 4. num. 23. Fumeus in tract. ſubſtitutionum c. 1. num. 6. Rolandin. n. 6. Schneid. Inſt. de vulg. ſubſt. nu. 7. Angel. ibid. in prin. Viglius num. 5. Mynſing. num. 7.* dum loquuntur de illis, qui exactius hāc rem perſequuntur. *Azo in ſumma hoc t. Mich. Graſ. in theſ. comm opin. in verb. ſubſtitutio, q. 3. nu. 3. vbi ait hanc diuiſionem communem eſſe, Sichar. in rubr. hoc t. n. 4. Zaſius in tract. de ſubſt. c. 1. Didac. de Spin. in ſuo ſpecul. de teſtam. tit. de ſubſtit. n. 19. Ant. Gomez. var. reſol. lib. 1. tit. de ſubſtit. c. 3. n. 1.* vbi tamen addit & ſextam ſpeciē fideicōmiſſariam, ſed nos ſupra oſtendimus, hāc ad præſentem tractatum nō pertinere.) *Didac. Couar. in expl. c. Raynutius, extr. de teſtam. §. 4. 5. 6. 7. 8. & 9. item Iacob. Menoch. lib. 4. præſumt. 34. 36. 44. 51. 59. & 60.* quinque ſpecies huius ſubſtitutionis directæ cōſtituunt, *Vulgarem, vt l. 1.* vbi hæc ſubſtitutio ſimplex appellatur, *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* quod plerumque ſimpliciter concipiatur, veluti, *Titium heredem inſtituo, quod ſi mihi Titius heres non erit, Gaium ſubſtituo. Pupillarem*, quam Iuriſconſultus Modeſtinus *d. l. 1. ff. eod. tit.* duplicem vocat, quod duplicem in ſurrogando verborū conceptionem habeat, veluti, *Cornelium filium meum heredem inſtituo, quod ſi hic meus filius heres non erit, aut intra annos pubertatis moriatur, Sempronium fratrem meum ſubſtituo. Exemplarem*, veluti, *cum filius furioſus aut dementia laborans, inſtituitur, & ſi fato concedat, antequam ſanæ mentis fiat, alius ipſi ſubſtituitur*, inde nomen ſumentem, quod ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis propoſita ſit, *l. humanitatis hoc tit. Compendioſam*, veluti, cum miles filio ſuo impuberi etiam vltra pupillarem ætatem aliquem ſubſtituit *l. precibus, hoc tit. & l. centurio 15. ff. eod. Reciprocam*, ſiue, vt ipſi dicunt, *Breuiloquam, l. iam hoc iure 4. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.*

Ceterum hanc diuiſionem † damnant 24
Duaren. *tit. de vulg. & pup. ſubſt. c. 4. Leonius in tract. ſubſtitut. c. 1. nu. 60. Matth. Weſenb. in ſuis paratit. num. 9. Petr. Ricciard. in rubr. de vulgar. ſubſtit. num. 47. Ang. Matheat. de legat. & fideicom. lib 1. c. 7. num. 1. Ripa in l. hoc ius, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. num. 21. Lanfranc. in l. centurio, num. 45.* dum hi duo *Reciprocam* negant eſſe propriam ſpeciem, Emanuel Soarez *in addit. ad Anton. Gomez. c. 3. de ſubſtit.* & defendunt, duntaxat eſſe quatuor ſubſtitutionum ſpecies, vulgarem, pupillarem, quaſi pupillarem, quam alii exemplarem vocant, militarem, quam priores compendioſam indigetant, negantes reciprocam ſubſtitutionem inter has ſpecies adſcribendam eſſe, quod nulla conuenienti differentia a reliquis ſeparetur: addunt præterea militarem ſubſtitutionem parum appoſite compendioſam dici, cum etiam paganus verborum cōpendio aliquem ſubſtituere poſſit, & hæc ſubſtitutio a ceteris ſecernenda nō ſit. A qua ſententia quoque non videtur alienus Bart. *in l. centurio, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. num. 11. Alexand. num. 9. item Franc. Aret. in rubric. eiuſdem tit. num. 2. Ripa ibidem num. 64. Alciat. nu. 58. Barth. Socin. in rub. tit. num. 19. Sfort. Odd. in tract. de ſubſtit. part. 3. art. 2. n. 1.*

Porro Æmilius † Ferret. *in rubr. de vulg. & pupill. ſubſtit. num. 7. Iacob. Cuiacius in addit. ad inſtitutiones Gaii lib. 2. Inſt. c. 4. Hug. Donell. hic num. 30. Franc. Conan. lib. 10. comment. c. 7. n. 2. Hugo Donell. hic num. 30. & comment. lib. 6. c. 23. Ant. Faber lib. 15. coniect. c. 10. Borcholt. Inſtit. de vulg. ſubſt. Hermann. Vulteius ibidem num. 4.* duas dūtaxat ſubſtitutionum ſpecies agnoſcunt, vulgarem, & pupillarem, & ab hac diſtinctione non videntur eſſe alieni Bartol. Bald. Iaſon, Cuman. Vigl. Mynſing. & multi alii, qui pro prima parte allegati ſunt, in eo tamen differentes, quod conſtituant reliquas ſubſtitutiones etiā ſpecies eſſe, ſed tamen ad has duas tanquam præcipuas & eminentiores reuocari poſſe. 25

Argumenta pro defenſione huius diuiſionis hæc potiſſimum in conſiderationem veniunt, quod ipſa tituli inſcriptio *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* facile coarguat, non eſſe niſi duo genera ſubſtitutionum, quod & ipſum confirmatur inſcriptione *tit. Inſtit. de vulgari ſubſtit. & alterius tit. de pupill. ſubſt.* Sed hæc obſeruatio ex eo impugnari poſſet, quod in tituli inſcriptione breuitati ſtudendum ſit, quod

Digitized by Google

quod quaſi pupillaris ſubſtitutio primum introducta ſit a Iuſtin. *l. humanitatis, h. t.* quodq; militaris ſubſtitutio ad proprium titulum de teſtamento militis referẽda videatur, *l. in teſtamento, ſupr. de teſtam. milit.* quamuis de hac ipſa prærogatiua obiter mentio fiat *in l. centurio, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Deinde, quod Modeſtinus IC. *in l. iam hoc iure, ff. eodem tit.* reciprocam ſubſtitutionem tertium genus appellet. Vltimo, quod inſcriptio noſtri *tit. de impuber. & aliis ſubſtit.* contrarium euincere videatur, ſecundum notiſſimam iuris noſtri definitionem, numerum pluralem in ſingulis rebus, perſonis, vel ſpecie aliqua verum intellectum recipere non poſſe, *l. fin. ff. ad SC. Trebell. Nicol. Euerh. in loco a vi numeri, num. 3. & 4.* Secundo perpendi poteſt, quod *l. precibus, h. t. noſt. item l. iam hoc iure, in princ. l. cum ex filio 39. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* duntaxat fiat mentio primi & ſecũdi caſus, vt prior deſignet vulgarem ſubſtitutionem, alter vero pupillarem. Sed & hæc allegatio ex eo infirmari poſſe videtur, quod nihil prohibeat, vnum caſum ratione formæ ſuæ in diuerſas ſpecies deduci, ſiue ſpecies retineat nomen generis, vt in verbo adoptionis, actionis, legis, & ſimilib. ſiue alia appellatione deſignetur: forma n rei ſubſtantiã tribuit, & nomen adſcribit, *l. ſi is qui quadraginta 80. §. 1. ff. ad leg. Falcid.* cui obſeruationi reſpondet, quod traditur *in l. ius ciuile, ff. de iuſt. & iur.* quod quoties aliquid additur vel detrahitur iuri communi, proprium genus conſtituatur. Cui etiam finitimũ eſt, ꝙ illud, quod ex quadã rerũ mixtura conſiſtat, tanquàm ſeparatum a ſimplicibus aliam recipiat definitionem, *l. naturalem, §. cum quis ex aliena, ff. de adquirend. rerum domin. l. vim paſſam, §. præſcriptio, ff. ad leg. Iul. de adult.* De qua re copioſe ſcribunt noſtri Interpretes *in l. 2. ff. de verborum oblig.* vbi apparet, admodũ perplexam hanc quæſtionem eſſe, an appellatione ſimplicium mixta contineantur.

26 Reliquum foret, vt † quid meæ ſententiæ & cogitationis eſſet, expromerem, ſed cum illud in enarratione huius tituli commodius fieri poſſit, eo pleniorem tractatum reiiciam, non diſſimulans interea Duareni conſiderationem magis probabilem videri, quod reciproca ſubſtitutio, item & compendioſa, ſi de pagano tractetur, magis adiectiones ſint qualitatum, quæ differentiam ſpecificam nõ conſtituant, quam, vt aliquid ſubſtantiale complectantur. Et ſane mirum videri debet, quod cum Bart. Mich. Graſ. item Sfortia Oddus quinq; ſubſtitutionum ſpecies conſtituerunt, *hic part. 6. q. 3. num. 1.* iſte in verbo *ſubſtitutio, quæſt. 52. num. 2.* ille vero *l. Lucius, ff. de vulg. & pup. ſubſt.* reciprocam ſubſtitutionem eſſe ſpeciem, ſed duntaxat adiectionis vice fungi fateantur, quæ aſſertio parum coherere videatur.

Porro, ne quis exiſtimet, hãc † inueſtiga- 27
tionem plane infructuoſam eſſe, is perpendere debet, ad veram cognitionẽ ipſius iuris id plurimum intereſſe; deinde in quotidianis quæſtionibus hæc ipſa inſpectio vtilitatẽ adferre poterit. Quid eñ ſi alicui teſtamẽto vel inter viuos id relinquatur, quod ex vulgari, aut quod ex pupillari ſubſtitutione, vel denique quod ex vtraque conſecutus ſit, & teſtatorem illum ex militari, vel quaſi pupillari ſubſtitutione id conſecutum ponamus, an ad hoc compendium legatarius aſpirare poſſit: quid ſi quis ex peculiari decreto, vel reſcripto debeat cognoſcere de vulgari, vel pupillari ſubſtitutione, & quæſtio incidat, de ſubſtitutione militari, vel illa, quæ ad exemplum pupillaris ſit facta, ſane in his & ſimilibus conſtituendum erit, quid appellatione vulgaris, quid denique pronuntiatione pupillaris ſubſtitutionis comprehẽdatur; quid ſi lege municipali caueatur, quod mater etiam pupillariter ſubſtituere poſſit, anne propterea citra adminiculum conſtitutionis a Iuſtiniano promulgatę, potuiſſet ad eius exemplum dementi ſubſtituere?

Lex prima.

SVMMARIA.

1 *Si nullæ partes in heredibus inſtituendis expreſſæ ſint, æquales datæ eſſe videbuntur.*

2 *Si ſubſtituantur hi, qui antea inſtituti fuerant, pro illis portionibus vocati cenſentur, quæ in ipſa inſtitutione deſignatæ ſunt.*

3 *Ratio huius definitionis.*

4 *Subſtitutio ſub nomine collectiuo, veluti fratres, aut filios fratris mei ſubſtituo, etiã pro portionibus præcedentis inſtitutionis facta intelligitur.*

5 *Quid obtineat, ſi dubium ſit, an teſtator vſus ſit nominibus propriis, an vero appellatiuis?*

6 *Subſtituti propriis nominibus vocati ex æqualibus portionibus admittuntur, quamuis portiones hereditariæ diſpares ſint, addita ratione.*

7 *Subſtitutio quomodo facta cenſeatur, ſi nomina propria & appellatiua commiſceantur, & hæc, vel illa præcedant.*

8 *Subſtitutio a præcedenti inſtitutione declarationem non recipit, cum onus adiunctum contrariam teſtatoris voluntatem coarguit.*

9 *In ſubſtitutione illi præferuntur, qui re, & verbis coniuncti ſunt.*

10 *In legatis & fideicommiſſis diſpoſitio præcedens, ſequentem, quod ad portiones legatas attinet, non declarat.*

1 QVod in inſtitutionibus accidere animaduertim9, vt † ſi partes nullæ expreſſæ ſint, ex æquis portionibus ſcripti videantur, §. *ſi plures, Inſt. de hered. inſtit.* idem etiam in ſubſtitutionis cauſſa procedere animaduertimus, vt ſi quidẽ alii, quam qui prius heredes declarati erant, ad hereditatẽ vocentur, & partes deſignatæ non ſint, intelligantur ex æquis vocati, *l. qui cõplures 32. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. & arg. d* §. *ſi plures.* Quod ſi vero
2 † hi ſubſtituantur, qui antea inſtituti erant, res paulo aliter moderanda videtur. Etenim ſi æquales portiones habuerint, eædem quoque in ſubſtitutione delatæ cenſebuntur; quod ſi vero ex diſparibus partibus inſtituti fuerint, in ſubſtitutione quoq; ex iiſdem portionibus inuitati intelligentur, *vt hac noſtra lege, item l. ſi in teſtamento 5. l. qui liberis 8. §. fin. l. ſed ſi plures 10. in princ. l. ſi plures 24. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* §. *etſi ex diſpari-*
3 *bus, Inſtit. de vulg. ſubſtit.* Ratio † eſt, quod cum in ipſa inſtitutione eos ita dilexerit, videatur quoque in ſubſtitutione ſimili fauore proſecutus eſſe, *arg. l. Publius 26*, §. *1. ff. de cond. & demonſt.*

Hanc itaque definitionem ſuis meritis ornando, conſtituimus procedere, ne dum in directa ſubſtitutione, verum etiam fideicommiſſaria, *l. Lucius 78.* §. *Mauia, ff. ad SC. Trebellian.* neque diſtinguimus, vtrum extranea perſona admiſſa ſit, an minus, *d. l. qui cũ plures 32.* immo quod magis eſt, locum hæc definitio habet, quamuis teſtator illos non
4 appellauerit heredes, ſed communi † nomine fratres, aut filios *d.* §. *Mauia, ita Baldus hic num. 3. Fulg. num. 2. Alexand. num. 2. Alber. num. 1. Angel. in princ. Salycet. num. 3. Corneus hic num. 2. Decius num. 6. Iaſon num. 2. verſicul. quarto caſu, Ioan. Sichard. num. 7. Franciſ. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 5. c. 1. n. 20.* Præ-
5 terea locum † habet, ſi dubium ſit, an teſtator nominibus propriis vſus ſit, an vero appellatiuis, puta, quod teſtes, qui interfuerãt ſubſtitutioni, non recordentur, quibus verbis teſtator ſubſtitutionem fecerit, *argum. d. l. ſi plures 24. Iaſon hic circa fin. poſt Bart. Bald. Salyc. Caſt. in hanc ſententiam laudatos, Philipp. Decius num. 6. Alex. num. 1. Philipp. Corn. n. 3.* Pari ratione, ſi teſtator vſus eſſet nomine appellatiuo & proprio, & appellatiuum præcedat adhuc, idem probandum cõſtituunt. *Corn. hic num. 5. Iaſon num. 2. verſ. tertio caſu, Bald. num. 4. Caſtr. num. 2. Sichard. num. 7. Viglius Inſtit. de vulg. ſubſtit.* §. *etſi, ex diſparibus, arg. l. ſi ſeruus communis, ff. de ſtipul. ſeruor.*

Reliquum eſſe videtur, vt hãc ipſam traditionem ex certis cauſſis definiamus, & ad propríos limites reuocemus. † Principio e- 6
nim occurrit inſpectio *l. nonnunquam 24. ff. ad SC. Trebellian. item l. ſi heredes 141. eodem tit.* quod ſcilicet ex voluntate teſtatoris varie reſcriptum & iudicatum ſit. Etenim ait Papinianus, aliud probandum eſſe, ſi non ſub appellatione heredum, ſed propriis nominibus expreſſis, fideicommiſſum relinquatur, tunc enim ex mente ipſius Iuriſconſulti, & interpretatione noſtrorum Doctorũ, *vt Accurſii hic in verb. expreſſa ſunt, Cyni nu. 1. Odofred. num. 1. Bart. num. 2. Bald. num. 1. Ang. in princ. Caſtr. num. 2. Alex. num. 1. Salyc. num. 2. Alberic. in prin. Franc. Aret. in princ. Decii n. 8.* qui allegat *l. ita liber*, §. *1. ff. de her. inſt. Fulg n. 2. Iaſ. nu. 2. Donell. n. 3. Sichard. num. 5. Nicolai Euerhard. in ſuis locis legalibus, in loco a nomine dignitatis, num. 1. Franc. Mantic. de coniectur. vltim. volunt. lib. 5. c. 1. nu. 21. Vigl.* §. *etſi ex diſparibus, Inſtit. de vulg. ſubſtit. nu. 6. Mynſing. ibidem num. 4.* ex æqualibus portionibus admittentur, quamuis portiones hereditariæ diſpares ſint. Ratio illa eſt, quam Papinianus reddidit, quod vna coniectura per aliam elidatur, & definitio noſtræ legis in præſumta voluntate teſtatoris verſetur, cum ſubſtitutos nominibus propriis deſignando, intelligatur alio reſpexiſſe, & æqualem conditionem in illorum perſonis conſtituere voluiſſe. Enumeratio enim perſonarũ hoc ipſum conciliare videtur, *l. cui fundus 56. ff. de condit. & demonſt.* Deinde, quod quando ſubſtitutio fit nominibus appellatiuis, videatur res explicari vna verborum cõceptione, *vt obſeruarunt Fulgoſ. hic nu. 2. Cuman. in l. turpia 52.* §. *fin. ff de legat. 1.* Diuerſum autem ſit, quotieſcunq; quis deſignatur nomine proprio, vbi plerumque copula intercedere ſoleat, quæ natura ſui æqualiter diuidere conſueuit, *l. reos*, § *cum in tabulis, ff. de duob. reis.*

Quæ de nominibus † propriis dicta ſunt, 7
eadem quoq; locum habent, ſi nomina appellatiua poſtponantur, *ita Bald. hic num. 4. Alex. num. 2. Iaſon num. 2. verſ. tertio caſu, Salyc. num. 3. Corneus num. 5. Vigl. in* §. *etſi ex diſparibus, de vulg. ſubſtit. num. 6. Mynſing. nu. 4. ibid. & alii Doct. ſupr. a nobis in contrario caſu relati,* quamuis Decius *hic num. 6.* temere diſſentiat, *item Franc. Curt. idque arg. l. ſi plures 24. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ita liber 8. ff. de ſtatu-*

lib. l.

Digitized by Google

lib. l. nonnunquam, ff. ad SC. Trebell. Sed ſane cum ex iiſdem legibus non appareat, quid præceſſerit, & an vtrumque nomen coniunctum fuerit, a recepta regula recedere nō debemus. Sed hic exoritur quædam difficultas ex *l. ſi quis teſtamento 12. ff. de ſtatulib. l. qui pecuniam 22. §. 1. & l. turpis 54. §. fin. ff. de legat. 1.* Priores enim leges prę ſe ferre videntur, hereditarias portiones locum habere, quamuis dūtaxat quidam ex heredibus nominati ſint, lex autem *turpia*, *§. final.* plane contrarium inſinuat, nimirum, quod ſi pars heredum nominata ſit in legando, viriles partes heredi deberi: ſi vero omnes, hereditarias. Pro conciliatione itaque dici poterit, intereſſe inter cauſsā ſubſtitutionis, & quæſtionem, quæ iiſdem legibus moueatur: in ſubſtitutione enim hereditatis locum habere, quæ antea commemorauimus. Porro, ſi tractetur pro quota portione heredes, qui aliquid dare iuſſi ſint, teneantur, hic diſtinctio illa adhibenda videatur, de qua *in l. turpia*, quamuis contra vtrumq; membrum vrgeat. Primo, *d. l. ſi heredes 124. eod. tit.* & deinde *d. l. qui pecuniā 22 ff. de ſtatulib.* Quare pro conciliatione nō animaduerto, quid dicendum ſit, niſi imaginemur hereditaria nomina *in d. l. turpia, §. fin.* præceſſiſſe, vt hoc caſu *d. l. ſi heredes*, recipiat aliquam determinationem. Neq; obſtat *l. qui pecuniam*, quemadmodum enim principale noſtrum axioma declarationē recipit ab onere iniuncto, *l. quotiens 23. ff. ad SC. Trebell.* ita etiam emolumentum portionis a ſtatulibero dandæ, cum heredes pro portione hereditaria ius ſeruitutis in eodem ſtatulibero hoc modo amittant. Lex autem *ſi quis teſtamento 12. ff. de ſtatulib.* nihil videtur habere cōmune, cum noſtra diſceptatione, cum inde intelligamus, quædam nomina heredum in conditione fuiſſe, quæ res tanquam incerta præſentem obligationem impedire non poteſt.

Hæc noſtra principalis enuntiatio, quod ſubſtitutio a præcedente inſtitutione declarationem recipiat, eo caſu minime proce-
8 dit, quo ratione oneris † adiuncti, contraria voluntas teſtatoris colligi poſſit, *l. quotiens 23 ff. ad SC. Trebellian. & ibid. gloſſ. Bartol. & alii, Iaſ. hic num. 2. Salyc. num. 3. Philip. Decius num. 10.* quo etiam referri poteſt *l. vtrum, §. fin. ff. de rebus dub.* Sed negotium faceſſit *Lita liber 8. §. ſi partes, ff de ſtatulib.* vbi non videtur haberi ratio oneris, quod quis libertatem præſtare cogatur, ſed ſupra relatæ diſtinctionis, an nomina propria comprehēſa ſint, an vero appellatiua. Qua de cauſſa videtur vna cū Socino *in d. l. vtrum, §. fin. ff. de reb. dub.* diſtinguendum eſſe inter onus pecuniarium & libertatis. Et ſi quis obiiciat, *l. qui pecuniam 22. §. 1.* repetenda illa erunt, quæ ſupra complexi ſumus circa traditionem, an aliqua differentia ſit, quod quidam nominentur, an vero quod omnes deſignati ſint.

Tertio diſpoſitio noſtrę legis etiam aliam exceptionem admittit, ex *l. coheredi, §. qui diſcretas, ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* vbi in ſubſtitu-
tione præferuntur illi, qui † re & verbis con- 9
iuncti ſunt. Decius *hic n. 10. poſt Bald. & alios ab eodem allegatos.* Iaſ. *nu. 2.* qui hanc ſententiam communem pronuntiat.

Quarto noſtrum pronuntiatum circumſcribi debet ipſa inſtitutionis & ſubſtitutionis cauſſa, quæ circa quotā hereditatis por-
tionem locum habeat. Nam † in legatis & fi- 10
deicōmiſſis aliud probandum eſt, ibi enim dūtaxat pro virili portione ſubſtituti videntur *l. vnic. inſ. de caduc. tollend. § ſed vt manifeſtetur, Alex. hic n. 2. Dec. n. 9. Iaſon nu. 2. Sichard. n. 7. Paul. Caſt. n. 2.*

Lex, Hereditatem, 2.

Svmmaria.

1 *Subſtitutio reciproca, quo nomine a ceteris ſubſtitutionibus diſtinguatur.*

2 *Error Bartoli, & aliorum Interpretum, dum ſubſtitutionē reciprocam a reliquis putant differre, verbis duntaxat, non vero effectu.*

3 *Definitio reciprocæ ſubſtitutionis ſecundum Alciatum.*

4 *Alia definitio auctoris.*

5 *Reciprocæ ſubſtitutiones in ſimplices plerumq; reſolui poſſunt.*

6 *Reciprocæ ſubſtitutiones in ſimplices reſolui non ſolent, ſi perſonarum inæqualitas interueniat.*

7 *Varia exempla præcedentis concluſionis.*

8 *Si ſubſtitutio compendioſa commiſceatur cū reciproca ſuſtitutione, an inæqualitas perſonarum effectum eius impediat?*

9 *Subſtitutio reciproca duobus impuberibus facta, an exſpiret, ſi vnus ex filiis poſtea emancipetur?*

10 *Auctores, & rationes negatiuæ ſententiæ.*

11 *Contrariæ aſſertionis defenſores, cum ſuis argumentis.*

12 *Si inæqualitas duntaxat ſit ratione ætatis, reciproca ſubſtitutio non impeditur.*

13 *Idem ſi duo impuberes ex inæqualibus portionibus inſtituti ſint.*

14 *Reciprocam ſubſtitutionem quaſi pupillarem continere.*

15 *Quid iuris ſit, ſi vnus ex filiis ſit impubes, alter autem pubes, & furioſus, an tunc reciproca ſubſtitutio pupillarem, & quaſi pupillarem contineat?*

16 *Auctores, qui id defendant cum fundamentis huius opinionis.*

Digitized by Google

17 *Auctores & fundamenta diſſentientium.*
18 *Confirmata vltima ſententia.*
19 *An reciproca ſubſtitutio fideicommiſſariam complectatur?*
20 *Reciproca ſubſtitutio codicillis facta, an fideicommiſſariam contineat, cum auctoribus, qui id defendant.*
21 *Contraria ſententia defenſores, & argumenta.*
22 *Sententia auctoris vltimam opinionem cum diſtinctione confirmantis.*
23 *Si teſtamento clauſula codicillaris adiecta ſit, an reciproca ſubſtitutio fideicommiſſariam contineat?*
24 *Diſtinctio auctoris.*
25 *Quid obtineat, ſi reciproca ſubſtitutio coniungatur cum ſubſtitutione compendioſa.*
26 *An reciproca ſubſtitutio, militarem ſubſtitutionem contineat?*
27 *Negatiua ſententia defenſores, & fundamenta.*
28 *Diuerſa opinionis aſſertores, & rationes, ex quibus hæc vltima ſententia confirmatur.*
29 *Subſtitutio reciproca matrem regulariter excludit.*

QVamuis, vt antea admonui, ſubſtitutio reciproca tanquã ſeparata ſpecies a reliquis ſubſtitutionibus non recte conſideretur: tamen quod abſq; temporũ diſtinctione vltro & citro locum habentem ſubſtitu-
1 nem inducat, †non inconuenienter a ceteris ſubſtitutionibus diſtinguitur, vnde Modeſtinus Iuriſconſultus *l.4.§.1.ff. de vulg. & pup.ſubſtit.* illud tertium genus ſubſtitutionis vocat, non quod reuera ſit ſpecies, cum alioquin vitioſa eſſet tituli inſcriptio; ſed quod habeat quendam effectum, qui ceteris non æque reſpõdeat, ſcilicet viciſſitudinariæ ſurrogationis, quæ hoc præterea proprii habere videatur, vt æqualitatẽ perſonarũ requirat, ſi tractetur de ſubſtitutione pupillari, quæ ſub eadem contineatur, *vt hic, & l.quamuis, h.t.d.l.4.§.2.item d.l.Lucius, ff.eod.* adeo, vt er-
2 rare mihi videantur noſtri Interpretes, *vt† Bart.Alex.Iaſ.Alu d.l.Lucius*, dum putant, illã verbis duntaxat, non effectu differre, adeo, vt non plane abſurda cenſeri poſſit ſententia gloſſæ quinque ſpecies proponentis, *vt in præludiis tit. oſtendi.* De hac itaq; ſubſtitutione diſſeritur in præſenti lege, itẽ *l.quamuis, inf.h.t.l.iam hoc iure 4. & l.Lucius 45.ff.de vulg. & pupill.ſubſt.* Subſtitutionem recipro-
3 cam †Alciat.*in d.l.Lucius, n.21.* ita deſcribit, quod ſit adiectio quædã, quæ ceteris omnibus ſubſtitutionibus accedere poteſt. Porro, cum hæc deſcriptio illam non ſeparet ab ea ſubſtitutione, quam compendioſam vocãt, & omittatur illud, quod præcipuum eſt, ma-
4 lim eandem †hoc modo definire, quod ſit mutua ſurrogatio, quæ per modũ adiectionis, ceteris omnibus ſubſtitutionibus accedere poſſit. Et quamuis quædã adiectiones propriam ſpeciem cõſtituant, *l.ius autem ciuile, ff.de iuſt.& iur.l.1.ſup.de iur.emphyt.* tamẽ illud de ea adiectione intelligi poteſt: quæ ita mutet naturam rei, vt ad ea, quę ſimplicia erant, reuocari non poſſit, §.*cum quis ex aliena, Inſt.de rerum diuiſ. & acquir. earum domin.* quod de hac ſubſtitutione dici non poteſt, ſiue ea vulgari ſubſtitutioni accedat, vt cum duobus extraneis vel filiis exheredatis quis ſubſtituit, *l.1.§.ſubſtituere, ff.eod.* ſiue pupillari, quod quis ſufficiat aliquem in locũ duorum filiorum impuberum, *l.iam hoc iure 4.§.1.ff.eod.* ſiue exemplari, dum pater filios dementes inuicem ſubſtituit, *l.humanitatis*, ſiue militari; de qua *in l.centurio, ff.eod.* ſiue denique fideicommiſſariæ, *vt in l.precibus, d.t.*
†huiuſmodi ſubſtitutiones in ſimplices re- 5
ſolui poſſunt. Cum enim ſubſtitutio reciproca his verbis plerumq; concipiatur, Titium & Sempronium heredes inſtituo, & eos inuicem ſubſtituo, *l.poteſt 36.ff.de vulgar. ſubſtit. Bartol. in l.Lucius, ff. eodem, num.4.* idque per legem, *iam hoc iure, l.qui plures 38.l.coheredi 41.§.qui diſcretas, l.1.hoc tit. Ripa ibid. num.13. Paulus Leonius in tractat. de ſubſtitutionibus, in tit.de reciproca inſtit.num.11. Ant. Fumeus in tract.de ſubſtit. num.67. Rolandus in tract.de teſtam.tit.27.num.1.Ferd.Vaſq.lib.2.de ſucceſſ.progreſſ.§.19.in princ.Ang.Matheat. de legat.& fideicom. lib.1.c.15. Sfort.Odd. in tract. de ſubſtit.part.6.q.4.num.1. Petrus Ricciard.Inſtit.in rubr.de vulg.ſubſtit. num.102. Iacob.Menoch.lib.4.præſumt.58.num.3. Didac.Couarr.in c.Raynutius, §.7.num.2. Zaſ.in tract.de ſubſtit. tit. de recipr.ſubſtit.* regulariter reſoluitur in duas ſimplices ſubſtitutiones, veluti, *Titium & Sempronium heredes inſtituo*, & *Titio ſubſtituo Sempronium, & Sempronio Titium, Didac. Couarr.Iac.Menoch.& alii in locis allegat.* idem quoque euenire cenſendum eſt, in aliis reciprocæ ſubſtitutionis formis, veluti, *Titius & Seius, vter ve eorũ viuet, heres mihi eſto, l.Titius 24.ff.de hered inſtit. Did.Couarr.Iac.Menoch. Ang. Matheat.in locis alleg.Mich.Graſ.in dictione* Subſtitutio *q.53.* aut ſi ita verba ſua conceperit, *Titius & Mauius, inuicem ſubſtituti, heredes eſtote, l.cum in teſtamento 37.§.1.ff. eod.tit. Bart.in d.l.Lucius, n.2. Ripa num.13. Iacob.Menoch.d.præſumt.59.* Eodemque referri poteſt hæc verborum formula, *Lucio Titio, eorumve, cui fundum Sempronianum lego, l.ſi fundum ſub conditione 81.§.his verbis, ff. de legat.1.* Porro controuerſum eſt, an idem probandum ſit, ſi teſtator ita dixerit, *volo, vt bona*

Digitized by Google

bona mea, ſi quis ex heredibus deceſſerit, ad ſuperſtites perueniant, & repudiata ſententia Rayn. Bart. *d.l. Lucius, n.4.* conſtituit etiam his verbis reciprocum fideicommiſſum ineſſe. *Iacob. Menoch. d. præſumt. 59. num. 9. Zaſ. in tract. de ſubſtit. tit. de reciproc. ſubſt. Mich. Graſ. d.q.53. num.3.* De qua re diſtinctius *in l. penult. hoc titul.*

6 Ceterum hæc ipſa enuntiatio † ex obſeruatione noſtræ legis, item *l. quamuis, hoc noſt. titul.* temperanda eſt, vt eo caſu locum non habeat, quo diſpar perſonæ conditio aliud ſuaderet, *vt in legibus alleg atis, item l.4. §.2. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. l. Lucius 45. ff. eodem tit.* atq; illa res multis exemplis illuſtrari poteſt, non ſolum in pupillari ſubſtitutione, verum etiam in vulgari, & aliis. Etenim ſi re-
7 ciproca ſubſtitutio hoc modo facta fuit, † cum pater duos filios heredes inſtituiſſet, & duas filias ex certis rebus, vt dicat, ſe omnibus filiis ſubſtituere, in hac ipſa ſubſtitutione non cenſebuntur filiæ vocatæ. *Bartolus in d.l. Lucius, num.7. Franciſcus Aretin. num.2. verſic. item adde in quantum, Alexand. num. 18. Iaſon num.23. Alex. num.40. Zaſius in tract. de ſubſtit. tit. de reciproca. num.11. Iacob. Menochius lib.4. præſumt. 60. num.11.* vbi plures refert, & ex certis quibuſdã cauſſis illud ipſum mitigat. Porro ſi pater filium puberem & etiam impuberem habeat, & hos inuicem ſubſtituat, non intelligetur pater eoſdem pupillariter ſubſtituiſſe, quod hæc ipſa ſubſtitutio in perſona filii puberis locum habere nequeat, *vt hac noſtra lege, & l. quamuis, hoc tit. & d l. Lucius, ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* quod ſcilicet vnum & idem verbum ſubſtitutionis inæqualiter determinare non debeat, *d.l. iam hoc iure 4. §.2. ff. eod.* Idem etiam procedit, ſi cum pater tres filios haberet, duos impuberes, vnum puberem, illos inuicem ſubſtituerit, quod ratio ſeruandæ æqualitatis & hic quoque interueniat, *Bart. in d.l. Lucius, n.8. Alex. n.14 Iaſ. n.14. Rip. n.22. Mich. Graſ. in verb. ſubſtitutio, q.55. num.4. Iac. Menoch. lib. 4. præſumt. 60. n.35.* & hanc communem eſſe fatetur Ferd. Vaſq. *lib.2. §.19. nu.5.* quamuis diſſentiat. In eadem cauſſa etiam eſſe conſtituimus illam ſubſtitutionem, quæ fit duobus impuberibus, quorum vnus ſit in poteſtate, alter vero non ſit, vt naturalis vel emancipatus, *d.l. Lucius 45. ff. eod. tit. Bart. in d.l. Lucius, num.10. Alex. n.13. Alciat. n.35. Iaſ. n.15. Ripa num.29. Mich. Graſ. d.q 55. num.7. Iacob. Menoch. d. præſumt. 60. num.39.* vbi illud adeo obtinere conſtituunt, vt etiam ſi pater huiuſmodi filium legitimari curet, vel illum, qui emãcipatus erat, adoptet: adhuc tamen ſubſtitutio pupillaris non intelligatur conualeſcere, quod tempus teſtamenti in huiuſmodi diſpoſitione intueri debeamus, *arg. l. ſi ita 7. ff. de auro & arg. leg. l.1. §. ſed & ſi filius, ff.*
de legat.3. de qua re alibi copioſius. Vnde † quæ- 8
ſtionis eſt, an idem obtineat, ſi cum ipſa reciproca ſubſtitutione, compendioſa ſubſtitutio commiſceatur? Et idem adhuc probandum ratione æqualitatis ſeruandæ tradiderunt *Bart. in d.l. Lucius, num.8. Alciat. num.26. Ripa num.17. Alexand. in l. centurio, eod. tit. nu. 90. idem Alexand. l. in teſtamento, ſupr. de teſtam. milit. in fin. & Iaſon ibidem nu.4. Ang. Matheat. lib.1. de legat. & fideicom. c.15. num.7. Iacob. Menoch. lib.4. præſumt. 60. num.16. Sfortia Oddus d. part.6. q.5. num.4. circa finem, Corneus in d.l. in teſtamento, num.4. Mich. Graſ. in verb. ſubſtitutio q.55 num.4.* Et quamuis nonnulli hanc traditionem ex certis cauſſis, & verborum conceptionibus, maxime ſi teſtator ita ſubſtituerit, ſi in pupillari ætate, vel alias quandocunque deceſſerit, moderari conentur: tamen id ſatis periculoſum eſſe oſtendunt Ang. Matheat. & Menoch. in locis allegatis.

Hinc mouetur quæſtio e contrario, quid obtineat, *ſi pater duobus filiis impuberibus ſub-*
ſtituit, & † vnum ex poſt facto emancipet, an 9
ſcilicet ſubſtitutio pupillaris hoc modo exſpiret? Et
Bart. † quidem *in d.l. Lucius, num.10. poſt Gui-* 10
liel. & Rayn. id confirmat, cui ſubſcribunt Alex. num.15. Franc. Aretin. num.3. verſic. quarto tangit Bart. quæſtionem difficilem, Ioan. ab Imol. nu. 10. Ripa num.26. Alciat. num.32. Zaſius num.13. pronuntiant, nõ exſpirare. Et hanc opinionem communem eſſe teſtantur Iaſon *num. 27. Ripa num.26. Ferdinand. Vaſq. de ſucceſſ. progreſſ. §.19. num.9.* quamuis ipſe, nec non Iaſon diſſentiant. Hanc quoque defendunt & communem eſſe pronuntiant Paul. Leon. *in tract. ſubſtitut. tit. de reciproc. ſubſtit. num.76. Sfortia Odd. in tractat. de ſubſtit. part.6. quæſt.5. verſic. ampliatur ſecundo, Michael Graſ. in verbo, ſubſtitutio, q.55. Iacob. Menoch. lib.4. præſum. 50. n.54.* Et habet hæc ſententia varia legum & rationum præſidia. Adducit enim Guliel. Cuman. *§. ad hoc autem, verſic. ſi autem pater, Nouell. vt liceat matr. & auia, item l. alteri, ff. de adimend. legat. l. Pamphilo 38. §. fin. ff. de legat.3. l.1. ſupr. de diuerſ. reſcript.* Præterea quod in reciproca ſubſtitutione omnes ſubſtitutiones ſunt correlatiuæ, ita vt vna ſublata tollatur & reliqua, *argum. l. final. ff. de except. & l. final. C. de indict. vid. tollend.* Deinde quod hæ ſub-

Digitized by Google

ſtitutiones ſint reſpectiuæ, & propterea exigant æqualitatem *l. 4. §. 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* vnde ſi vna pars ceſſet, ceſſare & reliquam, *l. filio, §. matri, & l. alumna, §. Seia, ff. de adimend. legat.* Vltimo, quod quoties actus nondum conſummatus eſt, & ad illum caſum peruenit, a quo incipere non poteſt, vitietur, *l. Vranius, ff. de fideiuſſ. verſic. ſed ſi cum duo, & l. pluribus, penult. §. et ſi placeat, ff. de verbor. obligat.* quæ omnia diffuſe proſequitur Iaſon *in d. l. Lucius, num. 17. & 18.* propius autem vrgere videtur, quod cum per emancipationem exſtinguatur pupillaris ſubſtitutio, *arg. l. coheredi 41. §. cum filia, ff. h. t.* per conſequens quoque videatur euaneſcere ſubſtitutio, in alterius perſona facta, tam ex diſpoſitione legis, quæ æqualitatẽ requirit, quam etiam ex voluntate teſtatoris.

11 Contrariam ſententiam † propugnandã ſuſceperunt Ang. *in d. l. Lucius, n. 6. Raph. Cuman. num. 6. Iaſ. num. 18. & ante illos Bald. l. in teſtamento, ſup. de teſtam. militar. in 10. notab. Ripa in d. l. Lucius, n. 26. Ferd. Vaſq. d. §. 19. nu. 9.* Adferunt autẽ ſuæ opiniõnis non cõtemnenda fundamenta. Primo *l. fin. ff. de duob. reis.* Secundo *l. tribunus, §. fin. ff. de teſtam. milit.* Tertio *l. ſancimus, ſup. de teſtam. & §. ex eo ſolo, Inſt. quemad. teſtam. infirm.* quod teſtamentũ nuda voluntate non tollatur. Quo pertinet etiam *l. heredes 22. §. ſed ſi nata, ff. qui teſtam. facer. poſſ.* Quarto, quod facilius aliquid perſeueret, quam tollatur, aut de nouo inducatur, *l. patre furioſo, ff. de his qui ſui vel alien. iuris ſunt.* Quinto, quod licet ſæpe ab initio plures actus concurrant, non tamen deficiente vno ſtatim deficiat reliquum, & per conſequens actus principalis *l. ſi non lex Ælia Sentia, ff. de hered. inſt.* Sexto, quod quemadmodum non poteſt adimi hereditas, niſi teſtamẽto, idem quoque videatur eſſe in ſubſtitutione *l. noſtra, ſupr. de teſtam. l. quidam in ſuo, in fin. ff. de condit. inſtit.* Sunt præterea alia quædam argumenta, quæ in hanc rẽ accumulant, Vaſq. Ripa, Iaſon: ſed tamen nõ puto propter hæc, & ſimilia a priori ſententia recedendum eſſe. Porro, ſi quis dubitet, quemadmodum his reſpondendum ſit, is confugere poterit ad Alex. Ioan. ab Imol. Menoch. Franc. Aret. & ipſum Iaſonem ſingulis pene fundamentis ſatisfacientem.

12 Obſeruandum † autem hoc loco eſt, non omnem inæqualitatem in ea cauſſa eſſe, vt reciprocam ſubſtitutionem impediat. Etenim ſi pater filium habeat vnius anni, & alium, qui duodecim, aut tredecim annorum ſit, non propterea inhibebitur ipſa ſubſtitutio, quamuis is poſt mortem parentis ſtatim pubes reddatur, *Bartol. in d. l. Lucius, num. 9. Iaſon n. 15. Zaſius nu. 10. Alciat. num. 31. Ripa nu. 25.* vbi communem dicit, *Ant. Gomez. variar. reſol. lib. 1. c. 8. num. 2. Ioan. Coraſ. in l. 1. ff. eod. nu. 36. Ang. Matheat. de legat. & fideicom. lib. 1. c. 15. num. 5. Iacob. Menoch. lib. 4. præſum. 60. num. 52. Michael Craſſus in dictione, ſubſtitutio, q. 55. n. 8. Paul. Leon. in tractat. de ſubſtitut. in tit. de reciproca, num. 70. argum. l. eandem, ff de duob. reis. item l. 3. §. ibidem, ff. ad Carbon. SC.* Sed an idẽ ſit, ſi pubertas viuo teſtatore ſuperueniat, quæſtionis eſt. Negat enim Zaſ. contrarium vero defendunt *Bart. Ripa, Alciat. Leon. in locis ſupra allegatis.* Quis autem iuſtiora induerit arma, cãdidus Lector diiudicare poterit.

13 Pari ratione ſi teſtator † filios impuberes ex inæqualibus portionibus inſtituat, hæc res pupillarem ſubſtitutionem, quæ ſub reciproca continetur, non vitiabit. *Bartolus in d. l. Lucius, numero 17. argum. l. qui plures 23. & l. ſequen. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* quod inæqualitas temporis huic ſubſtitutioni non intercedat, ergo nec inæqualitas rerum, *argum. l. miles, §. quia diximus, ff. de teſtam. milit. Iaſon hic numero 22. circa finem, Zaſius in tractat. de ſubſtitut. titul. de reciproc. verſicul. quid ſi teſtator, Michael Graſſus d. quæſtione 55. numero 9.*

Hinc etiam deciditur illa quæſtio, ſi pater, qui duas vxores habuerat, & ex prima vxore duas proles ſuſceperat, & totidem ex ſecunda, illos inuicem ſubſtituerit, an intelligantur præferendi, qui coniuncti ſunt vtroque nexu tam paterno, quam materno? Et quamuis ab initio videatur, hos præponendos eſſe, quod coniunctio legis tantum poſſe videatur, quantum cõiunctio hominis, *arg. l. ſi teſtamento, ff. de hered. inſt.* Coniunctũ autem ex diſpoſitione hominis præferri, *l. coheredi 41. §. qui diſcretas, ff. hoc tit.* Contrarium tamen conſtituit Bartol. *in d. l. Lucius, nu. 21.* cum pater omnes ſuos filios pari affectione complecti videatur, & in huiuſmodi ſubſtitutionibus eius voluntas ſpectetur, *l. qui liberis, §. hac verba, ff. eodem,* quodque coniunctio ſanguinis non cõſtituat ius accreſcendi, per ea, quæ ſcripta reliquerunt doctores *in l. re coniuncti, ff. de leg. 3.* idemq; defendunt Fran. Aretin. *circa fin. verſic. vltimo adde dictis Bartoli, Ioan. ab Imol. ibid. n. 12. Alciat. num. 48. Alexand. nu. 20. poſt Bald. Nicol. de Neapol. Ioan. ab Imol. & Paul. Caſtr. Angel. Salyc. & Ludouic. Roman. ab eodem allegatos, Iaſon num. 32.* vbi hanc ſenten-

Digitized by Google

ſententiam communem vocat *Andr. Tiraq. de retract. gentil. §. 11. gloſſ. 1. num. 14. vbi plures refert, Angel. Matheat. de legat. & fideicommiſſ. lib. 1. c. 15. num. 6. Mich. Graſſ. in dictione, ſubſtitutio, q. 57.*

14 Et hæc de pupillari ſubſtitutione, † quam reciproca ex vi verborum incluſam habeat, ſuffecerint, reliquum eſt, vt diſpiciamus, an quaſi pupillarem, & quomodo contineat. Et quidem ſi duobus furioſis filiis, vel mente captis, maioribus ætate, vltro & citro ſubſtitutio facta ſit, quod hæc ſubſtitutio vulgarem contineat, & quaſi pupillarem, de qua *in l. humanitatis, inf. hoc tit.* conſtituunt, *Bart. in d. l. Lucius, num. 16.* cui ſubſcribunt Alex. *num. 13.* Iaſ. *num. 10.* Alciat. *num. 39.* Ripa *n. 33.* Iacob. Menoch. *lib. 4. præſumt. 60. numero 63.* Sfort. Odd. *de ſubſt. part. 6. quæſt. 5. nu. 2.* Ang. Matheat. *d. c. 25. de legat. lib. 1. num. 1. & 2.* Pet. Ricciard. *Inſtit. de vulg. ſubſtit. num. 107. Michael Graſ. in verb. ſubſtitutio, quæſt. 55. numer. 3.* Didac. Couarr. *in c. Raynutius, §. 7. nu. 3.* Ant. Gomez. *lib. 1. c. 8. num. 2.* Roland. *in tractat. de vlt. volunt. tit. 27. num. 3. & ſeq.* Leon. *in tract. de ſubſt. tit. de recipr. ſubſt. n. 89.* Quod ſi aũt facta eſſet duob. filiis impuberibus, atq; mente captis, hoc caſu complectetur vulgarẽ, pupillarem, & quaſi pupillarem, *ita Leon. & Iac.*
15 *Menoch. in locis ſupra allegat.* Inde quæritur, † quid iuris ſit, ſi vnus ex filiis ſit impubes, & ſanæ mentis, alter autem pubes, & furioſus: & pater iiſdem viciſſim ſubſtituat, an nec ſubſtitutio videatur pupillarẽ includere? Negãt
16 enim † Bart. *in d. l. Lucius n. 15. Alex. n. 17. Rip. num. 23. Zaſ. num. 12. Sfort. Odd. de ſubſt. p. 6. q. 5. ampliat. 5. idem Zaſ. in tractat. de ſubſt. tit. de breuiloq. num. 10. Mich. Graſ. in verb. ſubſtitutio, q. 55. num. 5. Menoch. d. præſumt. 60. num. 65.* & hanc ſententiam communem eſſe cõſtituunt Rip. Menoch. & Graſ. in locis allegat. Mouentur autem arg. noſtræ legis, item legis *quamuis, hoc tit. l. 4. §. 2. & l. Lucius 45. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* quodque multæ inter pupillarem & exemplarem ſubſtitutionem ſint differentiæ, de quibus *in l. humanitatis, hoc tit.*

17 Diſſentiunt † autem, & contrariam opinionem defendunt Ioan. ab Imo. *d. l. Lucius, n. 10.* Alciat. *ibid. n. 39.* Iaſ. *n. 22.* Coraſ. *l. 1. n. 43. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Ferd. Vaſq. *de ſucc. progreſſ. §. 19. num. 14.* ex argumentis ſequentib. quod regulariter pupillaris ſubſtitutio & exemplaris eiuſdem iuris eſſe pronuntientur, *l. ex facto 43. ff. eodem, & l. humanitatis, hoc eodem titul.* quod denique cum quædam exæquata ſunt, quamuis aliquæ maneant differentiæ, quod ſtatutum eſt in vno, idem etiam ſtatutum videatur in reliquo, vt in legatis & fideicommiſſis. Accedit, quod ad ſubmouendam hanc argumentationem ſatis non ſit, quod in quibuſdam diſſimilitudo deprehendatur, *c. quemadmodum, de iureiur. in princ. c. conſtitutus, de appellat. & ibidem Panorm. in tertio notabil. c. translatum, de conſt.* Sed oporteat, vt diſcrimen aliquod intercedat, eo in caſu, de cuius comparatione agitur, quod hic dici nequeat, cum qua ratione pupillo ſucceditur in omnibus bonis vndequaque quæſitis, *l. 10. §. ad ſubſtitutos, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* ita quoque furioſo, de qua re tractabitur *in d. l. humanitatis.* Vnde quẽadmodum pater in vulgari & reciproca ſubſtitutione intelligitur pupillariter ſubſtituere, ſi ambo filii ſint impuberes, & qua ratione creditur ad exemplum ſubſtituere, ſi ambo filii ſint puberes & furioſi, eadem ratione intelligetur illud facere, ſi hinc filius ſit impubes, & inde furioſus pubes, *argum. l. Gallus, §. ille caſus, ff. de liber. & poſthum.* cum hoc modo vtrique conſulatur.

18 Et hæc † vltima ſententia, quamuis minoribus ſuffragiis ſubnixa, mihi verior videtur, maxime, ſi in conſilium adhibere velimus ea, quæ perſequimur *in l. fin. ſupr. de ſacroſanct. eccleſ. auth. quas actiones, c. 8.*

19 His ita expoſitis, † quæſtionis eſt, *an hæc reciproca ſubſtitutio etiam fideicommiſſariam contineat?* Qua in re videtur eſſe recepta ſententia, quod eandem non comprehendat, *Bart. in d. l. Lucius, num. 20. Alexand. num. 4. Ripa num. 41. Alciatus num. 47. Iaſon nu. 29. Imol. num. 12. Franciſc. Aretinus num. 3. Raphael Cuman. num. 7. Zaſius num. 18. Socin. num. 26. Bald. in l. in teſtamento, ſupr. de teſtam. milit. num. 4. Angel. num. 6. Caſtren. num. 4. Ludou. Rom. ibidem num. 23. Dec. num. 3. Didac. Couarr. in c. Raynutius, extr. de teſtam. §. 7. num. 3. Ang. Matheat. de legat. & fideicommiſſ. lib. 1. cap. 15. num. 1. Petr. Ricciard. Inſtit. de vulgar. ſubſtit. num. 107. Michael Graſſ. in verb. ſubſtitutio, quæſt. 54. num. 2. Iacobus Menoch. d. præſumt. 60. num. 67.* Et poteſt hæc interpretatio confirmari variis legibus. Primo noſtri textus, deinde *l. iam hoc iure, §. ſed ſi alteri, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* quas Interpretes ſupra relati in cauſſam deducunt, quamuis meo iudicio non admodum vrgeant. Conuenientius itaque allegari poteſt *l. verbis 7. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* quod ſubſtitutio verbis ciuilibus fruſtra poſt annum decimum quartum in-

Digitized by Google

terponatur, quodque is poſtea, vt adiectus admitti non poſſit. Deinde propius mouet ſignificatio verbi *ſubſtitutionis*. Si enim ſententiam illorum ſequamur, qui pronuntiatione ſubſtitutionis negent fideicommiſſum proprie ſignificari, quos commemoraui *in præludiis noſtri tit. num. 13.* hæc inſpectio dubitationem non habebit. Quod ſi vero illos audiamus, qui contendunt, hanc dictionem etiam fideicommiſſum complecti, adhuc idem defendendum erit, cum in dubio de directa inſtitutione intelligenda ſit, *cap. ſi pater, de teſtam. in 6. item l. tutores 29. §. heres, ff. de adminiſtr. & peric. tutor.* Vnde abſurdum iudicari deberet, ſi vnum & idem verbum modo in directa, modo vero in obliqua ſignificatione acciperetur, atque ita etiam fieret contra voluntatem teſtatoris, *d. l. verbis ciuilibus.*

20 Hoc axioma ita conſtitutum † certis declarationib. mitigare Interpretes noſtri conantur, quarum prima eſt, ſi in codicillis facta ſit ſubſtitutio, *Zaſius in d. l. Lucius, numero 14. Alciat. nu. 43. Iaſ. in l. verbis ciuilibus, nu. 17. Bart. ibidem num. 4. poſt gloſſam in hanc ſententiam allegatam, Alexand. ibidem numer. 8. Oldrad. conſil. 23. Durand. in tractat. de arte teſtand. tit. de ſubſtitut. cautel. 12. Didac. Couarr. c. Raynutius, §. 7. num. 3. Iacob. Menoch. lib. 4. præſumt. 60. numer. 71.* vbi multos auctores commemorat, & hanc ſententiam communem dicit, *vt etiam facit Pariſ. conſil. 41. num. 53. volum. 2. Michael Graſ. in dictione ſubſtitutio, q. 54. idque defendunt argum. l. Scæuola 76. ff. ad SC. Trebellian. item l. cum quis decedens 38. §. Seiam, ff. de legat. 3. l. illud, §. tractari, ff. de codicill.*

21 Repugnant tamen, & † quod verbũ *ſubſtitutionis* ex cauſſa codicillorum huiuſmodi interpretationem non recipiat, conſtituunt Ioan. Faber *Inſtit. de pupill. ſubſtit. §. qua ratione, num. 36. Vigl. ibidem num. 16. Franciſc. Aretin. in l. verbis ciuilibus, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. num. 3. & 4. Iacob. Cuiac. lib. 11. obſeruat. 25. Angel. conſil. 159. num. 5. Anton. Faber coniectur. lib. 15. c. 12.* Mouentur primum auctoritate *d. l. verbis ciuilibus 7.* deinde *l. centurio 15. l. in pupillari 14. eodem tit.* ex quibus appareat, quod verbum *ſubſtituo*, plane directum ſit, neque ad rem pertinere, quod nonnunquam ad fideicommiſſi interpretationem transferatur: id enim verba, quæ adiuncta ſint, conciliare, veluti, quod quis aliquo onere grauatus ſit, & quod cum verbum *inſtituo*, directum ſit, idem quoque iudicare debeamus de verbo *ſubſtitutionis*. Ad *l. Scæuola* reſpondent, quod id fauore pupilli admittatur, vnde finita pupillari ætate, huiuſmodi ſubſtitutionem nullam vim amplius habere. Hæc ſunt, quæ ab illis adducuntur. Ego puto, multo propius vrgere, quod Iuſtinian. *in §. fin. Inſt. de pupill. ſubſtit.* doceat, non poſſe quem extraneo eo modo ſubſtituere, ſed neceſſe eſſe, vt illum fideicommiſſo obliget, & ab eo petat, vt hereditatem, vel totam, vel pro parte reſtituat. Accedit, quod ex *l. ſi idem, infr. de codicill.* edoceamur, quod qua ratione codicillis ſubſtitutio fieri non poſſit, eadem quoque ratione non admittatur ſubſtitutio. Obſeruandũ præterea eſt, quod abſurdum videatur, quod verbo *ſubſtituendi*, hunc ſenſum adſcribamus, contra conſiderationem Iuriſconſulti, *in l. Publius 36. §. 1. ff. de condit. & demonſtr.* quod teſtator inſtitutum magis diligere videatur, quam ſubſtitutum, quod ſane hic nõ eueniret, cum ſtatim hereditatem reſtituere cogeretur, *vt l. 1. ff. ad SC. Trebell. §. 2. cum ſeq.*

In hac opinionum † repugnantia puta- 22
rem diſtinguendum eſſe, an cõſtaret, teſtatorem voluiſſe teſtamentum cõdere, an vero duntaxat voluerit codicillos facere, vt primo caſu ſubſtitutio nulla ratione valeat, q; ſolemnitas conueniens non ſit adhibita, *d. l. illud, §. 1. Ang. in d. l. verbis ciuilibus, Alexand. numer. 8.* de qua re latius *in l. nec codicillum, ſupr. de teſtam.* Secundo vero caſu, rem admodum controuerſam eſſe cõſtituo, maxime ea conſideratione admiſſa, quod non appareat, quo tempore hereditatem reſtituere debeat, & quod durum ſit, ſi illum ſtatim ad reſtitutionem compellamus, cum teſtatori propoſitum fuerit, inſtitutum ſubſtituto præferre, & ſubſtitutum dũtaxat vulgariter ſubſtituere. Et propius eſt, vt hanc ſententiam veriorẽ iudicem: nam quod ad leges in contrarium allegatas attinet, aduerto Viglium & Cuiac. *l. Scæuola, ff. ad SC. Treb.* vt etiam admonui in præludiis noſtri tituli, deinde Ant. Fabrum *lib. 15. comment. c 14.* ſatisfeciſſe. Ponderandũ præterea eſt, quod *in d. l. Scæuola*, nõ interueniant difficultates, de quibus mentionem feci, quod ſcilicet ſubſtitutus inſtituto præferatur, cum pupillus totã hereditatem, quoad viuat, obtineat, neque poſt pubertatem quidquã præſtare cogatur, adeo, vt pupillus nullo modo lædatur, ſed ſubſtitutus, cum ex directa vulgari ſubſtitutione, quæ tacitam pupillarem coniunctam haberet, admitti non potuerit, quod ea ſolemnitatem teſtamenti, requireret,

l. ſi

l. ſi idem, inf. de codicil. tandem benigna quadam interpretatione adiuuatur, vt ſcilicet hæc ſubſtitutio conuertatur in fideicõmiſſariam, quæ codicillis relinqui poteſt, vt quã ratione ſi hereditas codicillis relicta eſt, inſtituti per interpretationem fideicommiſſi, legitimis heredibus ab inteſtato præferuntur, *d. l. ſi quis, §. Seium, ff. de legat. 3. item l. 2 §. fin. & l. illud, §. 1. ff. de codicill.* ita etiam ſubſtitutus matri, iure fideicommiſſi non ſolum eo caſu præponeretur, quo filius non eſſet heres, ſed etiam quo agnita hereditate in pupillari ætate diem ſuum obiret, adeo, vt hoc caſu auctore Antonio Fabro, *lib. 15. coniecturar. c. 14.* benigna illa interpretatio plane neceſſaria fuerit.

Eadem quoque ratio eſt *l. cum quis 38. §. Seia, ff. de legat. 3.* vt cum translatio codicillis eſſet facta, portionis antea liberto per inſtitutionem relictæ, & hereditas codicillis directo neque dari, neque adimi poſſit, ex benigna interpretatione iuris, res in fideicommiſſum deduceretur, adeo, vt ſic nihil fiat contra voluntatem teſtatoris, qui priorem heredem indignum iudicarat, & eum hanc partem vetarat accipere, ſed plane ipſius voto hactenus, quoad illud codicillorum natura patiatur, ſatisfiat, & fideicommiſſum ſtatim reſtituere cogatur. Eadem conſideratio quoque diſcutiet, quod periculi eſſe poterat a *l. illud, §. 1.* Item *l. 1. § final. l. fin. ff. de codicill.* cum ibidem ſubſtitutus non petat fideicommiſſum ab herede, qui teſtamẽto inſtitutus eſt, & quem teſtator magis diligere cenſetur, vt antea dictum eſt, ſed ab illis, qui ab inteſtato ſucceſſuri erant, & quos plane repuliſſet, ſi non codicillis, ſed teſtamento heres ſcriptus fuiſſet, ſiue illud dicamus ex benigna interpretatione fieri, ſiue mero iure, vt præ ſe ferre videntur *d. l. 2. §. final. ff. de codicill. & d. l. final. § illud, infr. eodem tit.* & defendit Antonius Faber *in relato capit. 14.* Sublatis itaque his argumentis, quibus traditio gloſſæ, & Bartoli innitebatur, non animaduerto, quare vltimam ſententiam non ducamus eſſe potiorem.

23 Hinc inferimus, multo † minus defendi poſſe, ſi teſtamento, quo hæc ſubſtitutio facta fuiſſet, clauſula codicillaris adiecta fuerit, quod potius ex conſuetudine tabellionum, quam ex voluntate teſtatoris adiici ſoleat. Accedit, quod abſurdum videatur, quod vnum & idem teſtamentum valeat iure directo, & iure ſubſtitutionis, cõtra *l. fin. §. illud, inf. de codicill.* ita vt hoc caſu arbitrer, præferendã eſſe contrariã ſententiam Decii *in l. precibus, nu. 18. hoc t. Socin. Iun. conſil. 138. num. 8. lib. 2. Franciſc. Mantic. coniectur. libro 5. tit. 3. num. 13.* qui ex eo mouetur, quod poſt aditam hereditatem, vulgaris exſpiret, vt in fideicommiſſum conuerti nequeat. Quamuis plures diſſentiant, quos refert Iac. Menoch. *lib 4. præſumt. 60. n. 74. Mich. Graſ. in verb. ſubſtitutio, q. 54. n. 6.*

Probabilior itaque declaratio † eorum videri debet, qui putant illud tũc demum admittendũ, cum teſtator reciproce ſubſtituendo dixiſſet, quos inuicem ſubſtituo, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, de qua re Ripa *in l. Lucius, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. num. 46. Iacob. Menoch. d. præſumt. 60. num 84. Sfortia Oddus in tract. de ſubſtit. pupill. part. 6. cap. 5. Petrus Ricciard. Inſtit. de vulg. ſubſtit. num. 107.* 24

Pari ratione multi † auctores ſunt, quod ſi reciproca ſubſtitutio coniungatur cum ſubſtitutione compendioſa veluti: Ego hos inuicem etiã quandocunq; deceſſerint, vel ſi ſine liberis moriantur, ſubſtituo, non videri fideicõmiſſariam ſubſtitutionem excluſam, quod hæc verba tractum temporis contineant. *Bartol. in d. l. Lucius, ff de vulg. ſubſtit. num. 5. Zaſius num. 18 Alexand. hic num. 2. Deci. in l. teſtamento, ſupr. de teſtam. milit. num. 3. Roland. a Vall. conſil. 25. num. 10. lib. 1. Angel. Matheat. lib. 1. de legat. & fideicom. cap. 15. num. 2. Didac. Couarr. in c. Raynutius, de teſtam. §. 7. numero 3. Ioan. Dilect. de art. teſtand. tit. 5. cautel. 14. num. 2. Michael Graſſ. in verb ſubſtitutio, quæſt. 54. num. 6. Iacob. Menoch. d. præſumt. 60. numero 85.* Pro abſolutione huius materiæ 25

† quæro, an ſubſtitutio reciproca etiam contineat ſubſtitutionem militarem. † Non cõtinere conſtituunt, *Bart. l. in teſtamẽto, ſup. de teſtamento milit. num. 3.* argum. eius textus, quod miles in dubio intelligatur vti iure cõmuni, non ſpeciali, & idem *in d. l.* ſequuntur Caſtrenſ. *num. 8. Dec num. 11. Roman. num. 12. Alexand. num. 5. Iaſon num. 6. & ſeq. Bald. nu. 4. Angel. numer. 4.* idq; argumento eius textus, vbi quamuis miles potuerit perſonis imparibus directo ſubſtituere: tamen non cenſeatur voluiſſe, niſi illud e contrario probetur, quod etiam iure communi ita comparatum ſit, *vt hac noſtra lege, & l. quamuis.* Et hanc † ſententiam communem eſſe fatetur Oddus *in tractat. de ſubſtitut. part. 6. quæſtio. 5. nu. 2.* ipſe tamen meo iudicio non male diſſentit, vt etiam facit Ferdinand. Vaſq. *de ſuc-* 26 27 28

teſſ.progreſſ. §.*19.nu.24.* Etenim non animaduerto, cur ceſſante cauſſa, id eſt, inæqualitate perſonarum, non ceſſet effectus. Si itaque miles duobus puberibus ſubſtituat, quandocunque e vita deceſſerint, nõ video, quid prohibeat, hanc ſubſtitutionem directam vocari ex priuilegio militari, *l.centurio, ff. de vulg.ſubſtit.*

29 Obſeruandum pro coronide † eſt, ſubſtitutionem reciprocam hunc effectum habere, vt matrem excludat *l.Lucius 45.ff.de vulg. & pupill.ſubſtit. & ibidem gloſſ. item Bart.num. 7.* vbi ait, huiuſmodi ſubſtitutionem, ſi de pupillari tractetur, expreſſam videri. Et hanc opinionem communem eſſe, defendit eodem loci Ripa *num 77. Iacob. Menoch. 4.præſumt.60.num.50.* Mich.Graſſ. *in verb ſubſtitutio,q.56.n.1.* Idemq; admittit Coraſ. *in l.1. nu. 33.ff.eod.tit.* Negat tamen ſe animaduertere, quomodo hæc ſubſtitutio expreſſa pupillaris dici debeat.

Lex, Heres inſtituta, 3.

Svmmaria.

1 *Hypotheſis præſentis legis.*
2 *Heredes ab inteſtato admittendi non ſunt, quoad ex teſtamento hereditas deferri poteſt.*
3 *An filia omittens inſtitutionem de ſe factam legitimam portionem ab inſtituto petere poſſit?*

1 CVm quidam filiam ſuam † heredem inſtituiſſet, & Mæuium ita ſubſtituiſſet, *ſi filia heres non fuiſſet,* ipſa repudiata teſtamentaria inſtitutione, ius bonorum poſſeſſionis ab inteſtato habere voluit, quæſitum eſt, an ſubſtitutus admittendus ſit, an minus. Et videbatur illum audiendum non eſſe, *argument. l.ſi quis ita heres inſtituatur, ſi legitimus 82.ff de hered.inſtituend.* quodque bonorum poſſeſſor habeatur loco heredis, *l.Prætor, ff. de regul.iur.* Contrarium tamen definit Imperator, illam omittendo ſucceſſionem ex teſtamẽto locum feciſſe ſubſtituto, cum he-
2 redes ab inteſtato admittendi † non ſint, quoad ex teſtamento hereditas deferri poteſt, *l.quamdiu 69 ff. de acquirend.heredit.& l. quamdiu, 69.ff.de regul.iur.* ſiue illud iure ciuili contingat ſiue iure prætorio, *l.ſuus heres, infr. de repud. hered.l.1.* §.*ſed videndum, ff. de ſucceſſ.edict. Paul.Caſtr.hic num.2.Iaſon num.1. Dec.num.3. Ripa in l.1 ff.de vulg.ſubſtit. numer. 90. Anton.Gomez. variarum reſolut.tom.1.c.3. num.14. Sfort. Oddus in tractat.ſubſtit. titul.de compendioſ.part.2 quæſt.5. Mich.Graſ.in verbo, ſubſtitutio, quæſt.9. num.3.* vbi tradit quoque, quid iuris ſit, ſi inſtitutus deceſſerit non adita hereditate, an heres inſtituti, an vero ſubſtitutus præferatur.

Nec obſtat *l.82.* de qua ſupra mentio eſt facta, cum teſtator illud ibidem ex verbis teſtamenti permiſerit. Addit tamen Imperator, illam non prohiberi, quo minus illud, quod ſibi a matre debebatur, competentes actiones inſtituendo, petere poſſit. Vnde naſcitur illa quæſtio, an idem † etiam in le- 3
gitima portione probandum ſit, quod prima fronte defendendum videbatur, cum patronus, cui aliquis ſubſtitutus eſt, repudiata inſtitutione teſtamentaria, nihilominus legitimam portionem retinere poſſit, *l. ſi libertus patrono,* §.*quid ergo, ff.de bonis libert.* Contrarium tamen pronuntiant Cynus *hic num.1.Bald.num.3. Angel. circa finem, Caſtrenſ. num.3.Alexand.num.2.Salycet.num.2.Iaſon nu. 5.Dec.num.5.poſt Petrum Ancharan.Angel.Aretin. Socin. & alios ab eodem allegatos,* quod, *vt ait idem Cyn.* ſibi ipſi imputare debeat, quod hereditatem adeundo ſibi de legitima portione non proſpexerit, *l.quod quis, ff.de regul. iur. item in ſimili caſu l.ſi pater, ſupr. de inſtit. & ſubſtitut. & in l.fin.ff.de condit.inſtit.* quodque nemo hereditatem pro parte amplecti, & pro parte repudiare poſſit, *l.1. & 2.ff. de acq. hered.facit c.vnic. an agnatus repud.hered.feud. retin.poſſ.* de qua quæſtione copioſius Phil. Decius *in explicat.h.l.num.5.*

Lex, Quamuis, 4.

Svmmaria.

1 *Quare auctor meritũ vulgaris ſubſtitutionis in præſenti lege perſequatur?*
2 *Vulgaris ſubſtitutio quid?*
3 *Diuiſio vulgaris ſubſtitutionis.*
4 *Expreſſa vulgaris ſubſtitutio quibus verbis fiat?*
5 *Subſtitutio vulgaris tacita, an ſub pupillari comprehendatur?*
6 *An hæc ſubſtitutio, filium meum heredem inſtituo, & ſi intra pupillarem ætatem deceſſerit, Gaium ſubſtituo, cenſeatur ſubſtitutio expreſſa, vel tacita?*
7 *Vtilitas huius inueſtigationis.*
8 *Diſtinctio Bartoli in præcedenti quæſtione, & decem argumenta pro eius diſtinctionis confirmatione.*
9 *Diſſentientes auctores, & argumenta.*
10 *Mixta ſubſtitutio quid.*
11 *An expreſſo vno caſu vulgaris ſubſtitutionis, alter ſubaudiendus ſit?*
12 *Vulgaris ſubſtitutio quibus verbis concipiatur.*
13 *Effectus vulgaris ſubſtitutionis.*
14 *Vulgarem ſubſtitutionem tacite complecti pupillarem.*
15 *An hæc interpretatio ſumatur ex præſumta voluntate teſtatoris, an vero iuris fictione?*

16 *Aucto-*

Digitized by Google

16 *Auctores & argumenta illorum, qui illam fictionem iuri adſcribunt.*
17 *Contraria ſententia illorum, qui hanc accepto ferat præſumtæ voluntati ipſius teſtatoris.*
18 *Diſtinctio auctoris.*
19 *Confutata argumenta Menochii hanc diſtinctionem improbantis.*
20 *Tacitam pupillarem ſubſtitutionem locum non habere, ſi inæqualitas perſonarum interueniat.*
21 *An hæc definitio procedat, ſi teſtator vtrisq; ſeparatim ſubſtituerit.*
22 *Negatiua ſententia Bartoli.*
23 *Contraria ſententia Petri de Bellapertica & Iacobi de Rauenna.*
24 *Si teſtator alium pupillariter ſubſtituerit, vulgaris ſubſtitutio pupillarem non continebit.*
25 *Dictio tantum, in ſubſtitutione vulgari adiecta pupillarem excludit.*
26 *Quotieſcunque de contraria voluntate teſtatoris apparet, ceſſat tacita pupillaris ſubſtitutio.*
27 *An per ſubſtituti dationem ius ſui heredis tollatur.*
28 *Auctores & decem argumenta, quibus affirmatiua ſententia confirmatur.*

1 CVm magna vis ſit vulgaris † ſubſtitutionis, vt ex ſequentibus apparebit, Imperator Alexander vnum illumq; inſignẽ effectum perſequitur, quod etiã porrigatur ad eum caſum, quo, poſtquã heres exſtitit, impubes deceſſit, addit tamen quandam exceptionem, ſi duobus non eiuſdem conditionis ſubſtitutio ſit facta. Nos itaq; pro euidentiori huius materiæ explicatione merita vulgaris ſubſtitutionis præſente in loco certa ratione perſequemur.

2 Vulgaris ſubſtitutio † meo iudicio nõ inſcite a Petro Ricciardo *Inſtit. de vulg. ſubſtit. num. 49.* definitur, quod ſit inſtitutio, qua teſtator iure directo vel communi relinquit hereditatem in locum heredis non adeuntis. Quæ deſcriptio conuenit cum definitione Politi *in tract. de ſubſtit. tit. de vulg. ſubſtit.* quod ſit quædam ſurrogatio heredis, in locum prioris, qui nõ exſiſtet. Hęc ſubſtitutio auctore Bartolo *in l. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſt. Bart. Socino numer. 13. Alci. numer. 24. Anton. Gomez. variat. reſolut. tom. 1. cap. 3. numer. 10. Sfortia Odd. in tractat. de ſubſtitut. titu. de vulg. ſubſtit. cap. 3. numer. 1. Roland in tract. de vltim. volunt. tit. 23. numer. 9. Pet. Ricciard. Inſtitu. de vulg. ſubſt. num. 52. Mich. Graſſ. in verb. ſubſtitutio, q. 7. Ang. Aret. Inſt. de vulg. ſubſt. Fran. Aret. de vulgari ſubſt. lib. 1. n. 7. Alex. ibid. nu. 9.*
3 *Iaſon nu* 15. triplicem diſtinctionem recipit,
4 q alia † ſit Expreſſa, alia Tacita, alia Mixta. Expreſſa fit verbis generalibus, ſiuè † ſpecialibus, ſiue etiam indiuiduis, *vt oſtendunt iidem doctores, & præterea Did. Couar. in rub. de teſtam. §. 4. nu. 4. Emanuel a Coſta in c. ſi pater de teſt. in 6. in dictione obliqua, num. 3. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. progreſ. §. 11. n. 13.* generalibus, veluti *Titium heredem inſtituo, & eidem Semproniũ ſubſtituo, aut Titium & Sempronium heredes inſtituo, & eos inuicem ſubſtituo.* Specialibus, veluti *Caium inſtituo, & ſi is heres non erit, ſubſtituo Titium*, hæc enim verba, *ſi is heres non erit*, duo comprehendunt, quod ſcilicet vel nolit eſſe heres, vel non poſſit eſſe heres, *vt leg. cum proponas ſup de hered. inſtit. l. paterfamilias 40. ff. de hered. inſtit.* Subſtitutio autem ſingularis, ſiue in indiuiduo hoc modo explicari videtur, *inſtituo Titiũ, & ſi is noluerit heres eſſe, vel nõ potuerit, ſubſtituo Gaium*, vel hoc modo, *inſtituo Titium, quod ſi is heres eſſe nõ poſſit, ſubſtituo Sempronium, ſin autem heres eſſe nolit, ſubſtituo Gaium*: hic enim illi caſus qui comprehenduntur, in ipſa ſubſtitutione nominatim exprimuntur.

Tacita ſubſtitutio † illa eſt, quæ dicitur 5
comprehendi ſub pupillari ſubſtitutione, vt oſtendunt Bart. Soc. Aret. Iaſon & alii doctores ſupra a nobis relati, quibus accedunt Iacob. Menoch. *lib 4. præſumt. 43. Item Franc. Mantic. coniect. lib. 5. t. 3. n. 2. Bal. in l. ſin. ſup. de inſt. & ſubſt. n. 199. Ruin. in l. 1. n. 112. ff. de vul & pup. ſubſt. Capr. in tract. de ſubſt. ti. de vulg. ſubſt.* idq; defendere conãtur ar. *l. 4. ff. de vul. ſubſt.* vbi Modeſtinus Iuriſconſultus ait, *quod ſi pater impuberi filio in alterũ caſum duntaxat ſubſtituiſſet, illum in vtrumq; caſum ſubſtituiſſe intelligi, ſiue filius heres nõ exſtiterit, ſiue exſtiterit & impubes deceſſerit*, vnde conſequetur, q ſi quis ita ſubſtituiſſet, *filium meum heredem inſtituo, & ſi is heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, Caium ſubſtituo*, is enim Caius, quæ illorũ collectio eſt, non ſolum ſubſtitutus cenſebitur, ſi filius intra eam ætatẽ reb. humanis eximatur, verum etiã ſi moriatur antequã heres fiat, quod ſi autem ſubſtitutus eſſet, omiſſis his verbis, *ſi heres non erit*, veluti † *Pamphilũ* 6
filium meũ heredem inſtituo, & ſi intra pupillarẽ ætatem deceſſerit Caium ſubſtituo, an tunc cenſeatur expreſſa ſubſtitutio vulgaris, an vero tacita; non bene inter noſtros interpretes conuenit. Etenim Dec. *in l. precibus hoc noſtro tit. num. 15. Ang. conſi. 141. n. 3. Ioh. Baptiſt. a S. Seuerin. in d. leg. precibus num. 14.* contendunt adhuc tacitam eam videri. Ceterum Bald. *in d. l. precibus nu. 42. Caſtr. ibid nu. 10 Alex. nu. 7. Corn. num. 8. Curt. Iun. num 36. Sapia num. 77. Barth. Socin. in l heredes 1. ff. eod. tit. n 36. Alc. n. 21. Rip. n. 84. Did. Couar. in c. Rainutius §. 5. n. 5.*

Digitized by Google

Iaſon in hac noſtra leg nu. 5. Mich. Graſ. in verb. ſubſtitutio q. 7. n 6. Fran. Man. de coniect. vltim. vol. lib. 5. tit. 3. nu. 14. auctores ſunt, hanc ſubſtitutionem expreſſam videri, quæ ſub verbis generalibus contineatur.
7 Huius † inueſtigationis vtilitas in eo conſiſtit, quod ſi omnino tacita intelligatur, ſublata vel finita ſubſtitutione pupillari, etiã intelligatur exſpiraſſe vulgaris, adeo vt ſi filius ſine immiſſione hereditatis paternæ poſt pupillarẽ ætatem deceſſerit, ſubſtitutus admitti nequeat, item quod ſecundum plurimorum opinionem, de quibus *in l. fin. ſup. tit. prox.* expreſſa ſubſtitutio excludat matrem, non autem tacita, de qua re Did. Couarr. *in c. Rainutius, §. fin. circa finẽ Bart. in hac lege 1. nu. 71. Michael Graſſ. in verb ſubſtitutio q. 12. n. 5.* Sciendũ itaq; eſt, quod quamuis doctores ſupra a nobis relati, in eo conſentiant, quod huiuſmodi ſubſtitutio non plane ſit tacita, quod tamen inter eos, quoad quæſtionem propoſitam, an finita vel exſtincta pupillari ſubſtitutione cõſequenter quoq; vulgaris intercidiſſe videatur, non vſq; adeo conueniat.
8 † Bart. enim *in d. l. 1. ff. de vulg ſubſtit num. 56.* cui ſubſcribunt ibid. Alex. *num. 43* Alber. *in l. precib. h. t. nu. 12* Zaſ. *in tractat. ſubſt. tit. de vulg. ſubſtit. concluſ. 2.* Guiel Benedict. *in c. Rainutius de vulg. ſubſtitut. nu. 158. & ſeq.* Franc. Aretin. *in l. qui habebat. 47. ff. de vulg. ſubſtit. nu 3 verſ. ſuper quo Bart. & Mich. Graſſ. in verb. ſubſtitutio, q. 16.* vbi hanc ſententiam profitetur receptam eſſe, quod & ipſum agnoſcunt multi alii, *vt Didacus, Ripa Soc. in locis referen.* maxime Sfort. Od. *in tract. de ſubſtit. tit. de vulg. ſubſtit. part. 2. q. 6 nu. 14.* quamuis ipſi diſſentiant. Curt. iun. *d l. precib. nu. 38.* diſtingunt intereſſe, an pupillaris facta fuerit ſine præfinitione temporis, vt tunc vulgaris ſubſtitutio, quæ ſub pupillari comprehenditur, poſſit excedere tempora pubertatis, quod ſi vero certũ tempus deſignauit, veluti pupillaris ætatis, vel etiam quod minus aut reciſius eſſet, vt perempta pupillari ſubſtitutione, cenſeatur quoque euanuiſſe vulgaris ſubſtitutio, quod ſi vero longius tempus definitione ſua cõplexus eſſet, videlicet vſq; ad vigeſimũ quintum annum, vt tunc vulgaris eaq; tacita ſubſtitutio ante illud tempus non exſpiret, quãuis pupillaris ſubſtitutio iam finita eſſet, *l. in pupillari 14. ff. de vulg. & pup ſubſtit.*

Hæc Bartoli traditio, certis argumentis videtur defendi poſſe. Primo quod ſublato expreſſo, tacitum quoq; ceſſare videatur, *l. 3. §. ſed hac, ff. de ſeruit. ruſt. c. præd.* quodq; tacitum nõ debeat maiorem vim habere, aut ſe vlterius exſerere quam expreſſum, *leg. qui ad certum, ff. locat.*

Secundo quod abſurdum videatur, quod vna & eadem oratio inæqualem determinationem recipiat, contra definitionem præſentis legis, *item l. 2. h. t. l. iam hoc iure, §. 2. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. item l. fin. inf. de ſenten. & interloc. omn. iudic.*

Tertio quod ex quo ſubſtitutio pupillaris certo temporis ſpatio finita eſt, idem quoq; iudicandum ſit de tacita vulgari, *l. ſi ita quis, 21. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. l. qui plures 38. §. 1. ff. eod. tit.*

Quarto quod cum in aliquo actu exprimitur certa forma & qualitas, ea intelligatur interceſſiſſe cui forma congruit, *l. cum dotem ſup. de iur. dot.* ſed formam hic expreſſam cõuenire pupillari ſubſtitutioni, quæ ſuo tempore exſpiret: non autem compẽdioſæ, quæ prolixiora tempora recipit, *l. precibus. h. n. t.*

Quinto quod hanc ipſam opinionẽ confirmare videatur *l. quod filius, ff. de capt. & poſtlim. reuerſ.*

Sexto Alexand. & multi alii ad hoc perpenderunt *l. qui habebat 47. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.*

Septimo Franc. Aretinus eodem deflectit *l. fin. ff. de fideicom. libert.*

Octauo quidam allegant *l. ſi fundum ſub conditione, §. fin. ff. de legat. 1. & l. pen. §. fin. inf. de neceſſ. hered.*

Nono his contermina eſt cõnſideratio *l. qui heredi 44. item l. Mæuius 9. ff. de condit. & demonſtr.* conditioni in forma quæ præſcripta eſt, parendum.

Decimo quod *l. commodiſſime, ff. de lib. & poſth. hered. inſt.* aperte ſtatuatur, cõditiones de caſu ad caſum per interpretationem prorogandas non eſſe.

Diſſentiunt † autem, & contrariam ſententiam veriorem eſſe exiſtimant, Salic. *l. ſi teſtamento h. t. n. 14. Ripa in l. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. nu. 225. Alciat. ibid. nu. 160. cum ſeq. Ioh. ab Imol. n. 11. Bart. Soc. nu. 60 Polit. in tractat. de ſubſtitut. tit. de exempl. ſubſtit nu. 3 Ant. Gom. variar. reſol. lib. 1. c. 3. nu 30. Vaſq. de ſucceſ. progr. §. 11. num. 46.* vbi hanc vltimam opinionem veriorem eſſe dicit, & eam appellari hodie communem, *Did Couar. in c. Rainutius, §. 5. n. 9. Coraſ. in l. poſt aditam n. 28 Fran. Mantic. de coniect. vlt. volunt. lib. 5. t. 3. nu. 14. & ſeq. Iacob. Menoch. lib. 4 præſumt. 43 n. 19.* 9

Hanc eandem opinionem Did. Couar. vndecim argumentis tueri conatur, quamuis

uis contrariam ſententiam communem fateatur, *in d.c. Rainutius*, §. *5. nu. 8. & 15.* ex quibus præcipua ſubiiciam.

Primo, quod qua ratione cõtra proprietatem verborũ admittitur pupillariter ſubſtitutus ex tacita vulgari *l. 4. in princ. ff. de vul. ſubſtit.* quod teſtator veriſimiliter hoc fuerat diſpoſiturus, eadẽ ratione quoq; poſt pubertatem ſi inſtitutus interea hereditatem non agnouerit, admittendus videatur, quod teſtator interrogatus, non videatur aliud reſponſurus fuiſſe, *argument. leg. tale*, §. *final. ff. de pact.*

Secundò, quod ea, quæ tacite inſunt; ſi exprimantur; non videantur aliquid mutare de natura ipſius rei, *leg. 3. ff. de legat. 1. lege in conditionibus 19. ff. de condit. & demonſtr.*

Tertio, quod regula illa, vitiato expreſſo, etiam tacitum vitiari, locum non habeat, quando tacitum eſt æque principale, & diſtinctum ab expreſſo, *l. ſi fideiuſſor, quæ alias*, §. *eſt, & comprehenditur ſub lege, ſi cui. 49. ff. de legat. 1.*

Quarto, quod cum hæc tacita ſubſtitutio intra tempora pubertatis propterea locum habeat, quod filius heres non fuerit, quod conſequenter quoque poſt illam ætatem locum habere debeat, quod certum ſit, illum intra pupillarem ætatem heredem non fuiſſe.

Quinto, quod cum vulgaris ſubſtitutio expreſſa, tempore pupillaris ætatis non circumſcribatur, ſed perpetuo locum habere videatur, exſiſtente ſcilicet conditione, *leg. quamdiu, ff. de acquir. hered.* quod inde quoq; inferatur, idem in tacita admittendum eſſe, cum hæc ſubſtitutio in duas vi ſua reſoluatur, pupillarem & vulgarem, *d. l. 4. in prin. &* §. *1 ff. de vulg. & pup. ſubſt.*

Sexto, quod vt antea intellectum eſt, hæc ſubſtitutio non ſit plane tacita, ſed potius expreſſa, *Bart. dict. leg. precibus, num. 42. Caſtr. nu. 10. Alex. nu. 7. & alii doctores ſupra a nobis commemorati. arg. l. fin. ſup. quod cum illo qui in aliena poteſt. eſt neg. geſt. eſſe dicet.* quod cum ſubſtitutio pupillaris, quæ inutiliter facta ſit, veluti ſi quis extraneo pupillariter ſubſtituiſſet, vel ſi mater hoc facere ſuſtinuiſſet, contra *l. moribus, ff. de vulg. & pup. ſubſt.* ſecũdum doctrinam Bartoli *in d. l. 1. num. 57. arg. l. fin. ſup. de hered. inſtitut.* complectatur tacitam vulgarem, illamq; opinionem confirment eod. loci Socin. *nu. 61. Rip. circ. fi. Ioh. ab Imol. nu. 11. Alex. n. 44. Claud. n. 54. Salyc. l. ſi teſtamento, h. t. n. 13. Faber in l. precibus, h. eod. ti. Bal. in l. fin. ſup. de hered. inſt. n. 8. Alex. n. 6. Bart. nu. 4. Iaſon n. 8. Corn. n. 12. Fran. Mant. de coniect. vlt. volunt. lib 5. t. 3. n. 22.* & nonnulli alii, quos idem Didacus eodem loci deſignat, multo magis id dicendum videatur, in illa ſubſtitutione, quæ ab initio tenuit, cum ea quæ ſemel ſubſtiterint facilius tueamur, aut pleniori interpretatione proſequamur, *l. patre furioſo, ff. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt*, quam quæ nunquam rata fuerint.

In hac opinionum conflictatione, non facile fuerit vel huic vel alteri parti calculũ adiecifſe, aut q̃ ſuæ opinionis ſit, expromſiſſe, itaque, totam illam diſceptationem diſtulero, in enarrationem, *leg. Gallus*, §. *& quid ſi tantum*, quam in ſequentibus titulis explicabimus. Illud interea admonuiſſe cõtenti, excepto Alciato, Ripa, & Antonio Gomezio, ſequenti loco relatos auctores, concedere, quod ſi tempus reciſius ab ipſo teſtatore comprehenſum ſit, quam pubertatis, veluti ſi facta ſit ſubſtitutio ad decem annos, elapſo tempore definito, ſubſtitutum audiendum nõ eſſe, quod ceſſent multæ conſiderationes, quas ſupra exhibuimus, & copioſius & diſtinctius cõmemorat Didacus *in loco ſupra a nobis deſignato*. Nam hoc caſu profiteri non poſſumus, quod illa expreſſa ſint, quæ tacite & natura inſint, neque diuinando quis conſequatur, quæ ratio teſtatorem mouerit: quod ſane ſi pubertatis tempora deſignentur, dici nequit, cum ſubſtitutũ heredibus ab inteſtato præferre voluerit, & poſt pubertatem teſtandi vel diſponendi rationem filio integram relinquere, vnde cum is interea hereditati paternæ ſe non miſcuerit, videtur ſaltem hactenus paternum iudicium ſecutus eſſe, vt ſubſtituto in illis bonis, quibus abſtinuiſſet, locum facere decreuerit.

Conſequens eſt, vt de mixta † ſubſtitu- 10
tione nõnihil loquamur, pro cuius quæſtionis illuſtratione, ſciendum eſt, vulgarẽ ſubſtitutionem ſi heres non erit, vi ſua duo potiſſimum complecti, ſi heres eſſe non poterit, vel ſi noluerit heres eſſe, *leg. cum proponas, ſup. de hered. inſtitut. leg. paterfamilias, ff. de heredibus inſtitu. cap. ſciſcitatus 13. de reſcript.* Si itaque teſtator vnam partem teſtamento ſuo expromſerit, ſi heres eſſe non poterit; alia quoque ex definitione plurimorum interpretum ſubaudietur, ſi heres eſſe noluerit, ita vt hæc ſubſtitutio partim expreſſa ſit, quatenus ſcilicet teſtator vnam con-

conditionis partem diſerte propoſuit, tacita
11 quod ex mente † ipſius teſtatoris & auctoritate legis, vt ipſi rem digerũt, alter caſus ſubaudiendus videatur. *arg. l. fin. inf. de inſtit. & ſubſtit. l. Titius, §. Lucius, ff. de lib. & poſthu heredib. inſt. l. fin. inf. de lib. prœter. l. ab exheredati 126. §. fin.* Hoc enim defendunt Bart. *in d. l. 1. ff. de vulg. ſubſtit. n. 14. Alex. nu. 11. Iaſon n. 23. Barth. Socin. nu. 14. vbi illud ex multis cauſſis declarat, Iaſ. nu. 20. Alciat. nu. 24. Rip. n. 89. Fran. Aretinus nu. 8. & 9. Sfortia Oddus de vulg. ſubſtit. part. 2. q. 3. nu. 9. Did. Couar. in c. Rainutius, de teſtam. §. 4. nu. 5. Bald. in l. fin. ſup. de inſti. & ſubſtit. Alber. in rubr. de vulg. & pup ſubſt. nu. 23 Salycet. l. ſi teſtamentum, h. t. 5. q. prin. Paul. Leon. in tract. de ſubſt. c. 1. n. 71. Anto. Gomez. variar. reſol. tom. 1. lib. 1. c. 3. nu. 10. Did. de Spino in ſuo Specu. teſtament. titu. de vulg. ſubſt. nu 32. Iacob. Menoch. lib. 4 præſumt. 65. n. 13. Mich. Graſ. in theſ. com. opin. in verb. ſubſtitutio, quæ. 2. Marc. Aquilinus in explic. l. Gallus, ff. de lib. & poſth. hered. inſtitu. in §. & quid ſi tantum, in verb. ſed hæc ſententia, ff. de lib. & poſth. hered. inſt.*

Incidit tamen hæc inſpectio in non mediocres difficultates, multoſq; auctores habet, qui contrarium defendant, quos videre licet apud eundem Menoch. *lib. 4. præſumt. 65. nu. 20.* Item Decian. *lib. 1. conſ. 1 nu. 51.* accedunt Raphael Cumanus *in d. §. & quid ſi tantum, num. 6.* Salomonius *nu. 50.* Fortun. *n. 17.* Conan. Duaren. Cuiac. Gouean. & alii quos ibidem deſignaturi ſumus, qui plane negent §. *& quid ſi tantum, eadem l. Gallus*, in quo præcipuum fundamẽtum noſtri interpretes conſtituunt, illum ſenſum recipere, quem ibi adſcribunt.

Hæc de ſubſtitutionis vulgaris diuiſione,
12 ordo poſtulat, vt videamus, quibus † verbis ipſa concipi poſſit. Qua in re Bart. *d. l. 1. n. 17. & Bart. ſecutus Ale. nu. 14. Rip. nu. 101. Barth. Socin. nu. 14. Iaſ. nu. 32. Zaſ. nu. 20. Sfort. Odd. de ſubſtit. tit. de vulg. ſubſtit. part 2. q. 4. Michael Graſſus in verbo ſubſtitutio, q. 8. nu. 7. & ſeq.* conſtituũt in omni ſubſtitutione, ſiue expreſſa, ſiue tacita, duo extrema conſiderari. Vnum quod referatur ad eum cui fit ſubſtitutio, aliud quod concernat perſonã eius qui ſubſtituitur, nam ſi perſonam eius ſpectemus, in cuius locum quis ſurrogatur, ſemper verbis negatiuis ſubſtitutio fieri ſolet, *ſi heres non erit*, aut *ſi heres eſſe non potuerit, ſi heres eſſe noluerit*: neq; ad rem pertinet, quod etiam verbis affirmatiuis ſubſtitutio componi videatur, veluti *ſi hereditatem repudiauerit, ſi mihi heres erit, & intra pubertatem deceſſerit*, hæc enim & ſimilia verba, ſemper priuationẽ includũt, veluti *ſi heres eſſe noluerit, vel ſi heres per mortẽ, vel alio caſu eſſe deſierit*, in qua conditione etiam caſus recenſeri debet, *in l. fin. ſup. de her. inſt.* propoſitus, *Sẽpronius Plotii heres eſto.* Nec dubitãdum eſt, quin valeat hæc ſubſtitutio, *Titium heredem inſtituo, & Sempronium ſubſtituo*, vt non fideicõmiſſariam contineat, ſed vulgarem, *Ant. Gomez. d. lib. 1. c. 3. nu. 4. de qua quæſtione latius in l. Gallus, §. 1. ff. de lib. & poſth. heredib. inſtit.* Porro ſi intueamur perſonam eius, cui ſubſtitutio fit, verba affirmatiua in vſu eſſe ſolent, veluti *Titius heres eſto*, vel hoc modo, *ſin autem quod abominor, Titio quem heredem inſtitui, quid humanitus contigiſſet, antequam hereditatem adiret, tunc Sempronius hereditatis meæ dominus ſit, vel hereditas mea ad Sempronium deferatur, deuoluatur, pertineat.*

Varii ſunt huius ſubſtitutionis † effectus, 13
quorum quinque proſequitur Bart. *in l. 1. ff. de vulg. ſubſt.* & alii doctores. Nos autem ne prolixiores ſimus, & ne longius ab interpretatione noſtræ legis recedamus, duos potiſſimum explicabimus. Primum qui proprius
huius ſedis eſt, quod vulgaris ſubſtitutio, † 14
verborum ſilentio pupillarem complectatur, *vt hac noſtra lege, Item l. 2. h. n. t. l. 4. ff. eod. & L. Lucius 45 ff. eod.* Itaq; ab initio excutiẽ-
dum eſt, an hæc interpretatio † intercedat 15
ex præſumta voluntate teſtatoris, an vero ex
iuris fictione. Et ſunt † qui arbitrentur illam 16
fictioni iuris adſcribẽdam, *vt Corneus in hac noſtra l. quamuis, nu. 4. & 5. Iaſon nu. 2. Caſtr. n. 1. Curt. Iun. nu. 6. Phil. Dec. in l. precibus, h. t. Riminaldus nu. 70. Bald. in l. fin. ſupr. de inſtitut. & ſubſtit. n. 5.* Mouentur primo auctoritate noſtræ legis, dum ait, *quamuis placeat ſubſtitutionem impuberi, qui in poteſtate teſtatoris fuerat, a parente factam, ſi heres non erit, porrigi ad eum caſum, quo poſteaquam heres exſtitit, impubes deceſſit.* Hæc enim verba præ ſe ferre, quod extenſio fiat auctoritate legis, cum lex dicat, q; placuerit, vt porrigeretur ad eum caſum. Secundo quod *l. 4 ff. de vulg. ſubſtit.* comphrehendatur, quod iam hoc iure vtamur ex cõſtitutione Diui Marci & Veri, vt cum pater impuberi filio in alterũ caſum ſubſtituiſſet, in vtrumq; caſum ſubſtituiſſe intelligatur, hæc verba etiam demõſtrare, quod ex præſcripto legis eo res deducta ſit, quodq; hæc ſubſtitutio ſubaudiatur ex interpretatione legis. Tertio quod fictio illa dicatur, quæ aliquid inducit vt factum, cum tamen reuera illud non acciderit, vel, vt ait Alciat. *l. ſi is qui pro emptore, ff. de vſucap. num. 34.* cum fictio ſit legis

Digitized by Google

legis aduerſus veritatem, in re poſſibili, ex iuſta cauſſa, tanquam rei veræ diſpoſitio. Id adeo in præſenti caſu euenire, cum teſtator vulgariter ſubſtituendo, de alio caſu nihil egiſſe aut cogitaſſe videatur.

17 Eſt deinde ſecunda † opinio Alexandri, *hic numer. 2. & 3.* Fulgoſ. *numer. 2.* Aretini *in l. iam hoc iure, num. 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Coraſ. *in l. precibus, hoc tit. num. 40.* Cagnol. *num. 111.* Zaſ. *in tractat. de ſubſtit. tit. de vulg. num. 2.* Polit. *in tract. de ſubſtit. tit. de vulg. par. 1. circ. fin.* Bart. Socin. *l. 1. numer. 38. ff. de vulg. ſubſtit.* Iacob. Menoch. *lib. 4. præſumt. 35. nu. 4. & 22.* arbitrantium, hanc interpretationem præſumptæ voluntati ipſius teſtatoris accepto ferendam. Et hæc ſententia defendi poteſt, primo auctoritate noſtri text. in verb. ſi modo non contrariam defuncti voluntatem exſtitiſſe probetur. Deinde per *le. iam hoc iure 4. §. ſed ſi alter, ff. eod. tit.* dum iuriſconſultus ait, *hoc itaque caſu ſingulis pater ſeparatim ſubſtituere debebit, ne voluntatis quæſtionem relinquat.* Et rurſum: *Ita enim in altero vtraque ſubſtitutio intelligitur, ſi voluntas parentis non refragetur.* Tertio hãc ſententiam commendat ratio, quæ etiam vtilitatem huius inueſtigationis oſtendere poterit, quod fictio iuris nullam probationem in contrarium admittat, *l. fin. ſup. arbit. tutel. Felin. in c. quanto, num. 2. de præſumpt. Alciat. in tract. de præſumpt in ſuis prælud. part. 1. numer. 4. Euerhard. in cent. legali, in loco a fictione num. 5. Iac. Menoch lib. 1. quæſt. 8. num. 11. Bald. in authen. ſed iam neceſſe, numer. 2. ſup. de donat. ant. nupt.* Præſumtio autem contraria præſumtione vel probatione elidi poteſt, *l. Diuus, ff. de reſt. in integ. Fel. & alii doctores ſup. allegati,* atquin in præſenti diſceptatione, probatio voluntatis ipſius teſtatoris nec non coniecturæ admittuntur, vt apparet ex definitione *noſtra legis, & d. l. iam hoc iure, §. fin. Item l. Lucius 45. ff. de vulg. & pupill ſubſtit. l. in teſtamento, ſup. de teſtam. milit.*

18 Hæc † quamuis per ſe ſatis vrgentia videantur tamen præferendam exiſtimo ſentẽtiam Bartoli *in leg. iam hoc iure. ff. de vulgar. & pup. ſubſtit. Cuman. ibidem, numero primo, Iaſon numero ſecundo, Viglius Inſtit. de pupillar. ſubſtitut. in princip. numer. 17. Duaren. in explicat. h. tit. cap. 2.* vt hæc tacita ſubſtitutio intelligatur, quidem præſumta, ſed plus præſtet diſpoſitio legis, quam voluntas teſtatoris, quod lex ex ſua prouidentia, hoc beneficium induxerit, non tam ſpectando quid teſtator ſenſiſſet, quam quod veriſimiliter, ſi de hac re admonitus fuiſſet, reſpondiſſet aut diſpoſuiſſet, *argum. l. tale pactum 40. §. fin. ff. de pact.*

Nec mouent † ea, quæ a Menochio *d. præſumt. 35. numer. 19.* in contrarium allegantur, quod ſcilicet hoc modo futurum ſit, vt priorem ſententiam comprobemus, cum hæc ab eadem parum aut nihil differat. Deinde quod negare non poſſumus, quin teſtator hac de re cogitauerit, ex quo vt iura confirmant, voluntatis quæſtio eſt. Tertio, quod ficta & præſumta diſpoſitio concurrere nequeant, *l. filio quem pater, 23. ff. de lib. & poſthum. heredibus inſtitut. Iaſon in l. ſi is qui pro emtore, numer. 166* Expendere enim Menochius debuerat, Bartolum & ceteros auctores non vocare hanc diſpoſitionem fictam, neque etiam potuiſſent, cum repugnet natura & definitio fictionis, ſed præſumtam, ex quo lex id ſequitur, quod teſtator veriſimiliter facturus erat, vnde ſi appareat de contraria voluntate, hæc præſumtio cedit, vt dictum eſt, quod etiam euenire videmus in definitione, *l. cum auus, 102. ff. de condit. & demonſtration. & in l. generaliter § final. ſupr. de inſtitut. & ſubſtit. ſub condit fact. Item in l. cum acutiſſimi, infr. de fideicommiſſ item leg. cum virum, 16. eodem titul.* Plane in hoc aſſentior Menochio, quod hæc ratio ſola in conſideratione non ſit, ſed interuenire poſſit & altera, quod ſcilicet teſtator cogitauerit etiam de ſecundo caſu, quod plane in eius perſona probandum eſt, qui in iure peritus ſit, aut Iuriſconſultos in condendo teſtamento adhibuerit, vt plerumque fieri ſolet, *lege codicillis, alias incipit Lucius 88. §. final. ff. de legatis ſecundo,* non tamen propterea conſectarium eſt, vt ſi propter imperitiam aut mortis cogitationem vel anguſtias, quæ memoriam plerumque hebetare ſolent, *le. hac conſultiſſima, ſupr. qui teſtament fac. poſſ.* hoc non fecerit, iuris auctoritate non poſſit ſuppleri, quod ab eo omiſſum eſt, & quod probabiliter facturus videbatur. Hoc itaque caſu plus poteſt & præſtat interpretatio legis, quam voluntas in actu diſpoſitionis interueniens. Plane non excludimus voluntatem, quæ, ſi admonitus fuiſſet, an pronuntiatione horum verborum etiam pupillarem ſubſtitutionem complecti velit, veriſimiliter ſubſecutura fuerat, *vt in l. cum quid, ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* 19

Quibus ita ſubductis † aliquot caſus con ſectabimur, in quibus de contraria voluntate conſtare poſſit. Certum autem eſt hãc 20

Digitized by Google

interpretationem locum nõ habere, ſi perſonæ quibus ſubſtitutio fit, ſint diſpares, veluti vnus pubes alter impubes, *vt d. l. 4. §. fin. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* vel ſi vnus eſſet naturalis, alter autem legitimus & in poteſtate, *l. Lucius 45. ff. eod.* aut ſi vnus ex inſtitutis ſit extraneus, vt in hac noſtra lege, vbi etiam vxor inſtituta proponitur, ita vt Firmianus, qui vtriſq; ſubſtitutus eſt, non admittatur ad ſucceſſionem filii impuberis, niſi ex vulgari ſubſtitutione, quod vxori pupillariter ſubſtitui non potuerit, & ſubſtitutio vno orationis filo comprehenſa, diuerſam expoſitionem non recipiat. An autem neceſſariũ ſit ad effectũ vulgaris ſubſtitutionis, vt ambo moriantur ante aditam hereditatem, vt conſtituit Bart. *hic numer. 2.* diſcutiemus *in l. penul. h. t.*

Cum itaq; certum ſit, quod diſpar conditio perſonarum hanc interpretationem impediat, quæſtionis eſt, an idẽ quoq; pro-
21 bandum ſit, ſi parens † illis ſeparatim ſubſtituiſſet? Ponamus enim quod habeat duos filios Caium puberem, & Lælium impuberem, quodque inſtitutionis verba ita concipiat: *Caium & Lælium filios meos heredes instituo, quod ſi Caius heres non erit, ſubſtituo Sempronium: ſin autem Lælius heres non erit, Seium*
22 *ſubſtituo.* Et quidem Bart. *in d. l. iam hoc iure, §. hoc itaque caſu num. 1. Caſtr. ibid. num. 8. Bald. num. 2. Ang. num. 4. Item Ioh. ab Imol. num. 4. & 5. Raphael Cuman. num. 12. Zaſ. num. 12.* vbi hanc opinionem communem dicit. Bald. *in hac n. l. quamuis, num. 2. Fulg. num. 3.* Ioh. Fab. *in §. qua ratione, Inſt. de pup. ſubſt. num. 31. Corn. in l. 2. h. t. num. 2.* Menoch. *lib. 4. præſumt. 36. num. 31.* Mich. Graſſus *in verbo ſubſtitutio, q. 11 num. 8* conſtituunt, vulgarem ſubſtitutionẽ in perſona Lælii factam, etiã pupillarẽ complecti. Mouentur autem eo potiſſimum argumento, quod Imperatores in hac noſtra lege videantur vnam orationis ſtructuram, per quam Firmianus vtriſq; ſubſtitutus erat, conſideraſſe, cum abſurdum videatur, vt vnum & idem verbum inæqualiter determinet, quod euidentius confirmari videtur *l. 4 §. 2. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* in verba ſequentia. *Sed ſi alter pubes, alter vero impubes ſit*, & hoc communi verbo, *eoſq. inuicem ſubſtituo*, ſibi fuerint ſubſtituti. Ex his enim animaduertimus, iuriſconſultum vim conſtituiſſe, vt vna dictione ſubſtituo, quæ eadem oratione, vtriſq; communis fieret, ſiue accommodaretur. Præterea quod quando plures vna oratione comprehenduntur, conſiderentur tanquam vnum corpus, quod ad eandem qualitatem redactum ſit, *arg. l. triplici 142. ff. de verb. ſignif. Item l. vnic. inſ. de caduc. tollend. §. his ita*, & propterea dictum in vno videatur repetitum in reliquo, *arg. l. Seia, §. Gaio, ff. de fund. inſtruct. & l. penult. hoc tit.* Diuerſum autem eſſe, quando ſubſtitutio ſeparatim eſt facta, *l. fin. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.*

Contrarium † tamen hoc caſu docuerũt 23
Pet. de Bellapertic. & Iacob. Rauen. quos commemorat Bart. *in dict. §. fin. item Bulgar. quem refert Ruin. in l. 1. num. 109. ff. de vulg. & pup. ſubſt. & ibid. Rip. num. 170. & Soc. Iun. conſ. 100. nu. 14.* vt illos recenſet Iacob. Menoch. adducti ſequentibus argumentis.

Primo quod in omni lege conſideranda ratio ſit *l. cum pater 77. §. dulciſſimis, ff. de legat. 2.* atque rationem quam Iuriſconſulti & Imperatores in conſilium adhibuerunt, non eſſe vnam orationis ſtructuram, ſed æqualitatem vel inæqualitatem perſonarum, *vt hac noſt. l. & d. l. 4.* Deinde quod Iuriſconſultus *in l. 4. §. 2. ff. eod. ti.* ad colligendam patris mentem certam formam præſcribat, vt filio impuberi nedũ vulgariter, ſed diſerte quoq; pupillariter ſubſtituatur, quod coarguunt hæc verba, *ne ſi vulgari modo ſubſtituatur impuberi, relinquatur voluntatis quæſtio.* Deinde quod non videatur eſſe differentia, vtrum plures vna oratione comprehendantur, an ſeparata, cum vna oratio in ſingulas eaſq; diſcretas reſoluatur, *l. falſa, §. fin. ff. de condit. & demonſtr.* Vltimo quod qua ratione ſub his verbis, ſi heres non erit, contineretur tacita pupillaris, quando duobus ſeparatim fit ſubſtitutio, eadem etiam ratione, imo maiori comprehenderentur ſub his verbis, *eoſq. inuicem ſubſtituo*, ſed conſequens eſſe falſum, *d. l. 4. §. 2.* ergo etiam antecedens.

Hæc ſunt præcipua argumenta, quæ ex Bulgarino & aliis longa verborũ ſerie a Menochio adferuntur, ſed meo iudicio languidiora ſunt, quam vt ſigillatim illis reſponderi debeat. Quod ſi quis tamẽ hoc officii deſideret, is confugere poterit ad eundem Menochium & Ruinum.

Secunda itaq; declaratio ſit, hanc † diſpo- 24
ſitionem locum non habere ſi teſtator expreſſim & pupillariter alium ſubſtituat, cui Meuium vulgariter ſubſtituerat, *l. cum ex filio 39. § 1. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* aut ſi vnus ad certos annos ſubſtitutus ſit, alter vero in reliquos, *l. ex facto 43. §. item quæro, item l. qui plures 38. § itaque, ff. eod. tit.* quod ſcilicet prouiſio hominis præſumptiuam interpretationem

nem legis, quæ huic alias contraria eſſet, excludere ſoleat, *l. ſi maritus, ſup. de procur. & l. final. ſupr. de pact. conuent. inter vir & vxor. Bart. in dicta lege prima, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut. nu. 34. Iaſon hic in 2. limitat. Dec. n. 2.*

25 Tertia declaratio eſt, ſi teſtator † expreſſe declarauerit, ſe tantum vulgariter ſubſtituere, cum huius dictionis ea natura ſit, vt reliqua excludat. *c. contingit. ext. de fid. inſtru. l. his ſolis inf. de donat. cauſ. mort. l. contractus 23. ff. de reg. Iur.* Nicol. Euerhar. in locis a natura dictionum taxatiuarũ. *Iaſon in h. l. quamuis, n. 1. Dec. n. 2. Coraſ. n. 14. Barth. Soc. d. l. 1. n. 38. Iac. Menoch. d. præſumt. 36. n. 19.* vbi plures refert.

26 Eſt deinde & alia eaq; generalis † declaratio, quod quotieſcunq; apparet de cõtraria volũtate teſtatoris, hæc diſpoſitio ceſſet; veluti ſi imaginemur illum interpellatũ, an ſub hac vulgari ſubſtitutione etiã comprehendat pupillarem, dixerit ſe non comprehendere. Neq; hæc res dubitationẽ habet, quod talem interpretationem commendet præſens conſtitutio, item *l. 4. §. 2. ff. eod. tit. l. in teſtamẽto, ſup. de teſtam. milit.* Sed diſceptationis eſt, quot teſtes requirantur, ad probandam hanc eius voluntatem, ſeptem exigit Decius, *hic nu. 1.* cuius ſententia videtur defendi poſſe, *per l. heredes 21. §. ſi quid poſt, ff. qui teſtam. fac. poſſ.* & illa quæ perſecuti ſumus *in l. errore ſup. de teſtam.* Contrarium tamen; & duos teſtes ſufficere reſpondent, Bald. *hic n. 1. Alex. nu. 2. Salycet. n. 4. Corn. n. 2. Ruin. in l. 2. ff. de vulg. & pup. ſubſt. n. 61. Barth. Socin. l. 1. eod. tit. n. 38. Iacob. Menoch. d. præſumt. 36. nu. 16.* quod vbi numerus teſtium definitus nõ ſit, ibi duo ſufficiant, *l. vbi numerus, ff. de teſtibus, l. teſtium, circ. fin. ſup. eod. ti.* cum agitur autem de declaranda obſcura vel dubia voluntate teſtatoris, certum numerum definitum nõ eſſe, & propterea etiam notam vel declarationem manu teſtatoris factam, de qua *in d. l. heredes palam, §. 1.* ſufficere, aliud autem eſſe ſi priora in totum vel pro parte, quæ iã certa erãt corrigere velit, vel ſi nouam inſtitutionem aut legatum vel fideicommiſſum velit adiicere.

27 Alter effectus † de quo hoc loco tractan-
28 dum eſſe exiſtimamus, eſt, ille quem quinto loco proponit Bart. quod † per ſubſtituti dationem ius ſui heredis tollatur, vt exiſtimat Bart. *in dicta l. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. num. 45. & in l. ſi filius heres 16. ff. de lib. & poſth. hered. inſtitut. numer. 1. & ibidem Alexand. num. 3. Bald in ſua lectur. num. 1. Iohan. ab Imol. num. 2. Iaſon num. 53.* vbi hanc opinionem magis communem dicit, Bart. Socin. *in l. 1. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. num. 47. Rip nu. 130. Ang. conſ. 151. Zaſius l. ſi filius, ff. de vulgar. & pup. ſubſt. n. 21. Cyn. in l precibus h. t. n. Bart. in l. Papinianus, §. quarta, ſup. de inoff. teſtam. Bald. in l. apud hoſtes, Cod. de ſuis & legit. hered. idem Bald. in l. ſi arrrogator in 5. oppoſit. Corn. in leg. cum antiquioribus, infra. de iur. deliber. & in l. ſi frater, numer. 11. eod. tit. Mainer. in l. nemo poteſt, ff. de reg. iur. num. 115. Guil. Benedict. in c. Raynutius in dict. mortuo, num. 109. Sfort. Odd. in tract. de ſubſtit. titul. de vulg. ſubſtit. part. 2. quæſt. 5. num. 21. Did. de Spin. tit. de vulg. ſubſtit. num. 34. Emanuel a Coſt. in cap. ſi pater, de teſta. in 6. in gloſſa ſi decederet num. 9. idem in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, part. 4. num. 26. Ang. Matheat. de legat. & fideicommiſſ. lib. 1. numer. 22. Franc. Conanus lib. comment. 10. cap. 7. Mich. Graſ. in theſ. commun. opin. in dictione ſubſtitutio, quæſt. 10. numero 1.* vbi ex multis auctoribus hanc ſententiam eſſe receptam profitetur.

Nec deſunt legum & rationum præſidia, quibus hanc ſententiam aſſerere conantur. Principio enim adducitur *lex ſi filius heres 16. ff. de liber. & poſth. hered. inſt.* in verb. ſequentia, *ſi filius heres inſtitutus ſit, omiſſo poſthumo, filioque ſubſtitutus nepos ex eo ſit, nepotem tam patri quam auo ſuum heredem futurum*, cum enim hic caueatur, quod etiam auo heres fiat, inde etiam inferunt, quod filius iure ſuitatis, vt appellant, heres non fuerit.

Secundo allegant *leg. etſi ſine 7. §. ſed quod Papinianus, ff. de minor. in integ. reſtit.* vbi ſi filius minor 25. annis abſtineat ab hereditate paterna, locus fit ſubſtituto: & quamuis filius poſtea reſtituatur in integrum, nihilominus ſubſtitutus heres manet, & filius duntaxat vtiles actiones acquirit, quæ res argumentum præbet, illum propter ſubſtituti deſignationem, ius & nomen ſui heredis amiſiſſe, cum alias ſaltem vno nomine etiam poſtquam abſtinuiſſet, debuiſſet ſuus heres manſiſſe, *vt l. generaliter, §. ſed etſi quis, ff. de fideicom. libert. leg. 2. §. ſed etſi ſint ſui ff. ad SC. Tertull.* adeo vt directas actiones exercere potuiſſet.

Tertio, quod illud confirmare videatur, *l. ſi filius, 12. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* ex qua colligitur, quod pater dando ſubſtitutum vulgarem, videatur illum quaſi ſubſtituiſſe ſub illa conditione, ſi heres eſſe noluerit, de qua *in lege cum proponas ſupr. de heredib. inſtituend. & lege ſi paterfamilias, 40. ff. eodem tit.*

Quarto ab his, quæ dicta ſunt nō abhorret diſpoſitio *l. vnic. infra de caduc. tollen.* §. *in nouiſſimo*, ſi iungatur cum §. *ſin autem, eadem leg.* Etenim cum in §. *in nouiſſimo*, caueatur, quod hereditas nō adita non transmittatur niſi illud iure ſui heredis fiat, tamen ex §. *ſin autē, ſequen.* colligimus, quod ſi teſtator ſubſtitutum dederit, hereditas non conſiderato iure tranſmiſſionis ſubſtitutio deferatur.

Quinto huc referri poteſt, *l. heres furioſi 51. de petit. hered.* quæ aperte videatur præ ſe ferre, quod heres ſuus, dato ſubſtituto, hanc prærogatiuam amittat.

Sexto, quod hāc aſſertionem commenmendet, *l. prima*, §. *ſi proponatur*, *ff. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtamen.* quæ. nec non *l. Iulianus 26.* §. *fin. ff. eod. tit.* demonſtrent, eo pertinere ſubſtituti dationem, vt quis liberum abſtinendi arbitrium habeat, & ex neceſſario fiat voluntarius.

Septimo, quod cum hæc ſubſtitutio, *ſi heres non erit*, duo capita contineat, *ſi heres eſſe non poterit, vel noluerit heres eſſe, l. 40 ff. de hered. inſtit.* quod per has conditiones ipſe filius intelligatur non neceſſarius, ſed voluntarius heres eſſe, vt etiam antea oſtenſum eſt, vt iam iura ſui heredis non habeat *l. iam dubitari 86.* & *l. Cornelius 69. ff. de hered. inſtiuend.*

Octauo, quod a ſeruo ad filium non inſcite conſequentiam ducamus, *Inſtitut. quod cum eo, qui in alien. poteſt. eſt.* ſed dato ſubſtituto, ceſſet in ſeruo neceſſitas adeundi, *l. ſi is, qui ſoluendo 55. & 57 ff. de hered. inſtit. ergo etiam in filiofamilias.*

Nono, quod qua ratione per exheredationem legitime factam, ius ſui heredis tollatur, *l. prima*, §. *ſi pater, ff. de coniung. cum emancipat. liber. l. qui in alieno*, §. *interdum, ff. de acquirend. hered.* eadem quoque ratione, tale ius amputari videatur per ſuſtituti dationem, cum ſubſtitutio & exheredatio in filii perſona comparentur, *l. ſuus quoque*, §. *ſi filius, ff. de heredibus inſtituendis, l. poſthumus*, § *quod vulgo, ff. de poſthumis heredibus inſtituendis.*

Decimo, his finitima eſt *lex. qui fundum*, §. *qui filium, ff. ad legem Falcidiam, in verb. ſi filius antequam patri heres exſiſteret*, &c. Conſtituunt enim, ex his verbis, quod filius nullo modo poſſit conſequi, quin iure ſui heredis ſtatim heres fiat, niſi talis neceſſitas, dato ſubſtituto, remiſſa eſſet.

Contrariam ſententiam defendunt Baldus *in l. filius heres 16. ff. de liberis & poſthumis heredibus inſtituendis, in ſua repetitione, numero ſecundo, Angel. ibidem numero ſecundo, Zaſius in tractatu ſubſtitut. capit. primo, verſic. ſecundus effectus eſt*, parum ſibi conſtantes, vt animaduertere licet. *Raphael. Cumanus ibid. numer. 1. & 3. Franciſcus Aret. numer. ſecundo, verſ. reiecta igitur iſta ratione, Alciatus num. 15. Paulus Caſtrenſ. num. 6. & in ſua repetitione numer. 13. Bald. in l. qui in aliena*, §. *interdum, ff. de vulgar. ſubſtit. Ferdinandus Vaſquius de ſucce. creat.* §. *21. num. 184. Cuiacius in dict. leg. ſi filius heres ad leges Africani ſcribens circa fin. Vigl. Inſtitut. de vulg. ſubſtit. in princip. & ibid. Mynſing numer. 14. Coraſ. miſcell. libro primo, capit. ſecundo, Antonius Gomes variar. reſolut. tom. 1. cap. 3. num. 14. Fulgoſ. in l. 3. infra. de iur. delib. num. 4. Donellus comment. libro ſexto, cap. 24. Franciſcus Duaren. in explicatione eiuſdem titul. capit. decimo, verſ. ſuperioribus locis.* Et hæc opinio quoque multis argumentis fulciri poſſe videtur.

Primo auctoritate *l. Lucius 45 ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* Vnde apparet ſubſtituti dationem non efficere quo minus hereditas non adita a pupillo in matrem tranſmittatur. Quod ſane non obtineret, ſi iura ſui heredis ex tali facto amiſiſſet, *l. vnic.* §. *in nouiſſimo, de caduc. tollend. l. apud hoſtes infra. de ſuis & legit. liber.*

Secundo, per textum *in l. Papinianus*, §. *4. ff. de inoffic. teſtamen. verſ. cum igitur*, vnde intelligimus, quod pater filio ita demum ex datione ſubſtituti intelligatur ius abſtinendi dediſſe, ſi emancipatus fuiſſet, quare per argumentum a contrario ſenſu conſectarium eſt, quod illud locum non habeat, ſi filius in poteſtate manſiſſet.

Tertio adducitur, *l. final. ff. de condit. inſtitut.* quæ demonſtrat ſubſtituti dationem non efficere, vt hereditas filii ſub conditione poteſtatiua inſtituti, ad eum viuo filio transferatur, quamuis certum eſſe cœpiſſet, quod filius more extraneorum hereditatem adire non poſſet, vt eundem textum in hoc magnopore extollunt Caſtrenſ. Aretin. & nonnulli alii.

Quarto, quod cum taciti & expreſſi eadem ſit vis *l. cum quid, ff. de rebus credit. ſi cert. petat.* & tacita ſubſtitutio ius ſui heredis non perimat, *l. Iulianus, ff. de acquirend. hered. l. ſi filius, qui patri 12. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* recte quoque inferatur, idē in expreſſa ſubſtitutione procedere.

Quinto,

Digitized by Google

Quinto, quod licet ex datione ſubſtituti, videatur nanciſci ius ab hereditate abſtinendi, quod tamen illam conſequatur, non iure ciuili, ſed iure prætorio, *dicta lege ſi filius qui patri*.

Sexto, quod ex datione ſubſtituti *in leg. ſi ſequens 15. ff. de Senatuſconſulto Syllaniano*, transmiſſio non impediatur, quamuis ſubſtitutum habeat.

Septimo, quod ſeruus dato ſubſtituto non deſinat eſſe neceſſarius, *vt conſtituit gloſſa, Inſtitut. de vulgar. ſubſtitut. in verbo, nouiſſimo*.

Octauo auctoritate, *leg. Iulianus, 26. ff. ſi quis omiſ. cauſſ. teſtament.* vbi dato vulgari ſubſtituto, non videatur conceſſa licentia abſtinendi.

Nono, adducunt *leg. ſi ſolus 80, ff. de acquirend. vel omit. hered.* vbi datio ſubſtituti non intercedit, quo minus pars reliqua, iure accreſcendi etiam inuito adiiciatur.

Decimo, quod teſtator non videatur dediſſe licentiam abſtinendi, ex quo heredem teſtamento inſtitutum, ab inteſtato legatis vel fideicommiſſis obſtrinxerit, *l. qui autem, ff. ſi quis omiſ. cauſſ. teſtam.*

Vndecimo, argumento, *l. quod ſi minor, §. Scæuola, ff de minorib. in integ. reſtituend.* vbi filio inſtituto, ſubſtitutus vulgaris datus eſt, & tamen textus huiuſmodi verbis vtitur, quod ſi filius inſtitutus omiſit vel repudiauit hereditatem, verbum autem omittendi ad ſuos pertinere ſolet, ſecundum definitionem Baldi, *in lege ſecunda, Cod. de repud. hereditat.*

Duodecimo, quod verba in dubio intelligantur ſecundum qualitatem perſonæ, cui adiiciuntur, *leg. ſi quis filio exheredato, §. ſed etſi quis, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtament. leg. plenum, §. equitii, ff. de vſu & habitat. leg. ex militari, ſup. de teſtam. milit.* Cum itaque hæc verba, ſi heres non erit, duo complecti videantur, *ſi heres eſſe non potuerit, & eſſe noluerit*, quod hæc vltima clauſula, debeat intelligi non de iure ciuili, quo filius poteſtatem abſtinendi non habet, ſed de iure prætorio.

Decimo tertio, inducta ad vnum effectum, diuerſum operari non debent, *leg. legata inutiliter, ff. de leg. 1.* Subſtitutio autem inuenta eſt, ne vltima voluntas fruſtratoria redderetur, *l. vnic. §. 1. inf. de caduc. tollend.* Alienum itaque eſſet, ſi ius ſui heredis infringendo, potius conuelleret teſtamentum quam confirmaret.

Decimoquarto, quod inſtitutus ſub conditione poteſtatiua, habeatur pro pure inſtituto, *l. 1. § ſi quis ſub conditione, ff. ſi quis omiſ. cauſſ. teſtamen.* pura autem ſubſtitutio non tollit effectum ſui heredis, *dict. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate*. Ergo nec inſtitutio ſub conditione, quæ pro pura habetur.

Hæc ſunt præcipua contrariæ partis argumenta, quæ verboſius proſequuntur Lud. Roman. *l. apud Iulianum, 11. §. idem Iulianus, num. 28. & ſeq. ff. ad SC. Trebellian. Alex. in dict. l. ſi filius heres, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. vel exheredand. numer. 5. & ſeq. Iaſon numer. 41.*

Et hanc opinionem quoque magis probabilem eſſe ducimus, neque operæ pretium conſtituimus, vt ſingula argumenta pro prima parte adducta refellamus, cum illud videamus ſatis accurate factum eſſe per Ferdinandum Vaſquium, Aretinum, Alciatum in locis allegatis.

Lex poſt aditam 5. quam coniungo cum l. ſi teſtamento, 7.

Svmmaria.

1 *Pupillaris ſubſtitutio vnde originem ſuam habeat.*
2 *Non Lacedæmoniorum moribus, ſed Romanorum illam accepto referendam.*
3 *Quare hæc ſubſtitutio pupillaris appelletur.*
4 *Deſcriptio ſubſtitutionis pupillaris.*
5 *Quæ requiſita ſint pupillaris ſubſtitutionis.*
6 *Decem requiſita ordine comprehenſa.*
7 *Ex quibus fontibus hæc requiſita promanent?*
8 *In pupillari ſubſtitutione neceſſarium eſt, vt ſubſtitutio fiat liberis.*
9 *Quid pronuntiatione liberorum contineatur?*
10 *In ſubſtitutione pupillari quoq; neceſſarium eſt, vt is, cui ſubſtituitur, impubes ſit.*
11 *An ſatis ſit vltimum diem anni decimi quarti attigiſſe.*
12 *An, ſi lege municipali cautum ſit, ne minor viginti quinq; annis teſtamentum facere poſſit, et pater vſq; ad illam ætatem ſubſtituere queat, diſſentientes doctorum ſententia.*
13 *An huiuſmodi ſtatutum, quod quis teſtamentum, vſq; ad illam ætatem facere nequeat, alicuius ſit momenti.*
14 *Auctores & argumenta negatiuæ ſententiæ.*
15 *Differentia inter ſubſtitutionem, quæ fit impuberi, & illam quæ fit minori 25. annis, quamuis teſtamentum facere nequeat.*
16 *A pupillis ad minores tunc recte argumentamur, quando eadem eſt ratio.*
17 *An ſubſtitutio pupillaris locum habeat, ſi lege mu-*

Digitized by Google

nicipali pubertas definiatur viginti quinque annis.

18 *Difficultates circa tertium requiſitum, quod liberi debeant eſſe in poteſtate.*

19 *Diſcrimen patriæ poteſtatis, & emancipationis in ſubſtitutione pupillari non eſſe ſublatum.*

20 *Intellectus l. ſi mater ff. de vulg. ſubſtit.*

21 *An ſatis ſit ad pupillarem ſubſtitutionem, quod quis tempore mortis ſit in poteſtate teſtantis.*

22 *Auctores qui id defendant & argumenta.*

23 *Diuerſa ſententia auctores, quod conditio poteſtatis tempore mortis & teſtamenti requiratur.*

24 *Intellectus l. ſecunda, §. ſed ſi extraneum, ff. de vulg. ſubſtit.*

25 *Interpretatio l. coheredi, §. cum filia ff. eodem titul.*

26 *Notata differentia inter voluntariã & neceſſariam conditionem in cauſſa ſubſtitutionis.*

27 *Ratio quod poſthumus ſubſtitui poſſit.*

28 *An ſubſtitutio pupillaris extraneo facta vim habeat vulgaris & fideicommiſſariæ ſubſtitutionis.*

29 *Sententia Bartoli & ipſi ſubſcribentium, illam habere vim vulgaris ſubſtitutionis cum octo argumentis.*

30 *Diuerſa ſententiæ aſſertores cum octo contrariis argumentis.*

31 *Interpretatio Viglii, Vueſenbecii Goueani, & quorundam aliorum, qui negent ex vitioſa pupillari ſubſtitutione, naſci vulgarem aut fideicommiſſariam ſubſtitutionem.*

32 *Confutatio argumentorum, qui aſſerebant ex pupillari ſubſtitutione extraneo facta, dari vulgarem ſubſtitutionem.*

33 *Confutatio argumentorum Antonii Gomezii qui auctor erat inde fideicommmiſſariam, ſubſtitutionem deferri.*

34 *Recitata conciliatio Ioan. ab Imola, qui exiſtimabat ante aditam hereditatem locum habere vulgarem ſubſtitutionem, poſt aditam fideicommiſſariam.*

35 *Quartum requiſitum pupillaris ſubſtitutionis eſt, ne recidant in poteſtatem patris.*

36 *Animaduerſio Franciſci Aretini in hoc requiſito, cum multis argumentis.*

37 *Confutatio argumentorum Aretini.*

38 *Quintum requiſitum pupillaris ſubſtitutionis, quod non deſierit eſſe in poteſtate.*

39 *An ſubſtitutio pupillaris ex eo confirmetur, quod pupillus emancipatus poſtea adoptetur.*

40 *Diſtinctio Bartoli Alberici & aliorum in propoſita quæſtione, inter ius Prætorium & ius Ciuile.*

41 *Alia traditio Alciati idem defendendum iure ciuili, quod iure prætorio.*

42 *Sexta conditio in pupillari ſubſtitutione eſt, quod parens ſibi quoque teſtamentum facere debeat.*

43 *An ſubſtitutio pupillaris etiam in teſtamento paterno imperfecto fieri poſſit.*

44 *Diſtinctio Bartoli, & aliorum intereſſe, vtrum quis liberos ſubſtituat, an vero extraneos.*

45 *Animaduerſio Aretini in hanc diſtinctionem cum argumentis.*

46 *Confirmata diſtinctio Bartoli.*

47 *Septima conditio ſubſtitutionis pupillaris, quod filii ſint, aut heredes inſtituendi, aut exheredandi.*

48 *An impubes nunc temporis exheredari poſſit.*

CVm quatuor ſint ſubſtitutionũ ſpecies, *vt antea admonui*, vulgaris, pupillaris, militaris & exemplaris, & nos certa ratione diſceptauerimus de vulgari, operæ pretium eſſe diximus, vt etiam de reliquis conuenienti in loco diſpiceremus. Conſilium itaque eſt de militari ſubſtitutione, *in leg. precibus, hoc titul.* de exemplari, *in leg. humanitatis*, vbi proprie illarum ſedes ſunt, de pupillari vero in his legibus, quod quaſi omnia eiuſdem ſubſtitutionis requiſita exhibeant, diſceptare. Quomodo † & ex qua cauſſa hoc 1
ius inuaſerit, haud obſcure inſinuat, *l. moribus, ff. eodem titul. item Inſtit. de pupill. ſubſtitut. in princip. & §. ſi quis ita formidoloſus*, quod cum parentibus nihil antiquius ſit, quam vt prolibus ſuis conſulant, *l. final. ſupra, de curat. furioſ.* & poſt mortem parentum accidere ſepe ſoleat, vt impuberes ex cauſſa ſucceſſionis periclitarentur, *l. prima, ff. vbi pupill. educ. deb. & dict.* §. *ſi quis*, moribus eo rem reuocatam eſſe, vt parentes liberis ſuis, quos in poteſtate haberent, vſque ad annum pubertatis, & quoad ipſi teſtamenta facere poſſunt, ſubſtituerent. Qui † autem illi mo- 2
res ſint, in obſcuro eſt. Et ſane alieniſſimum videtur, quod deprædicat gloſſ. a Lacedæmoniis hanc conſuetudinem petitam eſſe, §. *& non ineleganter, Inſtitut. de iur. natur. gent. & ciuil*, quæ enim a Lacedæmoniis deſumtã ſunt, illa legibus duodecim tabul. comprehenſa, iuris ſcripti nomine merito cenſentur. Conſtituimus itaque, hos mores fuiſſe populi Romani, multis ſeculis, ex cauſſis, de quibus mẽtionem fecimus, confirmatos.

Vocatur a † quibuſdam in controuer- 3
ſiam, quare hæc ſubſtitutio pupillaris appelletur, cum *l. pupillus ducenteſima trigeſima nona, ff. de verborum ſignification*. Pomponius illum pupillum eſſe pronuntiet, qui cum impubes eſt, deſiit in patris poteſtate eſſe, aut morte, aut emancipatione, atqui impuberes, de quibus hic tractatur in ea cauſſa non ſunt, vt apparebit ex requiſitis, quæ poſtea perſequemur. Vnde Duarenus in *explication. h. tit. capit. 5.* exiſtimat etiam illum pupillum proprie dici, qui in patris poteſtate ſit, modo illũ impuberem eſſe ponamus,

Digitized by Google

mus, *leg. final. §. 1 ff. de verb. oblig.* Ego tamen conſtituo illud fieri per abuſionem, vel ex largiori vocabuli ſignificatione, cum dict. *leg. pupillus*, plane repugnet. Qua de cauſſa ſciendum eſt, pupillarem ſubſtitutionem propterea vocari, quod conferatur in illud tempus, quo is vere pupillus futurus ſit, mortuo ſcilicet parente ſuo, vt poſtea melius intelligemus, & quod per eandem non patri quis ſuccedere intelligatur, ſed pupillo, *l. ſi is qui bonis 6. l. ſed etſi plures 10. §. ad ſubſtitutos, ff. de vulg. & pup. ſubſt.*

Non conuenit inter noſtros interpretes, quænam vera ſit pupillaris ſubſtitutionis de-
4 finitio. Nos omiſſis reliquis † amplectimur deſcriptionem Didaci Couar. *in cap. Raynatius, §. 5. num. 1.* quod ſit ſequens ſubſtitutio directa, quæ liberis impuberibus, in poteſtate teſtantis conſtitutis, nec eius morte in alterius poteſtatem recaſuris, intra pubertatem fit. Quod hæc definitio nō aliena ſit, apparebit ſi eius ſubſtitutionis requiſita vel conditiones ordine percenſeamus, quæ vna
5 † cum Bart. *in l. 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. item Bald. ibid. num. 4. Caſtr. nu. 2. & ſeq. Franc. Aret. nu. 7. Ioh. ab Imol. nu. 5. Raph. Cum. num. 5. Barth. Socin. num. 6. Iaſ. num. 18. Marian. Soc. num 35. Alex num. 12. Zaſ. nu. 24. Odd. Sfort. de pup. ſuſtit. part 3. quæſt. 4. in prin. Pet. Ricciar. de vulg. ſuſtitut. num. 68. Polit. in ſuo tractat. de ſubſtit. tit. de pupill. ſubſtit. Mynſ. Inſtit. de vul. ſubſtitut. numer. 2. & ſequen. Fume. de ſubſtitut. pupill. numer. 37. Mich. Graſ. in verb. ſubſtitutio, quæſt. 21. 22. 23. 24. 25. & 26.* vbi plures auctores refert, octo numero eſſe conſtituunt, quamuis nonnulla in diſceptationem vocentur. Nos autem ſingula excutiemus, & quædam reſecabimus, & deinde nonnulla alia adiiciemus. In quibus recenſendis, ſequemur ordinem a Bartolo propoſitum.

6 Prima enim ſecundum eundem † conditio eſt, vt ſint liberi quibus ſubſtituere velit, cum extraneis nequeat, *dict. l. 2. in princ. & §. extraneum*, quod & ipſum indicat dictio hac eadem l. comprehenſa, *filia*. Secundo deſideratur, vt ſint impuberes, *vt dict. l. 2. & hac noſtra lege, in verb. intra pupillarem ætatem.* Tertio vt ſint in poteſtate, cum liberis emācipatis nemo ſubſtituere queat, *dict. l. moribus, in prin. & hac noſtra leg.* filia in poteſtate ſua conſtituta. Quarto hæc eadem verba, adhuc aliam conditionem incluſam habēt, quod ſcilicet ita ſint in poteſtate teſtantis, vt in alterius poteſtatem recidere non poſſint *dict. l. 2. in princip.* Quinta conditio eſt, quæ etiam ab his verbis dependet, quod ita ſint in poteſtate, vt in eadem perſeuerent, nam ſi ante mortem parentis per emancipationem, vel alio modo liberati eſſent, ab eius poteſtate, ſubſtitutio exſtingueretur, *leg. coheredi 41. §. cum filia, ff. eod. tit.* Sexto neceſſarium eſt, vt teſtator ſuum teſtamētum faciat, & id quodammodo ordine præcedat, *l. 2. §. quisquis, & §. prius, ff. de vulgar. & pupil. ſubſtit. & l. ſi quis eum 16. §. 1. eodem. tit. & hac noſtra l.* dum ait: *ſi teſtamento iure facto.* Septima cōditio eſt, quod filium ſuum heredem inſtituat, vel nominatim exheredet. *dict. leg. moribus, verſ. ſed ſi eos, Item Inſtit. de exhered. lib. in prin.* idque demonſtrant verba noſt. *l. iure facto*, nam illud teſtamentum, in quo filius præteritus eſt, in diuerſa conditione cēſetur. Octauum requiſitum eſt, quod hereditas ſit adita, *l. poſt aditam, h. titul. & l. 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Nono hæc noſtra lex adhuc aliam conditionem, quæ neceſſaria ſit, inſinuare videtur, nimirum quod ſubſtitutio fiat directis verbis, non autem inflexis, veluti *peto, vt filius meus reſtituat.* Præterea demonſtrat & decimum requiſitum, quod ſcilicet euentus conditionis reſpondeat, id eſt, quod filius intra tempora pubertatis deceſſerit, & ſubſtitutus illam amplectatur, *vt l. in pupillari, ff. de vulg. ſubſt.*

Admonendi † autem ſumus has ipſas 7
conditiones, non vtique ad vnam cauſſam referendas eſſe, ſed ex diuerſis fontibus manare. Nam vt obſeruauit Salyc. *hic num. 4.* ſi quæratur de facultate aut potentia, vt ipſe ait, teſtandi, tria concurrere debent, vt ſint liberi, impuberes, & in poteſtate. Quod ſi vero agatur de effectu perſeuerationis, vt ſcilicet illa ſubſtitutio ſalua maneat, duo pretereà neceſſaria eſſe, ne ius patriæ poteſtatis ante mortem tollatur, & quod poſt obitum parentis non recidat in poteſtatem alicuius. Sin autem quæratur de forma ſubſtitutionis, exigi confectionem paterni teſtamenti, præterea inſtitutionem vel exheredationem filii, & verba ſubſtitutionis congruentia, directa, ſcilicet, vt ante oſtendi. Porro ſi de reſolutionis caſu loquamur, requiritur ad legis inhibitionem, quod hereditas adeatur, quodque pupillus intra pubertatis tempora decedat.

Redeundo † igitur ad ipſa requiſita, re- 8
uoco in diſputationem cur Bartolus, & qui illi aſtipulantur, loco primæ conditionis requirat, vt liberi ſint, vt ſecernat illam a ſe-

Digitized by Google

cunda conditione, qui in poteſtate ſint, cum hæc videantur coniungi debuiſſe, & vnius conditionis locum obtinuiſſe, illud enim concedimus extraneis non poſſe ſubſtitui. Sed alia conſideratio in deliberationem venire non videtur, quam quod non ſint in poteſtate: Niſi quis conſtituat, Bartolum id propterea feciſſe, quod ſerui in poteſtate ſint, quibus ſi heredes cum libertate inſtituantur, ad hunc modum ſubſtitui nequeat, quod in præſentia non examino.

9 Pronuntiatione liberorum † non ſolum illam ſobolem intelligimus, quæ iuſto matrimonio quæſita ſit, *l. filium definimus, ff. de his qui ſui vel al. iur. ſunt*, ſed etiam quæ per adoptionem in patris poteſtatem trãſierit, de qua *in l. fin. inf. de adopt. & in* §. *hodie, Inſtit. eodem tit. Bart. hic num. 3. quem Bald. Alexan. Iaſ. Socin. & alii ſequuntur, Sfort. Odd. in tract. de ſubſtitut. tit. de pupill. ſubſtit part. 3. quæſt. 4. numer. 1. Duaren. in explicat eius tit. cap. 14. Michael Graſſus quæſt. 21.* Quibus caſibus autem hodie ius patriæ poteſtatis adoptiui parentes vindicare poſſint, iura de quibus mentionem feci, ſatis dilucide expediunt. Idem igitur probandum erit in filiis arrogatis, *l. 10.* §. *in arrogato, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. Item leg. ſi arrogator 22* §. 1. *ff. de adopt.* Sed hoc ius duntaxat in illis bonis exercebitur, quæ a patre arrogatore profecta ſunt. Non ſeparamus deinde illos filios, qui naturales cum eſſent, auctoritate Imperiali, nomen & ius legitimorum filiorum adepti ſunt, cum & hi in patris poteſtate verſentur, *gloſſ. in* §. *fi. Inſtit. de nupt. Fab. num. 1. Ang. num. 2. Port. num. 7. Platea, num. 1. Aldobrand. num. 1. Balduin. num. 1. Hotoman. in verb. poteſtati patris, Mynſing. num. 2. Weſenb nu. 3. & 4. Vulteius, numer. 3 Forſter. in tract. de ſucceſ. lib. 6. cap. 31.* modo adſint illa requiſita, quæ ordine contexit Roderic. Soares ad *leg. fori 9. numer. 6. Iaſon in l. ſi is qui pro emptore, ff. de vſucap. numero 226. Marc. Aquil. n. numer. 150. Alciat. numer. 91. Tiraquel. in leg. ſi vnquam, in verbo, ſuſceperit liberos, numer. 77. & 78. inf. de reuoc. donat. Pinel. l. 1. de bon. matern. numer. 59.* Quare etiam conſectarium eſt, vt pater huiuſmodi filio ſubſtituere queat, vt defendit Zaſ. *in tit. de pupill. ſubſtit. verſ. in primo requiſito*, vbi in hanc ſententiam allegat Iaſon. & Baldum. Porro ſi hoc beneficio filii naturales deſtituti ſint, pater illis ſubſtituere non poterit, *l. Lucius 45. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. Bart. in d. l. moribus, numer. 3. Mich. Graſſ. dict. quæſt. 21.* quamuis Sfort. Odd. *dict. quæſt. 4. num. 2.* diſſentiat. Præterea multa ad propagationem huius axiomatis pertinentia peti poſſunt ex his, quæ ſcripto perſecuti ſumus, *in noſtro tractatu de Vſucap. & præſcript. part. 3. cap. 3 num. 20 & ſeq.* An autem ſi extraneo huiuſmodi ſubſtitutio fiat, illa in cauſam fideicommiſſi conuertatur, vel vulgarem cõtineat, conſuli poterunt Did. Couar. *in cap. Raynutius de teſtamen.* §. *5. num. 15. & numer. 16. Bart. in dicta l. 2. num. 9. Mich. Graſſ. dict. quæſt. 22. & ea quæ inferius numer. 28. perſequemur.*

Secunda † conditio eſt, vt is, cui ſubſtitui- 10
tur, ſit impubes, vnde quæri poteſt, *an ad præcidendam hanc poteſtatem, vel ad exſtinguẽdam ſubſtitutionem hoc modo factam, ſufficiat, quod quis vltimum diem attigerit, vt in l. qua ætate, ff. qui teſtam. fac. poſ. an vero neceſſarium eſſe ſtatuamus, quod pubertatem plane exceſſerint.* Et Balduin. quidem *in* §. *liberis, Inſt. de pup. ſubſtit.* quem legit cum aliquot §. *ſeqq. numer. 13.* Vigli. *in* §. *maſculo, nu. 1. eod. tit. Ang ibid. n. 1.* argumen. eius textus. Item Pet. Ricciard. *in eod. tit. de vulg. ſubſtit. nu. 69.* pronuntiant † ſa- 11
tis non eſſe, quod vltimus anni decimi quarti dies illuxerit, ſed etiam neceſſariũ eſſe, vt præterierit, mihi tamen religio eſt, recedere ab opinione Bartoli *l. in pupillari 14. eod. tit. num. 4.* quam etiam receptiorem eſſe profitetur Eman. Soares *in addit. ad Gomez. de pup. ſubſt. tom. 1. ca. 4.* & quã deniq; defendit Paul. Leon. *in tract. de pup. ſubſt. nu. 259. Zaſ. de pup. ſubſtit. verſ. ſecundum eſt requiſitum. Emanuel a Coſta in cap. ſi pater, de teſta. in 6. part. 2. in verb. defunctus, num. 2.* Nec obſtare puto §. *maſculo*, cuius mentio eſt facta, quæ declarat, quod ſi hoc tempus exceſſerit, ſubſtitutio euaneſcat. Satis enim exceſſiſſe videntur, quod vltimum diem attigerint *dict. l. qua ætate*, cum generi per ſpeciem derogetur, & id potiſſimum ſit, quod ad ſpeciem dirigitur *leg. in toto, 80. ff. de regul. iur. lege non eſt nouum, ff. de legibus.* Accedit quod cum ratio ipſa legem circumſcribat, *lege adigere*, §. *quamuis, ff. de iur. patron. lege ita depoſitioni, ff. de adminiſtrat. & pericul. tutor.* & ratio pupillaris ſubſtitutionis inducendæ fuerit, quod pupillus teſtamentum ſibi facere non poſſet, *leg. moribus, ff. de vulg. & pupillar. ſubſtitut.* ceſſante hac ratione, *dicta lege qua ætate*, ceſſare quoque debeat diſpoſitio *leg. in omni, ff. de adopt.* Inde illa quæſtio naſcitur, *an † ſi l. municipali* 12
minor viginti quinque annis prohibitus ſit teſtamentum facere, pater ipſi vſque ad illam ætatem pupilla-

Digitized by Google

pupillariter ſubſtituere poſſit? Et quamuis Bald. Item Salyc. ab Iaſone relati *d.l.2.num.18. Raphael Cumanus ibid.num.7. Alciat.num.16. Rip. num.18. Sfort. Odd. de pupill.ſubſtit.part.3.q.4. num.3.* aſtruere conentur, quod parenti etiam hic idem permittendū ſit, quod eadem ratio prohibitionis & hic interuenire videatur: tamen mihi proferenda videtur ſententia Bartoli *d.l.2.num.5 ff.de vulg.& pupil.ſubſtit.* quam ibidem etiam amplectuntur, Caſtrenſ.*num.2.* Alexand.*num.14.* Barthol. Socin.*num.6.* Franc. Aretin.*num.7.* Iaſon *num.18.* Zaſ.*num.26.* quam etiam communem dicit eſſe, Ripa *num.17.* Polit.*tit.de pupill.ſubſtit. num.24.* Eandem quoque probat, & receptam profitetur Ant.Gomez.*ſuarum reſolut. tom.1.c.4.num.5.* Ferd. Vaſq.*de ſucceſſ.progreſſ. §.14.num.38.* Michael Graſſ. *in verb.ſubſtitutio, q.22.* quod ſcil. pater ſubſtituendi facultatem non habeat. Mouetur autem Bartolus, quod quamuis hic filius teſtamentum facere nequeat: tamen poſſit procreare liberos, ita, vt tali ſubſtitutione opus non ſit, *argum. l.ex facto 43.ff.de vulg & pupill.ſubſtit.* Ceterum hanc Bartoli conſiderationem, reliqui pro maiori parte damnant, quod etiam pupillus proles ſuſcipere poſſit, ſecundum memorabile exemplum, de quo mentionem fecimus *in l.ſi frater, ſupr. qui teſtam. fac.poſſ.* Vnde idem Aretinus & Alexander putant, hanc opinionem ex eo aſſerendam, quod de tempore ad tempus non poſſit fieri prorogatio, *l.ſi ita quis 21.ff.de vulg. & pupill. ſubſtit.* Sed hæc obſeruatio mihi multo languidior eſſe videtur, quod nō prohibeat talem prorogationem fieri auctoritate legis, ſi vera ſententia illorum eſt, qui putant, pubertatem viginti quinque annis lege municipali definiri poſſe, & tunc ſubſtitutionem locum habere.

13 In hac cōtrouerſia præuertēda † illa quæ-
ſtio eſſet, *an lege municipali ſanciri poſſit, quod*
quis vſque ad eam ætatem teſtamentum facere ne-
14 *queat.* Etenim Polit. † *tit.de pupill.ſubſt.* Item Zaſ.*ibid. circa primum requiſitum*, Paul.Caſtr. *l.ex facto, ff.de vulg. & pupill.ſubſtit. n.6.* negāt huiuſmodi ſtatutū valere, quo homini ſanæ mentis teſtandi facultas auferatur, *l.ex facto, 43 ff eod.tit.* Accedunt multæ conſiderationes, quas perſequimur *in l pactum 15. ſupr.de pactis.* Arbitrarer tamen cōmunem ſententiam defendi poſſe; quod teſtādi facultas nō omnino amputetur, ſed ex probabili cōſideratione, ꝙ quis ante annū 25. ad maturitatē iudicii peruenire nō ſoleat, *l.1.ff.de minorib. in integ.reſt.§.apparet,* ad tempus ſuſtineatur, quemadmodum etiam viduitatis conditio nemini in perpetuum indici poteſt, non tamen prohibet illud ad tempus fieri, *l.ſed ſi hoc ſpecialiter 62.§.fin ff.de cond.& demonſt.* Idcirco admiſſa hac ipſa ſententia videamus, an dilui poſſint argumenta, quæ pro ſententia Baldi, & Cumani, & aliorum adferuntur.

Primo, quod id ſuadeat ratio legis, de qua quæſtione diſſeruimus *in auth. quas actiones, ſup.de ſacroſ.eccleſ.c.8.n.18.*

Deinde quod recepta apud noſtros Interpretes ſit illa regula, etiam correctoriam legem, nedum illam, quæ ius ſingulare contineat, recipere illam interpretationem, quā paſſiuam vocant, *l 2.ff.de legat.1.c.multis, de ætat.& qualitat.ordinand.c.moriamur, de ſeru.nō ordinand. Nic.Euerh. in loco a ratione legis arga, num.39.* Tertio, quod *l.qui neque, §.1.ff.de rebus eorum, qui ſub tutela ſunt,* caueatur, quod ea, quæ iure peculiari recepta ſunt in perſona impuberis, etiam locum habeant in minore 25. annis,

Vt itaque primo † fundamento ſatisfacia- 15
mus, concedimus rationem regulariter illud poſſe, quæ ſola in cōſideratione verſetur. Sed hic multa alia adminicula, quæ illud expreſſerint, interueniſſe. Primo, quod minor matrimoniū cōtrahere, & proles ſuſcipere poſſit, quo caſu ceſſet cauſſa ſubſtitutionis. Neq; ad rem pertinet, ꝙ nonnunquā etiā pupillus, aut impubes proles procreet, id enim rarius accidere ſolet, de quibus iura noſtra laborare nō conſueuerint, *l.ad ea, ff.de legib.* Et ſane etiā illo caſu ſubſtitutio infringeretur, *arg.l.ex facto 43.h.t.* adeo vt Aretin.& reliqui, Bartoli rationem temere ſuggillaſſe videantur. Præterea edocemur ex §.*ſi quis ita formidoloſus, Inſt.de pupill.ſubſt.* conſilia ſubſtitutionis eo pertinere, vt præſtēt impuberibus, ab inſidiis illorū, qui hereditatem tanquā proximi affectarēt. Certum aūt eſt, ꝙ is, qui hāc ætatem exceſſit, facilius ſe munire poſſit aduerſus huiuſmodi periculū, quam impubes, *l.1.ff.vbi pupill.educ.debeat, §.1.* Primo, ꝙ maturioris ſit cōſilii & iudicii, deinde, ꝙ matrimonio cōtracto liberos ſuſcitare poſſit, & ita ſpē illorū & conatus eludere, deinde, ꝙ in illius arbitrio ſit, etiā alio migrare, vbi huiuſmodi ſtatuta locū non habeant. Præterea *l.ex facto 43.* euidens argumentum præbere poteſt, huic interpretationi locum non eſſe, quod parens mutis & ſurdis, vel dementibus filiis ſuis ante conſtitutionem Iuſtiniani *l.humanitatis hoc noſtr.tit.* ſubſtituere non potuerit.

Mouet deinde & generalis conſideratio, q. in his, quæ recedunt a regulis iuris, extenſioni locus non ſit, *l. ſi vero, §. de viro, ff. ſolut. matrimon.* Huc pertinet, quod talis filius, qui teſtari prohibitus eſt, nō videatur impediri, quo minus mortis cauſſa donet, maxime in pios vſus, *argum. l. tam is, §. 1. ff. de mort. cauſſ. donat. Item cap. relatum, extr. de teſtam.*

Quibus cognitis, non eſt, quod multum conflictemur, cum ſecundo argumento, cum negari poſſit, hic interpretationem paſſiuam locū habere, vt facile apparere poteſt, ſi quid ſit interpretatio paſſiua ſecundū eoſdem doctores, excutiamus. Nec mouet ſcrupulus tertio loco illatus. A pupillis enim
16 ad minores † recte argumentamur, cum eadem ratio eſt, vt in alienatione rerum ſuarum, quæ regulariter illis conceſſa non eſt. Diuerſa cauſſa eſt præſentis quæſtionis, vbi vrgent omnes illæ rationes, quas perſecuti ſumus.

Hæc cum ita ſeſe habeant, tamen doctores noſtri, *vt Alexand. num. 14. Iaſon numer. 18. Ferdinand. Vaſq. de ſucceſſ. progreſſ. §. 14. numer. 56. Coraſ. hac noſt. l. ſi teſtamento, num. 6. Michael Graſ. d. quæſt. 22. num. 4.* præcedentem tradi-
17 tionem † eo caſu moderantur, quo pubertas lege municipali viginti, aut viginti quinque annis definita eſſet. Quod ſcilicet, cum deſcriptio annorum ſit iuris poſitiui, *Inſtit. quibus mod. tutel. finiat. in princ.* contraria lege aliter determinari poſſit, *Inſtit. de iure natural. gent. & ciuil. §. fin.* Sed hæc doctrina diſplicet Polito *tit. de pupill. ſubſtit. Item Barthol. Socin. d. l. 2. num. 6. Marian. Socin. num. 8.* Et ſane mihi ſatis periculoſa videtur, quod abſurdum intelligatur, ea, quæ ſunt iuris naturalis, per dubiam legis municipalis conſtitutionem velle infirmare, *d. §. fin.* Neque ad rem pertinet, quod de iure ciuili dici poſſit, dum certa pubertatis tempora deſignat: reſpondeo enim, iuris ciuilis definitionem probabilem videri, quod circa illud tempus plerumque pubeſcere ſoleant, quod profecto dici non poteſt de his, qui vigeſimum annum iam egreſſi ſunt, cum etiam in fauorabilibus plena pubertas octodecim annis definiri ſoleat, *l. Mela 14. ff. de alim. legat.* Deinde ponderandum eſt, quod conſilium ſtatuti eo non videatur pertinere, vt teſtamenti factionem alicui eripiat per huiuſmodi definitionem, quod ſatis durum videatur, vt antea admonui, *l. ex facto 43. ff. hoc tit.* & propterea non facile præſumendum ſit, ſed potius vt tutelæ tempora propagentur, & vitentur illa incommoda, quæ ex mutatione adminiſtratoris plerumq; naſci ſolent, quod videntur etiam perpendiſſe vterque Socinus. Accedit, quod & illa abſurditas hanc interpretationem conſecutura ſit, vt eadem ratione dicamus, minoribus viginti quinq; annis interdictum matrimonio, *argum. eorum quæ ſcripta ſunt, Inſt. de nupt. in princ.* quod profecto nemo ſanæ mentis facile dixerit. Porro ſi lege municipali diſerte cautum eſſet, minorem viginti quinque annis teſtari non poſſe, quid tūc probandum exiſtimem, ſupra aperui.

His expoſitis, diſpiciemus, quæ † difficul- 18
tates ſeſe offerant, circa tertiam conditionē, quod filius debeat eſſe in poteſtate. Initio enim incidimus in illum ſcrupulum, q. ſi iura poſtrema ſpectare velimus, hæc conditio ſuperuacanea ſit, cum differentia emancipationis, & patriæ poteſtatis videatur eſſe ſublata *per Nouell. 118. de heredit. quæ ab inteſt. deferunt. §. nullam.* Deinde, quod etiam ſecundum iura Digeſtorum videatur mater, quæ filium in poteſtate non habet, pupillariter poſſe ſubſtituere, *l. ſi mater 33. ff. hoc titul.* Tertio, quod *l. humanitatis h. t.* comprehendatur, etiam matrem poſſe ad exemplū ſub-
ſtituere filiis dementibus. His † tamen dubi- 19
tandi cauſſis ſubmotis, contrarium definiūt Bart. *in d. l. 2. num. 6. Caſt. num. 2. Aretin. num. 7. Barth. Socin. num. 7. Iaſon num. 19. Marian. Socin. num. 41. Zaſius num. 27. Alciat. num. 19. Raphael Cuman. num. 6. Ioan. ab Imol. num. 5. Salyc. hic num. 5. Coraſ. num. 25. Ferdin. Vaſq. de ſucceſſ. progreſſ. §. 14. num. 81. Sfortia Odd. de ſubſtit. pupill. part. 3. q. 4. num. 4. Petr. Ricciard. ad rubric. de vulg. ſubſtit. num. 69. Vigl. Inſtit. de pupill. ſubſtit. in princ. num. 5. & ibidem Mynſing. num. 4. Roland. in tractat. de vltim. volunt. tit. 24. num. 17. Anton. Fumeus de pupill. ſubſtit. num. 36. Anton. Gomez. var. reſol. tom. 1. c. 4. num. 2. & 6. Didac. de Spin. tit. de pupill. ſubſtit. num. 7. Michael Graſ. in verb. ſubſtitutio, q. 23.* Nec mutant argumenta, quæ dubitandi cauſſa propoſita ſunt. Differentia enim emancipationis, & ſuorum filiorum ſublata non eſt, niſi quoad de ſucceſſione liberorum ab inteſtato tractetur, *d. §. nullam, & auth. in ſucceſſione, infr. de ſuis & legit.* adeo, vt talis deciſio huc transferri nequeat, in quo Bartol. ait, omnes docto-
res conſentire. Nō mouet † deinde *l. ſi mater,* 20
ff. hoc tit. Etenim ex contextu eiuſdem legis facile percipimus, matrem non pupillariter, ſed vulgariter ſubſtituiſſe. Neq; ad rem pertinet, q. Iuriſcōſultus de pupillaribus tabulis mentio-

Digitized by Google

mentionem faciat, propterea enim ita vocantur, quod ſubſtitutio collata ſit, in caſum morietis impuberis, *vt Cuiacius ibidem obſeruauit*, & quod etiam, vt perpendit Duarenus *in explicat. huius tit. cap. 14.* quam proxime ad pupillarem ſubſtitutionem accedat, adeo, vt hæc mater illam videatur feciſſe ex cautela, & conſilio Iuriſperitorum, cuiuſmodi cautelam etiam deprehendere licet, *in l. cum ex filio 39. eodem titul.*. Sed deliberationis eſt, *an cum mater filium amplius præterire non poſſit, ſed iure Inſtitutionis ipſi legitimam relinquere cogatur, Nouell. 115. §. aliud autem capitulum, verſic. ceterum, diſpoſitio eius legis emẽdata ſit.* Non eſſe tradiderunt Bartol. *in l. cum ex filio, in princip.* Roder. Soarez *in l. quoniam, limitat. 1. ſupr. de inoffícioſ. teſtam.* Ferdinandus Vaſq. *de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 14. numer. 33.* vbi hanc opinionem & veram, & communem dicit, quod mater non notæ cauſſa, ſed vt filio conſuleret, id feciſſe videtur, *l. filius matrem, & l. multi, ſupr. de inoffic. teſtam.* Et hæc opinio dubitationem non habet, ſi ſaltem legitimam portionem iure inſtitutionis reliquerit, *Doctores relati ab Emanuele Coſta in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, part. 1. numero 65.* Quid cauſſæ ſit, quod mater ad exemplum ſubſtituere poſſit, & non pupillariter, inquiremus *in l. humanitatis, hoc t.*

21 His ita definitis † exſiſtit intricatiſſima quæſtio, *an ſufficiat, quod quis ſaltem tempore mortis ſit in poteſtate teſtantis, quamuis eo tempore, quo teſtamentum condebatur, non*

22 *fuerit.* Et quidem † Bartol. *d. l. 2. num. 8. Caſtr. ibidem numer. 3. Baldus in § ſed ſi extraneum, eadem l. num. 1. Iaſon num. 13. Ioan. ab Imol numero 4. Aretin. num. 5. Alciat. num. 32.* vbi ait, hanc Bartoli opinionem receptiorem eſſe. Barth. Socin. *num. 7.* Salycet. *hic num. 6.* hoc defendere conantur. Et hanc opinionem magis communem eſſe tradit Marian. Socin. *num. 46.* idemque agnoſcit Zaſius *numero 30.* Anton. Fumeus *de pupill. ſubſtitut. num. 44.* item Didac. Couarr. *in cap. Raynutius, §. 5. numer. 2.* Ferdinand. Vaſquius *de progreſſ. ſucceſſ. lib. 2. §. 14. num. 58. & num. 62.* Ripa *in d. l. 2. numer. 25.* Sfortia Oddus *de pupill. ſubſtit. part. 3. q. 4. n.* Emanuel Coſta *in cap. ſi pater, de teſtam. in 6. part. 1. in verb. habens, num. 6.* Michael Graſſus *in verb. ſubſtitutio, quæſt. 23.* Pronuntiant enim ſatis eſſe, quod quis poſt teſtamentum in poteſtatem teſtantis redigatur, adducti argumentis, quæ ſubnecto. Primo, quod *l. moribus, ff. hoc tit.* in fine principii id diſerte caueri videatur, in verba ſequentia: *Sed ſi extraneum quis impuberem heredem ſcripſerit, poterit ei ſubſtituere, ſi modo eum in locũ nepotis adoptauerit, vel arrogauerit, filio præcedente.* Secundo adducitur *l. coheredi 41. §. cum filio*, qui ita conceptus eſt: *Cum filio vel nepoti, qui locum filii tenuit, aut poſt teſtamentum cœpit tenere, ſubſtituit parens, ſi quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia.*

Tertio conſiderari poteſt ratio, quod in conditionalibus diſpoſitionibus regula Catoniana non conſideretur *l. 1. ff. de reg. Caton.* accedit *l. in tempus, ff. hered. inſtit.*

Quarto Bartolus, & qui ipſi ſubſcribunt, magnam vim cõſtituunt in illa cõſideratione, quod qualitas vna in aliam qualitatẽ facile mutetur, *l. 3. §. pen. ff. de hered. inſtit.* Sed hic qualitatem, id eſt, vulgarem ſubſtitutionem, quæ ab initio fuerit, verti in pupillarẽ, ſuperueniente patria poteſtate.

Quinto, quod etiã poſthumis ſubſtituere poſſimus, *l. 2. eod. tit.* cum tamen illi in poteſtate non ſint

Contrariã † opinionẽ, q. ſcilicet hæc conditio vtroq; tẽpore requiratur, defendũt Rapha. Cuman. *num. 5. & 9.* Iaſ. *num. 17.* Zaſius *num. 30.* Angel. Aret. *Inſtit. de pupill. ſubſtit. in prin.* Vigl. *ibid. n. 7.* Zaſ. *in tract. de ſubſt. tit. de pupillar ſubſtit. in 3. requiſito*, Polit. *de ſubſt. pup. n. 21.* Step. Forcat. *in ſuo neotiom. dial. 18.* quos refert & ſequit̃ Did. Couar. *in d. c. Raynutius, §. 5. n. 3.* quibus adiicio Marian. Soc. *in d. l. 2. n. 47. & 55.* Coraſ. *in hac noſt. l. n. 30.* Donel. *nu. 5.* Franc. Duaren. *in explicat. h tit. c. 14.* 23

Argumenta, quibus hæc ſententia defendi poſſe videatur, ſubiicio. Primo *l. ſi alienum, §. in extraneis, ff. de hered. inſt.* quod cum tractatur, an heres capax ſit, & teſtamenti factio locum habeat, tria tempora conſiderentur, maxime teſtamenti.

Secundo vrget regula iuris, quæ ab initio non valent, nec tractu temporis cõualeſcere poſſe, *l. quæ ab initio, ff. de reg. iur. & §. ſeruo proprio, Inſtit. de legat.*

Tertio, quod patria poteſtas, vt quidam argumentãtur, in pupillari ſubſtitutione pro forma requiratur, *l. moribus, ff. hoc tit.* Porro formæ ſolemnitatem interuenire debere eo tempore, quo teſtamentum conditur, *l. heredes palam, §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.*

Quarto Marian. Socin ita inſtat, qualitas adiecta verbo debet intelligi ſecundum tempus verbi, *l. in delictis, § ſi extraneus, ff. de noxalib. actionib.* Sed qualitas illa patriæ poteſtatis, dum in iure requiritur, adiicitur verbo *ſubſtituere, vt d. l. moribus, in princip. & Inſt.*

Digitized by Google

eod. in prin. Ergo ait, debet interuenire, & verificari tempore factæ ſubſtitutionis.

Quinto hanc aſſertionem commendare videtur *l. coheredi 41. §. cum filius, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* pro parte contraria allegata, in verba ſequentia: *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, &c.* cum dictio *quoque*, tempus teſtamenti vi ſua implicet, & requirat, *vt docet Nicol. Euerhard. in loco a mutua dictione implicat.*

Sexto, quod ex *d. l. moribus, eod. tit. in princ.* intelligamus, quod emancipatis non poſſimus ſubſtituere, quaſi innuere velit, quod ne quidem ſub conditione illud facere poſſimus.

Septimo, quod principium cuiuſque rei potiſſima pars cenſeatur, *l. 1. ff. de orig. iur.*

Octauo, quod confirmatio non ſuo tempore, in actu legitimo facta, nullius momenti cenſeatur, *l. bonorum, ff. de ratihab. & rem ratam hab. l. 1. ff. qui appel. poſſ.*

In hac opinionum conflictatione ſtatuo; vltimam ſententiam præferendam eſſe, ex cauſſis & argumentis, quæ perſecutus ſum. Nec puto nos multum laborare debere, de fundamentis, quæ a diuerſa parte iacta vide-
24 mus. Etenim † difficultas *d. l. 2. §. ſed ſi extraneum*, duplici interpretatione expediri poterit. Primo, ſi quod lex etiam præ ſe fert, illum intelligamus de deliberatione teſtari, & ſubſtituere extraneo pupillariter volentis, vt ſcilicet interpoſita adoptione, id cum effectu facere poſſit: item, quod nihil prohibeat, paternum teſtamentum eo tempore cōſcriptū eſſe, quo adhuc extraneus eſſet, ſed impuberi ex interuallo, & iam adoptione ſubſecuta, quod poteſt, *l. ſi quis ea 16 ff. eo. tit.* Pari
25 ratione facile depellemus, quod *a l.* † *coheredi 41. §. cum filia, ff. hoc tit.* periculi eſt, quod loquatur de illo nepote, qui in poteſtate erat, qui ex filio procreatus, poſt mortem parentis locum filii, in cauſſa ſucceſſionis cœpit tenere, *l. poſthumorum, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* quæ res ſane noſtræ definitioni non repugnat, cum nedum filii, ſed etiam nepotes in noſtra poteſtate eſſe poſſint, *l. nam ciuium 4. ff. de his qui ſui vel alie. iur. ſunt*, quamuis nepotes nō ſtatim iura ſuorum heredum nanciſcantur, ſed tum demum, cum parens morte, vel alia ratione ſuorū loco eſſe deſierit. Accedit, quod finis *d. §.* plane cōtrariam interpretationem refellat, cum dictio *quoque*, vtrumq; tempus deſignet, *vt dictum eſt.* Scrupulum tertio loco motum ſubmouebimus, ſi ſeparemus cauſſas conditionis † voluntariæ a conditionibus neceſſariis, 26
de quibus intelligi debet *d. l. in tempus*, vt ſcilicet in conditionibus voluntariis Catonianam definitionem æque, vt in puris legatis, aut inſtitutionibus procedere dicamus. Idq; coarguit *d. l. ſi alienum, §. in extraneis: item l. 6. §. ſolemnis, eod. tit. §. in extraneis, Inſtit. de hered. qualit. & differen. in verbo, ſiue pure, ſiue ſub conditione: item in verb. hoc amplius.* Item in ratione ſui, dum tria tēpora definit. Ratio diuerſitatis illa conſiderari poteſt, quod conditionem ex neceſſitate adiicienti magis faueatur, quam ſi id ſpontanea voluntate fieret, *l. ſi fideiuſſor, §. qui neceſſarias, ff. qui ſatiſd. cogant.* Quibus expoſitis non erit magnopere conflictandum cum *l. 3. §. penult. ff. de hered. inſtit.* Cōcedimus enim qualitatem, quæ accidentalis eſt; quod quis ſit heres neceſſarius aut voluntarius, facile mutari, non idem autem recipiendum eſſe in illis conditionibus, quæ ſubſtantiales cenſeri debent, hinc etiam fit, vt ſubſtitutione verbis ciuilibus facta, poſt pubertatem exſpiret, nec in cauſſam fideicommiſſi conuertatur, *d. l. verbis 7.* Item *l. in pupillari 14. ff. hoc tit.* † Quod poſthumis ſub- 27
ſtitui poſſit, ratio eſt, quod parens æque de illo ſollicitus eſſe debeat, vt de aliis filiis, etſi in poteſtate parentis non ſit, neque etiam ſcire poſſit, quando poſthumus naſcetur, quod illud pendeat a naturæ viribus, & Dei beneficio, diuerſa cauſſa adoptionis eſt, quam antea interponere poterat, & debebat, *l. placet, ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit.*

Hac quæſtione explicata, excipit alia eaq; infeſtior diſceptatio, quod cum † extraneo 28
impuberi hoc modo ſubſtituere nequeam, an ſaltem ſubſtitutio illam vim habeat, vt valeat eo modo, quo poteſt, & hoc admiſſo referat, an teneat, vt ſubſtitutio vulgaris, an vero vt fideicommiſſaria. Etenim † Bartol. *d. l.* 29
moribus, num. 9. item in l. 1. eodem tit. numer. 57. Alexand. num. 44. Barth. Socin. num. 61. Iacob. Menoch. lib. 4. præſumt. 44. quorum ſententiam communem appellat Emanuel Soarez *in addit. ad Gomez. tom. 1. variarum. reſolut. c. 4.* Item Mich Graſſ. *in verb. ſubſtitutio, quæſt. 21. num. 4.* auctores ſunt, hanc ſubſtitutionem non omnino irritam cenſeri, ſed continere tantum ſubſtitutionem vulgarem, illaque in re ſequentia argumenta expendi poſſunt.

Primo, quod verba directa non facile in precariam, quæ fideicommiſſo conueniat, reſoluantur, ſi teſtamento cōprehenſa ſunt, *l. non codicillum, ſupr. de teſtam.*

Secundo, quod id videatur coarguere *l. verbis*

verbis 7. Item l. in pupillari, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. ex quibus colligimus, ſubſtitutionem impuberi verbis directis factam, quæ pupillarem ætatem excedat, poſt illud tempus iure fideicommiſſi non valere,

Tertio, quod illud etiam inſinuet *§. final. Inſt. de pup. ſubſtit.*

Quarto, quod hanc aſſertionem cõmendet communis doctorum interpretatio *in l. fin. ſup. de her. inſtit. Sempronius Plotii heres eſto,* ſubſtitutionem ita pupillo factam, in directam vulgarem reſolui. Et quamuis ibidem talem expoſitionem non probarim: tamen negari non poteſt, quod cum illa verba præ ſe ferant fideicõmiſſariam ſubſtitutionem: tamen ſolam directam inducant.

Quinto *l. ſi arrogator, §. pen. ff. de adopt.* vnde intelligimus, aliam eſſe cauſſam vulgaris vel pupillaris ſubſtitutionis, aliã fideicõmiſſi; cum illæ vt nullum damnum inferentes, facile admittantur. Hæc autem in perſona filii arrogati propterea reſpuatur, quod fideicommiſſum pupillum oneret, quæ conſideratio & hic interuenit.

Sexto, ꝗ non conſtet de hac teſtantis volũtate, & ſi cõſtaret, ipſi merito obiici queat, voluiſſe eum, quod nõ potuerit, & quod potuerit, id eum temere neglexiſſe, *l. 1. itẽ l. fin. ff. de codicil. l. multũ, ſup. ſi quis ſibi aut alter. l. genero, ſupr. de iur. dotium, l. 1. §. 2. ff. de verb. oblig.*

Septimo, quod verba directa tũc demum ad fideicommiſſi interpretationem transferantur, cum clauſula codicillaris adiecta eſt, & de ſucceſſione liberorum tractatur. Nam in extraneo tam benigna expoſitio locum non habet *l. fin. inf. de codicill.*

Octauo, quod *l. centurio, ff. hoc titul.* id ſatis inſinuare videatur, dum ait, quod priuilegio militum id receptum videatur, vt verba poſt tempus definitum adhuc vim obtineant, ſed hæc lex vtramque ſententiam oppugnare videtur.

30 Contrariæ ſentẽtiæ † auctores, quod hæc verba ad fideicommiſſum proficiant; ſunt gloſſa *in l. in verbis ciuilibus, in dictione voluntatem, & ipſe Bart. n. 6. hoc in perſona matris admittere videtur, & ibid. Bald. n. 7. Caſt. n. 7. Aret. n. 2. verſ. ſed iſta dicta reuerentia, Rapha Cumannus n. 13. Zaſius n. 13. Iaſ. n. 22. Alex. quoque n. 11. Donell. comment. lib. 6. c. 25.* Quam opinionem de iure veriorem tradit Ferdinand. Vaſq. *de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 14. num. 86. Gregor. Lap. l. 5. tit. 5. part. 6. in verbis, en ſie poder,* vbi hanc communem appellat. Hanc quoque receptam vocant Rip. Curt. Iun. & Coraſ. relati à Michaele Graſſ. *in verb. ſubſtitutio, q. 21. nu. 4.* & tandem hãc ſententiam multis argumentis defendere conatur Ant. Gomez. *d. tom. 1. var. reſol. c. 4. n. 6.*

Primo, quod clauſula codicillaris teſtamento adiecta illud poſſit, *l. fin. §. illud, inf. de codic. ſecundum gloſſ. & alios doctores in l. ex ea ſcriptura, ff. qui teſtam. fac. poſſ.* quod cum ita ſe habeat, conſequens quoque videri, vt cum ſubſtitutio ob conditionem perſonæ directe accipi nequeat, ſaltem obliqua ratione per fideicommiſſum accipiatur.

Secundo, quod illud videatur innuere *l. qui filium 74. ff. ad SC. Trebell.* vbi prohibitus; intra certum tempus teſtari, videtur fideicommiſſo obſtringi, vt hereditatem moriendo reſtituat.

Tertio adducunt *l. ex facto 17. eod. tit. Item l. filiusfamilias 114. §. ſi quis heredem, ff. de legat. 1.* vbi ſi quis aliquem rogauerit, vt a ſe deſignatum, filiis coheredem adſcribat, rogatus intelligitur, vt poſt mortem bona ex fideicommiſſo reſtituat.

Quarto, quod quamuis teſtamentum poſterius primum ipſo iure tollat, *§. poſteriore, Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* quod tamen declaratio teſtatoris petentis, vt poſterior heres certis rebus contentus ſit, & prius teſtamentum in ceteris valeat, fideicommiſſi petitionem inducat, *l. ſi quis priore 27. ff. ad SC. Trebellianum.*

Quinto, quod quoties diſpoſitio aliquid vitii ratione materiæ, vel cauſſæ efficientis habet, admittatur interpretatio, vt valeat, quo modo melius valere poſſit, *l. ſi vnus, §. acceptilatio, ff. de pact. l. an inutilis, ff. de acceptilat. l. multum intereſt, ff. de verb. oblig. l. ſi tam anguſti, & l. via, ff. de ſeruit. ruſt. prædior.*

Sexto, ꝗ licet lex loco formæ requirat directam & expreſſam inſtitutionẽ filiorum, *l. Gallus, §. in omnibus, l. inter cetera, ff. de liber. & poſth. hered. inſt.* quod tamen eadem lex propter præſumtam teſtantis voluntatem, illam interceſſiſſe proponat, *l. ſi mater, ff. de inoff. teſtam. l. fin. inf. de poſth. hered. inſtit.*

Septimo, ꝗ licet tacita pupillaris ſubſtitutio ſecundũ eundem non excludat matrem: tamen ſi aliter de tacita illa mente teſtantis appareat, aliud probandum eſſe, *l. 4. §. 2. ff. h. tit. l. in teſtam. ſup. de teſtam. milit.*

Octauo, quod quamuis ſubſtitutus regulariter coniuncto præferatur, *l. vnic. infra de caduc. tollend. §. in primo, & §. pro ſecundo,* quod ille expreſſis verbis teſtantis nitatur, nõ coniunctus, quod tamen propter præſumtam

Digitized by Google

mentem teſtantis aliquando ratio conuertatur, & coniunctus potior ſit, *l. quidam teſtamento, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.*

In propoſito Interpretũ diſſidio animaduerto Io. ab Imol. *l. 1. n. 11. ff. h. t.* Item Socin. *n. 61.* Didac. Couarr. *in c. Raynutius, de teſtam. §. 5. num. 15.* certam conciliationem inſinuare, & vtrumq; effectum coniungere, vt hoc modo vltro & citro contractum certamen componi poſſet. Contendũt enim nihil vetare, ſi impubes ante aditã hereditatem, ab hac luce ſubtrahatur, vulgarem ſubſtitutionem ſubaudiamus: quod ſi vero adita hereditate intra pupillarem ætatem decedat, fideicommiſſi interpretationem inducamus: neque hæc pugnantia eſſe, quod nunquam vterque effectus concurrat.

31 Omnibus ordine † ſubductis, in nulla harum opinionum, ſi legum verum intellectũ potius, quam præiudicatas noſtrorum doctorum ſententias expendere & in conſiliũ adhibere velimus, acquieſcere potui, quod quãuis prima probabilior videretur: tamen argumenta eo collata, infirment quidem ſecundam expoſitionem, non tamen primam cõuenienter aſſerant, aut in tuto collocent. Putarim itaque præferendam interpretationem Viglii *in §. fin. Inſt. de pupill. ſubſtit. num. 7. Weſenb. n. 4. Borchold. ibid. verſ. ſecus eſt in ſubſtitutione, Vulteius in §. liberi, eod. tit. nu. 8. Ant. Gouean. in l. moribus, ff. hoc tit. nu. 14. & 18. Æmil. Ferret. ibid. num. 16. & ſeq. Franc. Duareni ff. in expl. hoc tit. c. 16. Marc. Aquil. in l. centurio, ff. hoc tit. num. 37. Anton. Fab. coniect. lib. 15. c. 12.* quo etiam referri poſſunt illi, qui contendũt, directam ſubſtitutionem a patre vſque ad annos forſitan viginti factam, nullius eſſe momenti, *gloſſ. in §. extraneo, Inſtit. de pupill. ſubſtit. Ioan. ab Imol. in l. centurio, ff. hoc tit. num. 14. Alexand. num. 70. Marc. Aquil. num. 70. Idem Alex. in l. verbis, hoc tit. num. 10. Raph. Cuman. num. 12. Ang. in l. precibus, hoc tit. nu. 11.* ita ſubſtituentem nihil agere, adeo, *vt defendunt idem Viglius, Weſenb. Gouean. & alii relati*, vt verba directa ad fideicommiſſi cauſſam deflecti non debeant, neque etiã quod conſectarium videtur, vulgarem ſubſtitutio-

32 nem inducere poſſint. Principio † enim nullus textus, aut idonea ratio affertur, quæ priorem opinionem fulcire poſſit. Qua ratione enim argumenta primo, ſecundo, & tertio adducta pertinent ad confutationem ſecundæ aſſertionis de fideicommiſſo, eadem ratione, etiam Bartoli traditionem potius infringere, quam confirmare videntur. Quod ſi ad fideicommiſſi interpretationem verba idonea deſiderentur, eodem modo ad vulgarem ſubſtitutionem inducendam, verba conuenientia neceſſaria ſint, *l. 1. ff. hoc tit.* Quod ex *l. 2. ff. eod.* intelligamus, extraneo, vel emancipatis, in ſumma omnibus, qui in poteſtate noſtra non ſint, ſubſtitui pupillariter non poſſe, quæ verba coarguunt, plane nihil tali ſubſtitutione agi, *l. ſi quis Sempronium 38. ff. de hered. inſtit. l. ſi minor, ff. de ſeruis export.* adeo, vt doctrina *l. 4. ff. eodẽ*, quod ſubſtituens in vnum caſum, in alium ſubſtituiſſe intelligatur, huc transferri nequeat: quemadmodum enim ſi vulgaris ſubſtitutio nulla eſſet, pupillarem complecti non poſſit, ita e diuerſo pupillaris vulgarem, cum paria ſint, non eſſe, vel non legitime concepta eſſe *l. ex ea ſcriptura 29. ff. qui teſtam. facere poſſ. l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudicat. l. non putauit, §. non quauis, ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabul. l. Diuus, ff. de teſtam. milit.* Accedit, quod quemadmodum paganus impuberi filio vltra pupillarem ætatem ſubſtituens, pro reliquo tempore nihil agit, *d. l. verbis ciuilibus, Alexander in d. l. centurio, ff. eodem tit. numer. 64. Iaſon num. 26. Rip. num. 69. Marcus Aquilinus num. 55.* vbi hanc ſententiam communiter receptam profitetur, eadem ratione etiam pupillariter illi ſubſtituens, qui in poteſtate ſua non ſit, nihil agere intelligatur, maxime, cum, *vt ſupra dictum eſt*, quod voluerit, non potuerit, & quod potuerit, temere contempſerit, *l. 1. ff. de codicill. l. 1. §. 2. ff. de verbor. obligation.* vt operam luſiſſe, aut ludere voluiſſe videatur, qui in re tam aperta errauerit, *l. error iuris, ff. de iuris & facti ignor. l. conſtitutiones, ſup. eod. tit.* Huc pertinet *l. commodiſſime, ff. de liber. & poſthum. hered. inſt. l. pater Seuerianam, 10. ff. de condit. & demonſtrat.* in quibus inſtitutio, vel ſubſtitutio, quæ ipſo iure valet, ad alium caſum transferri nequit. A qua conſideratione non aliena videtur definitio *l. ſi quis teſtamento 81.* legata aut fideicommiſſa non deberi ab illis, qui tanquã heredes ſcripti, hæc præſtare iuſſi erant, ſi teſtamentum aliquo caſu irritum factum eſſet, & ipſi ab inteſtato ſucceſſiſſent.

Quibus fundamentis iactis non eſt, quod ſollicitet nos *l. fin. ſup. de her. inſt.* Nam ibidem aperte oſtẽdi, illam legem ad pupilli vel impuberis perſonam, prout doctores noſtri diuinando aſſerere ſuſtinuerunt, non pertinere. Et quamuis ex eadem lege recte inferatur, in dubio directam interpretationẽ præferendam: id tamen tunc temporis verum

eſt,

eſt, quando diſpoſitio valet, & verba ad directam & obliquam interpretationē torqueri poſſent, *l. tutores, §. heres, ff. de adminiſtr. & peric. tutor. c. ſi pater, de teſtam. in 6.* Hæc de quarto. Nam quod ad quintum, ſextum, ſeptimũ & octauum argumentum attinet, illa, vt antea admonui, refellere ſecundam atq; contrariam ſententiam de fideicõmiſſo videntur, non autem ſtabilire aſſertionē Bartoli.

33 Conſequens † videtur, vt ordine diluantur argumenta Antonii Gomezii, cauſſam fideicommiſſi aſſerentis.

Principio non eſt, quod multum conflicter, cũ primo & principali eius fundamento, quod clauſula codicillaris teſtamento adiecta, fideicõmiſſi interpretationem conciliet. Illud enim tunc locum habere cõſtituo, quando verba recte eo deflecti poſſunt, & teſtamento ratione ſolemnitatis aliquid deſit, *vt d. l. fin. infr. de codicill.* quod fideicõmiſſi interpretatio ſarcire poſſit. Nam vbi ſubſtitutio plane nulla eſt, haud ſcio, an id clauſula codicillaris poſſit, cum id, quod non ſit, aliquos effectus ꝑducere, aut qualitates habere nequeat, *l. actor, ſupr. de probat. l. Celſus, ff. de vſucap. & vſurpat.* & paria ſint, non eſſe, vel plena voluntate defici, *d. l. ex ea ſcriptura, ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Deinde cum ponamus, huic teſtamẽto, nullam talem clauſulam adiectam eſſe, nõ eſt, quod amplius tendamus.

Porro leges ex facto, *l. ſi quis priore, l. qui filium*, certas & peculiares rationes habent, quare illæ diſpoſitiones ad fideicommiſſi interpretationem transferantur, & certum in eiſdem eſt legibus, quod teſtator heredibus ſuis, tale aut grauius onus imponere voluerit, quod in hac controuerſia dicendũ nõ eſt, quod obſtet conſideratio *l. ſi arrogator, §. pen. ff. de adopt. item l. Publius, §. 1. ff. de condit. & demonſt.* quod teſtator noluerit, ſubſtitutum inſtituto præferre, aut alienandi liberam facultatem adimere, *auth. res quæ, inf. commun. de legat. & fideicommiſſ.* Et quamuis hæc conſideratio vitari poſſit, quod *l. 1. §. ſed nonnullos, ff. de tutel. & ration. diſtrahend. l. qui filium, vbi pup. educ. deb. l. ſi a ſubſtituto, ff. de legat. 1.* intelligamus, quod talia bona ex iuſta cauſſa, & interueniente decreto alienari poſſint: tamen hæc interpretatio ſatis expedita nõ eſt, quod id non facile conceditur, ſi pupillus alia bona habeat, quæ antea alienanda eſſent, quod denique ibidem non deprehendantur verba, directã ſubſtitutionem inducentia, ſed obliqua & precaria, quæ tanquam vnius ſpeciei talem interpretationem facilius admittunt. In directis enim id non obtinere apparet ex *d. l. non codicillum, ſup. de teſtam. d. l. verbis 7. l. in pupillari 14. ff. hoc tit. item §. fin. Inſtit. de pupill. inſtit. l. coheredi, §. cum filio, ff. eodem titul. l. ſi ſeruus 108. §. ſi ſeruus alienus, ff. de legat. 1.* vbi ne libertatis quidem fauor hoc impetrare poteſt. Propius itaque vrget, quod *l. Scæuola. Item l. 2. § final. l. illud, §. 1. ff. de codicill. l. cum quis decedens, §. Seiam, ff. de legat. 3.* edoceamur, talem interpretationem admitti, vt heredes ab inteſtato ex parum apta inſtitutione vel ſubſtitutione obligentur ex cauſſa fideicommiſſi. Sed duplex reſponſio, quod inde difficultatis eſt, expediet, quod verba ibidem ad diſpoſitionem ſatis apta fuerint; ſed ſolemnitas teſtamenti defuerit, quod deniq; teſtator codicillos condendo facile oſtenderit, ſibi propoſitum eſſe, vt rem in fideicommiſſi cauſſam deduceret, quod id proprium quodammodo munus codicillorum eſſe videatur, *l. fin infr. de codicill.*

Quamuis in quinto prætexitur, ſi in materia aliquid ſit vitii, res eo modo toleretur, quo melius poteſt; *l. ſi acceptilationi 19. ff. de acceptilat.* tamen cum Cuiacio *l. 1. §. 2. ff. de verb. oblig.* id negare poſſemus, quod in acceptilationibus peculiaris ratio ſit, quod eas facilius tueamur, quod proniores eſſe debeamus, ad liberandum, quam obligationem conſtituendum, *l. Arriani, ff. de oblig. & action.* Accedit præterea alia obſeruatio, quod illa regula, *Vt valeat eo modo, quo poteſt*, facilius ꝓcedat in contractibus, & ſimilibus diſpoſitionibus, quam vltimis voluntatibus, vt apparet ex *l. 1. ff. de codicill. & l. fin. eod. tit. l. Lucius, ff. depoſiti, l. multum, l. ſi diuortio, l. ſeruus vetante, ff. de verb. oblig.* Præterea notandum eſt, hic nodum peccatum eſſe in materia, ſed etiam in forma, cum non ſit vſus verbis precariis, ſed directis. Item quod voluntas teſtatoris non intelligatur, vt pupillum fideicommiſſo obliget, vt antea intellectum eſt.

Quod ſexto ab eodem Gomezio adfertur *d. l. ſi mater, ſup. de inoff. teſtam.* languidius eſt, quam vt in cauſſam deduci debuerit. Ab his enim, quæ rarius, aut vno caſu eueniunt, argumentũ ſumi non debet, *l. ad ea, ff. de legib.* maxime cum ibidem, nedum probabiles, ſed etiam violentæ coniecturæ de voluntate matris, talem deciſionem extorſerint, quæ in præſenti caſu nõ interueniunt; cum ſi voluiſſet, teſtator verba fideicommiſſi adſcribere potuerit, quod cum non fecerit, nõ etiam intelligitur voluiſſe, *cap. ad audientiam, de*

Digitized by Google

decimis, l. vnic. infr. de caduc. tollend. §. vbi autem, circa finem. An autem caſus ſubſtitutionis ad alium recte traducatur, excutiemus *in l. Gallus, §. & qui tantum, ff. de liber. & poſth. hered. inſtit.*

Quæ de tacita ſubſtitutione, quod matrem non excludat, commemorantur, fundamento ſatis infirmo nituntur, *vt oſtendimus l. fin. ſupr. de inſtitution. & ſubſtitut.* Quod autem, quando verba aliquid ambiguitatis habent, probabiles coniecturæ voluntatis, multum poſſint, nos libenter agnoſcimus. Sed hic certa ſunt, vbi interpretatio locum habere non ſolet, *l. 4. ff. de legib. l. Labeo, ff. de ſuppel. legat. l. ſi alii, de vſufruct. legat.* & tales coniecturæ non intercedunt.

Quid momenti vltimum argumentum facere poſſit, non intelligo, ſed ſi reſponſione indigeat, exiſtimamus, nõ quaſuis voluntatis coniecturas ſufficere, ſed iure probatas, quæ hic non ſunt: maxime, cum apertam iuris definitionem *d. l. moribus*, oppugnent, & nemo facere poſſit, ne leges in ſuo teſtamẽto locum habeant, *l. teſtandi, ſup. de teſtament. Item l. nemo poteſt, ff. de legat. 1.*

34 Quibus ita definitis, facile colligimus, † conciliationem Ioan. ab Imol. locũ non habere, cum hæc declaratio maiorẽ vim, tam vitioſæ ſubſtitutioni adſcribat, quã vera ſubſtitutio pupillaris, & in perſonis, quibus iure poterat facti habeat. Accedit quod Bart. & alii Interpretes, qui ipſi ſubſcripſerunt, aperte negent, fideicõmiſſo locum eſſe, adeo, vt illud non ſit conciliare, ſed ſententiam illorum plane ſubuertere. Concluſio itaq; mea eo redit, quod nullam interpretationem ex tribus procedere exiſtimem: & ſi ex his vna eligenda eſſet, ſtatuam, Bartoli opinionem eſſe tolerabiliorem, cum ſi ſubſtitutio valuiſſet, vulgarem coniunctam habuiſſet, *l. 4. ff. hoc titul.* non quidem, quod verba hoc præ ſe ferrent, ſed quod illud conſentaneũ eſſet voluntati teſtãtis, quæ & hic interuenire videatur, vnde vitiato expreſſo, tacitum, quod eſt æque principale, labefactari non videtur, *l. ſi cui 43. §. fideiuſſor, ff. de legat. 1.* In eadem ſententia nonnulli alii recenſeri poſſunt, pro vltima parte allegati, qui nominatim de fideicommiſſo duntaxat locuti ſunt.

Hæc de tertia conditione ſuffecerint. Quartum autem requiſitum, quod huic cohęret, eo potiſſimum pertinet, ne ſubſtitutio
35 ex poſtfacto † exſtinguatur, ne incidãt in poteſtatem parentis, *l. 2. §. nepotibus, ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Etenĩ ſi auus nepoti ſubſtituiſſet, quem filius præcederet mortuo auo, nepos in poteſtatem parentis ſuperſtitis recideret, *l. 4. ff. de his qui ſui vel al. iur. ſunt,* & per conſequens ſubſtitutio euaneſceret, *d. §. nepotibus, Bart. d. l. 2. n. 12. Alex. n. 19. Soc. n. 8. Iaſ. n. 20. Marian. Soc. n. 59. Zaſ. n. 39. Alex. n. 34. Rip. num. 29. Sfort. Odd. de pup. ſubſt. part. 3. q. 4. nu. 5. Gouean. n. 14. Petr. Ricciard. in tit. de vulg ſubſt. num. 70. Mich Graſſ. in verb. ſubſtitutio, q. 23. nu. 8.* Obſeruandum tamen eſt, quod hoc † requiſitũ 36
oppugnet Fran. Aret. *d. l. 2. num. 7. verſic. ſed circa dubium, Ferd. Vaſq. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 2. §. 14. num. 96. in fin. & ſeq.* Etenim talem ſubſtitutionem ex ea cauſſa non perimi, ſi tractetur de facultatibus, quæ ab auo profectæ ſunt, defendit Aretin. aut illis, quæ talis filius vt caſtrenſia, vel quaſi caſtrẽſia habuit, *ſecundum l. fin. ſup de teſtam. milit. item l. cum multa, inf. de bon. quæ liber. auctor Vaſq. eſt.* Enmiuero *d. l. 2. §. nepotibus*, vnde hæc doctrina depromeretur, diſerte comprehenſum eſſe, ꝙ poſſint illis ſubſtituere, quamuis in poteſtatẽ parentũ recaſuri eſſent, modo filios præcedentes inſtituiſſent, vel exheredaſſent. Verba §. ita ſe habẽt: *Nepotibus etiam poſſumus, & deinceps, qui nõ ſint recaſuri in patris poteſtatem. Sed ſi eos patres præcedant, ita demum eis ſubſtitui poteſt, ſi heredes inſtituti ſint, vel exheredati.* Hanc expoſitionẽ præterea confirmari eadem lege, §. *ceterum*, qui ita cõceptus eſt: *Ceterum ſi extraneũ quis impuberẽ heredem ſcripſerit, poteſt ei ſubſtituere, ſi modo eũ in locũ nepotis adoptauerit, vel arrogauerit filio præcedẽte.* Hæc enim duo loca eo pertinere, ꝙ his nepotib. cũ effectu, & citra periculũ, quod exſtingi ex poſt facto queat, ſubſtitui poſſit, modo filii inſtituti vel exheredati ſint: idq; etiã defendi poſſe ex doctrina Baldi, *in l. ſi arrogator, ff. de adopt.* quod ſi lege municipali cautũ ſit, quod mater filios etiam in poteſtate habeat, quod illa ſubſtituere filio pupillariter poterit in bonis a ſe profectis, in ceteris parens legitimus & naturalis, *l. miles ita, §. exheredato, ff. de teſtament. militar.* Quinto a ratione ceſſante, quod parenti hoc modo nulla iniuria inferatur.

Hęc animaduerſio in † receptã ſententiã 37
mihi ex eo ꝓbari nõ potuit, ꝙ obſtet primo definitio generalis, ius noſtrũ nõ pati, vt quis pro parte teſtatus & inteſtatus decedat, *l. ius noſtrũ, ff. de reg. iu.* Deinde, ꝙ hoc nominatim etiã in ſubſtitutione pupillari cautũ ſit *l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos, ff. h. t.* Tertio, ꝙ illud militib. ſit cõceſſum ex priuilegio *d. § ad ſubſtitutos, item l. cum filiusfamilias 28 ff. de teſtam. milit.*

*milit.d.l.miles ita 41.§.miles & emancipato, alias
incipit exheredato.*

Non mouent, quæ in contrarium addu-
cta ſunt. Lex enim, *moribus*, §. *nepotibus*, eo
caſu exaudienda eſt, quo filii ante mortem
parentis ſuorum loco eſſe deſiiſſent, quod
ibidem omiſſum ſuppleri poteſt, *ex l. Gal-
lus, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* & aliis
legibus a nobis allegatis. Porro, conſilium vt
illi inſtituerentur, vel exheredarentur, eo
pertinere videtur, vt teſtamentum paternũ
ſubſiſtere poſſit, *d.l.Gallus, §.in omnibus.* Cer-
tum enim eſt, quod ſi id omiſſum fuiſſet, &
filius viuo patre deceſſiſſet, quod teſtamen-
tum ex eo non conualeſcat, *l.7.ff.de liber.&
poſthum.hered.inſtit.* Eadem conſideratio de-
pellet, quod a §.*ceterum, d l.2.* diſcriminis eſſe
poteſt. Nam & hic eadem ſubaudienda ſunt:
Porro quod ibidem exigitur, vt filius præce-
dat, id ad confirmationem adoptionis, quæ
alias hoc modo intercedere non poſſet, per-
tinet, *l.cum nepos 6.l.quod ſi nepotem 10.l.ſi pa-
terfamilias, §. 1. ff. de adoption.* Quibus ita
conſtitutis, non eſt, quod nos de curſu de-
fenſionis inſtitutæ excutiat traditio Bal-
di. Nam illam cum circumſtantiis, quæ pro-
ponuntur, veram eſſe non puto, quod duo
vnum in poteſtate, idque in ſolidum habe-
re nequeant, *argum.l.5.§.final.l.3.§.ex con-
trario, ff.de acquiren. vel amitt.poſſeſſ.* quod lex
municipalis intelligenda videatur, ſi parens
ſuperſtes non ſit, quo ipſo caſu adhuc ſatis
controuerſum eſt, an mulier hanc poteſta-
tem exercere poſſit, vt videre licet apud
Graſſ. *queſt.23.num.4.* in dictione, *ſubſtitutio,*
item *l.humanitatis, hoc titul.* vbi de illa re diſ-
ſerimus.

38 Quinta conditio, † quæ requiritur, eſt,
quod non deſierit eſſe in poteſtate *l.cohere-
di 41.§.cum filia, ff. de vulg. & pupill.ſubſt. l.nec
ei, §.eorum, ff. de adopt. vt concludunt Bart. d.l.
2.num.14. Alexand. num.21. Zaſius num.38. Iaſ.
num.21. Rip. num.27. Socin.Iun.num.65. Petrus
Ricciard. Inſtit.de vulg.ſubſtit.num.70. Odd.in
in tit. de pupill.ſubſtitut. part. 3. queſt.4. Ferdi-
nand. Vaſquius d.§.14. num.105.* Sed hoc re-
quiſitum tanquam ſuperfluum repudiant *d.
l.2.* Raph.Cuman.*num.5.* Aretin.*num.7.* Bar-
thol.Socin.*nu.8.* Etenim ſi neceſſarium eſt,
vt tempore mortis ſit in poteſtate morien-
tis, & ita ſui iuris reddatur, vt voluit idem Bar-
tolus, cõſequenter hæc conditio, in illa prio-
ri continetur.

Pro explicatione motæ controuerſiæ di-
rimenda quæſtio videtur, *an ſi filius medio
† tempore emanciparetur, & ante mortem adopta- 39
retur*, quod licet, *l.filio quem, ff.de liber. & poſt-
hum.hered.inſtit.item l.qui liberatus 12.ff.de ad-
opt.* ſubſtitutio confirmari videatur. Hanc † 40
quæſtionem Bartolus *in l.ſi arrogator.ff.de ad-
opt.num.13.Bald.num.2. Alber.num.8. Iaſ.num.
36. Zaſ.in tract. de ſubſtitut.* requiſito quinto,
ita expediunt, vt ſi de iure ciuili quæratur,
nunquam conualeſcat, quod ſemel exſtin-
ctum eſt, *l.Meuius, §.duorũ, ff. de legat.1. l.qui
res, § aream, ff. de ſolut.* aliud tamen obtineat
de æquitate prætoria, § *non tamen, Inſt.quib.
mod.teſtam.infirm.l.qui ex liberis, §.ſi teſtamen-
to, ff.de bonor.poſſ. cont.tab.* Sed melius † meo 41
iudicio rem digeſſerunt Alciatus *d.l.2. num.
28.Ripa numer.27.Alexand.ibidem num.21.poſt
Guiliel.Cuman.& Salycet.ab illo allegatos, Ferdi-
nand.Vaſq.d.ſucceſſ progreſſ.§.14 num.119.& ſe-
quen. Michael Graſſ. d.queſt.23. in fin.* ſtatuen-
tes, quod cum ex *l.6.§ ſolemus, item l.ſi alie-
num, § in extraneis, ff. de hered. inſtit.* edocea-
mur, quando de factione teſtamenti quæri-
tur, tria tempora neceſſaria eſſe, media au-
tem non nocere, idem & hic quoque pro-
bandum eſſe, maxime quod adoptio, non
tam transferat filium, quam reddat, *l.filio quẽ
pater, ff.de lib. & poſth. hered.inſt. l.non putauit,
§.ſi quis emancipatum, ff.de bonor.poſſ. cont.tab.*
quod veri patris filius adoptiuus non intelli-
gatur. Et ſane abſurdum videri debet, quod
cum Bartol. & multi, qui ipſi ſubſcribunt,
quos refero, *num.22.* pronuntient, tempus
teſtamenti inſpici non ſolere, modo tempo-
re mortis in poteſtate ſit, hic immemores
ſuæ traditionis, contrarium defendere vi-
deantur. Nec mutant, quod ea, quæ exſtin-
cta ſint, ex poſt facto non cõualeſcant Nam
doceri debuerat, illam plane exſtinctã eſſe,
cum *l.nec ei, §.eorum, ff. de adopt.* id non con-
uincat, quod de illa peremtione intelligen-
da videatur, quæ fieri poſſit ex arrogatione
& ſubſecuta morte filii, antequam arroga-
tor rebus humanis eximeretur. His itaq; &
ſimilibus bene ponderatis, conſtat, quod ſi
priorem ſententiam ſequi velimus, hæc con-
ditio de iure ciuili ad conſeruationem ſub-
ſtitutionis neceſſaria ſit, quod ſi vero poſte-
riorem probemus, illam ſuperfluam videri.

Sexta conditio eſt, quod † parens ſibi 42
quoque teſtamentum facere debeat, *l.2.§.
prius, ff.hoc tit.l.16.§.1.eod. & §.liberis, Inſt.eo-
dem titul. & hac noſtr.l.* dum ait, ſi teſtamento
iure facto, ſubſtituit, *Bartolus in hac lege, & o-
mnes illi doctores, quos refero, ſupr.nu.5.* Ratio
eſt, quod pupillare teſtamentum ſit pars &

Digitized by Google

ſequela paterni teſtamenti, vnde etiam præcedere *d.§.ſi prius, item d.l.16.§.1.* aut ſaltem vno & eodem contextu cum paterno abſolui debet, *d.l.2.§.ſed ſi quis ita, cum §.ſequent.* quamuis illi de præpoſteratione inſtitutionis, de qua *l.in l.præpoſteri, ſupra de teſtament.* intelligi poſſint, non totius teſtamenti inuerſione: ſed cum huiuſmodi & ſimiles difficultates, quæ etiam circa legata & fideicommiſſa obtinebant, ſublatæ ſint, *l.ambiguitates, l.cum in teſtamentis, l.præpoſteri, ſupra de teſtam.* non putarim vitium cõtrahi, ſi pupillares tabulæ præcederent, & incontinenti teſtamentum paternum ſequeretur, ſiue in ordine ſcripturæ, ſiue in ipſa nuncupatione, modo vnus contextus, vt antea dixi, hæc coniungat.

Hæc ſolemnitas militi remiſſa *d.l.2.§.quiſquis, ff.de vulgar.& pupill.teſtam.* ſed diſce-
43 ptationis † eſt, an cum parentes inter liberos etiam imperfectum teſtamentum condere poſſint, *l.hac conſultiſſima, ſupr.de teſtam.§.ex imperfecto*, idem quoque probandum ſit, in pupillari ſubſtitutione. Hanc quęſtionẽ Bartol.*d.l.2.nu.18.* Alex.*num.22.* Zaſ.*num.39.* Iaſ. *num.24.* diſtinctione expediunt, quam eſſe communem declarant Rip.*d l.2.n.28.* Soci. Iun.*num.68. Politus de pupill ſubſtit.n.6. Sfortia Oddus d.quæſt.4.num.1. Ferd.Vaſq.d.§.14.num.115. Alciat.d.l.2.§.quiſquis, num.3.& 4.* requiſi-
44 to, † vt ſiquidem liberos ſubſtituat, valeat ſubſtitutio, quod ſi vero extraneum, aliud probandum ſit.

45 Hanc diſtinctionem Bart. quoad † primũ membrum probat etiam Aretin.*n.7.* ſed tamen videtur deſiderare, quod etiam ſint ex primo ordine ſucceſſionis.

Porro idem Aretinus, item Marian. Socinus, Politus in locis allegatis, deinde Goueanus *d.l.2.nu.21.* repudiant ſecundum diſtinctionis membrum, conſtituentes idem quoque in extraneo probandũ: qua de cauſſa etiam vtriuſq; ſẽtẽtiæ argumẽta excutiemus.

Bartoli ſententiã confirmat primo lex, *qui a patre, ff.de confirm.tutor.* quod quemadmodum tutor extraneus, teſtamento minus ſolemni dari non poteſt, ita etiam multo minus valeat inſtitutio extranei heredis.

Secundo, quod *l.hac conſultiſſima, §.ex imperfecto*, caueatur, quod ſi extranea perſona tali teſtamento comprehendatur, eius inſtitionem non valere.

Tertio, ꝙ nullũ teſtamentũ, quod minus ſolemne ſit, valeat, *l.hac cõſultiſſima, ſup.de teſt.* hunc aũt caſum nõ deprehendi exceptum.

Quarto, ꝙ ſi pupillus teſtamentum cõdidiſſet extraneum inſtituendo, debuiſſe adhibere ſeptem teſtes, *d.l.hac cõſultiſſima, item §.ſed cum paulatim, Inſtit, de teſtam.* Non poſſe itaque patrem ipſum eſſe melioris conditionis, *l.non debet, ff.de reg.iur.l.3.§.etſi Prætor, ff.de eo cui mandat.iuriſd.eſt.*

Porro Aretini & Socini Iunioris argumẽta contraria etiam ſubnecto.

Primo, ꝙ ea, quæ de liberis ſtatuta ſunt, locum etiam vindicẽt in perſona extranea, modo res tendat ad vtilitatem liberorum, *l.3.§.liberis, alias incipit, ſed ſi proponas, ff.de legat.præſtand.* hanc autem cum vtilitate impuberis coniunctam.

Secundo, ꝙ cum ſubſtitutio pupillaris ſit etiam pars & ſequela paterni teſtamenti, *§.liberis, Inſt.hoc tit.* quod illud, quod ſtatutum in vno, & principali ſit, obtineat etiam in acceſſione, *c.acceſſorium, de reg.iur.in 6.*

Tertio, quod in teſtamento impuberis nõ laboremus de præiudicio propinquorum, cum etiam mater excluſa, aut præterita nullam querelã inofficioſi teſtamenti habeat, *l.Papinianus, §.ſed nec impuberis, ff.de inoff.teſt.*

Quarto, quod inter cauſſam lucri & damni magna ſit differentia, *l.fin.de codic.item l.Proculus, ff.de dam.infect.*

In hac Interpretum † contentione cõſti- 46
tuo primam ſententiam, nedũ doctorũ auctoritate, ſed etiam veritatis luce, & æquitatis pondere, longo interuallo poſteriorem præcedere, & propterea etiam præferendam, quod vt tanto euidentius appareat, ſingula argumenta contraria ordine confutabimus.

Negamus itaq; initio, in eo vtilitatẽ impuberis verti, vt in teſtamento minus perfecto, ſubſtitutio fieri poſſit, cum hoc modo contingere poſſit, vt quis duos aut tres teſtes ſubornet, & pupillarem ſubſtitutionem eo per venenum, vel alia ratione ſublato, *ll.1.§.2.ff.vbi pupill.educ.deb.* confingat, quæ ſuſpicio in liberis non ita facile locum inuenire poteſt, quod illis relinquatur, quod ex naturæ ordine quodammodo debetur, *l.nam etſi is, ff.de inofficioſ.teſtam.* Et ſane ſi magna portionũ inæqualitas verſaretur, res etiam moderationem ſuam admitteret, vt diſſerui *in dicto §.ex imperfecto.* Deinde, cum hic extraneo, *vt Martialis ait*, res non parta labore, ſed relicta quæratur, quis comparatione compendii facta, non dixerit, maiorem eſſe vtilitatem extranei, vt coarguit *dict.l.3.§.liberis*, quam impuberis, ſi fingeremus, hoc ipſi aliqua ratione expedire.

Certi

Digitized by Google

Certi autem iuris eſt, quod collatione commodorum facta, id ſpectemus, quod præualeat *l. ſi quis nec cauſſam, ff. de reb. credit. l. quicquid 27. §. fin. ff. de acq. rerum domin. §. legatariis, Inſtit. de teſtament.*

Quamuis ſubſtitutio pupillaris quodammodo pars & ſequela teſtamenti paterni ſit: tamen non inde efficietur, quod extraneus ſubſtitui tali teſtamento poſſit, cum ipſe parens hoc non potuerit, *d. §. ex imperfecto, & in perſona filii ſui*, & ſubſtitutione ipſi facienda magis aduigilare debeat, quam in propriis heredibus deſignandis, *arg. c. vbi periculum, de elect. in 6. ſi iungatur cum §. ſi quis ita fermidoloſus, Inſt. hoc tit.*

Conceſſum parenti eſt, vt cum præiudicio querelæ inofficioſi teſtamenti aliquem ſubſtituere pupillo poſſit: ratio enim in textu *d. l. 8. §. ſed nec impuberi traditur.* Nō tamen inde conſectarium eſt, quod extraneum in detrimentum fratrum, matris, & citra ſolemnitatē in teſtamento requiſitam ſubſtituere poſſit, cum repugnet *d. §. ex imperfecto.* Accedit, quod eo tempore, quo auctor legis floruit, in paterno teſtamento huiuſmodi ſolemnitates remiſſæ non fuerint, *vt oſtendi in d. §. ex imperfecto.*

Quæ quarto de differentia damni & lucri adferuntur, ex lege, quam ipſe Socin. allegat, refelli poterunt, cum agnati ad quartum gradum, cognati ad tertium dicātur in damno verſari, *d. l. fin. §. illud, inf. de codicill.* ſi hereditate ſuorū fraudentur. Expendi præterea debuerat, quod magis lucrum affectet extraneus, cui nullo modo hereditas debeatur, quam propinqui, qui in hanc ſpem ſucceſſionis ſurrogentur, *d. l. hac conſultiſſima, §. ſin autem, ſup. de teſtam.* vnde cum de extraneis quæritur, ſemper ſeptem teſtes neceſſarii ſunt, non item ſi de ſucceſſione collateralium *d. §. ſin autem.*

Ex his igitur efficitur extranei ſubſtitutionem, in minus ſolemni teſtamento factam, non valere, neque admittendam etiam moderationem Barth. Socin. & Coraſii, qui putabant, illud procedere, ſi nullum alium filiū haberet, quam pupillum, cum matris, & aliorum propinquorum cauſſa lædenda non ſit, ex tam illiberali interpretatione.

47 Septima conditio, quam † neceſſariam ducimus, eſt quod filii, aut ſint inſtituendi, aut exheredandi. *Bartol. d. l. 2. num. 19. & omnes auctores a me ſupra num. 5. commemorati l. moribus, verſic. ſed ſi eos patres præcedant.* Accedit *l. Gallus, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. Item l. poſthumorum, ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſtam.*

Circa hanc conditionem † illa dubitatio 48
incidit, an cum *l. cum in ſuo, §. 1. ſup. de inoff. teſtam.* deinde *Nouell. 115. §. aliud autem capitulum*, quatuordecim cauſſæ, ex quibus filius exheredari poſſit, deſignentur, & impubes nullam ex illis committere poſſit, quæ hic ſtatuta ſunt, emendata cenſeantur? Et Bartolus quidem *d. l. 2. num. 19.* & alii communiter, *vt teſtantur Ripa ibidem num. 30. Mirtan. Socin. num. 71. Michael Graſſ. d. quæſt. 25. nu. 1.* conſtituunt ea, quæ de exheredatione hic commemorantur, antiquata eſſe, niſi impuberem filium pubertati proximum, atq; adeo doli capacē eſſe ponamus. Sed repugnāt Anton. Goucan. *d. l. 2. num. 24.* Item Ferdin. Vaſq. *lib. 2. de ſucceſſ. progreſſ. § 14. numero 130.* qui putant, etiam hodie impuberis exheredationem, & inde ſubſtitutionem procedere, nos autem huius rei diſquiſitionem in titulos ſequentes reiiciemus. Reliqua ſunt tria vltima requiſita, de quibus propterea differere ſuperſedemus, quod per ſe plana ſint, & nobis ad vlteriora properandum videamus.

Lex, Precibus, 8.

SVMMARIA.

1 *Difficultas præſentis legis.*
2 *Cur ſubſtitutio vulgaris in præſenti lege pupillarem non complectatur?*
3 *Implacabilis quædam repugnantia inter præſentem legem, & l. centurio, ff. de vulg. & pup. ſubſtit.*
4 *Solutio gloſſæ & Bartoli.*
5 *Alia ſolutio einſdem Bartoli & Socini.*
6 *Tertia conciliatio Emanuelis Coſtæ, & Iacobi Menochii.*
7 *Quarta conſideratio Alciati, & Decii.*
8 *Quinta expoſitio Cuiacii.*
9 *Sexta explicatio Caſtellionei, Fulgoſii, Duareni, Conani.*
10 *An præſentis quæſtionis excuſſio cum fructu literario coniuncta ſit?*
11 *Sex vtilitates vel effectus huius indagationis conſiderata.*
12 *Sententia auctoris circa propoſitam difficultatem, aliquot concluſionibus expedita.*
13 *Militem nedum intra tempora pubertatis, ſed etiam poſtea directe ſubſtituere poſſe, neque admittendam fideicommiſſi interpretationem, cum argumentis in hac cauſſa ponderatis.*
14 *Cauſſa, quod ſubſtitutus a milite poſt pupillarem ætatem ſola teſtatoris bona capiat, non autem filii.*
15 *Priuilegia cum iniuria aliena concedi non ſolent.*
16 *In militis teſtamento parum intereſſe, an directe, an vero ex fideicommiſſo hereditas reſtituatur?*
17 *An idem probandum ſit, ſi miles fideicommiſſi verbis ſit vſus, vbi excuſſa ſententia Anton. Fabri.*

Digitized by Google

18 *Cur Imperatores trimembrem facti ſpeciem in præſenti lege formare coacti ſint.*

19 *An, ſi ſubſtitutio militis pupillarem ætatem exceſſerit, in fideicommiſſi cauſſam in ſpecie hic propoſita conuertatur?*

20 *Confirmata ſententia Caſtellionei, verum in præſenti lege fideicommiſſum non eſſe.*

21 *Ponderata differentia inter præſentem legem, & l. centurio. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit.*

22 *Diſpoſitionem præſentis legis non complecti verum fideicommiſſum, habere tamen naturam ſiue effectum fideicommiſſi, cum rationibus.*

23 *Reie. ta emendatio Antonii Fabri, tribus in locis hunc noſtrum textum corruptum eſſe contendentis.*

24 *Cauſſæ, quod Imperatores quaſi fideicommiſſum in præſenti lege induxerint.*

25 *Collatio l. centurio. ff. de vulg. & pup. ſubſt. cum præſenti conſtitutione.*

26 *Examinata conſideratio Cuiacii.*

27 *Imperatores in definitione præſentis legis vim in pronomine, ei conſtituiſſe videri.*

28 *An definitio l. cum auus, ff. de condit. & demonſtration. tempore præſentis conſtitutionis obtinuerit?*

29 *Parentibus non minus pie conſulendum eſt, turbato ordine mortalitatis, quam liberis.*

30 *Interpretatio, quæ nos ad iuris regulas reducit, plauſibilis videri debet.*

31 *Quamuis miles filium legitima portione fraudare poſſit, non tamen in dubio id voluiſſe cenſetur.*

32 *Si miles fideicommiſſi verbis vſus ſit, in reſtitutione legitima portio filii non venit.*

33 *Intellectus l. Papinianus, § ſed nec impuberes, ff. de inoff. teſtam.*

34 *Declaratio regulæ, quod verba potius in directa ſignificatione accipienda ſint.*

35 *Rationes, quod in præſenti conſtitutione benignior interpretatio probanda videatur.*

36 *An circa definitionem præſentis legis omnes circumſtantiæ concurrere debeant?*

1 SI vlla lex eſt, quæ noſtros † Interpretes torſerit, & plus quam ſatis eſt, exercuerit, hæc ſane in eo genere recenſenda videtur, quod cum Imperatores Diocletianus & Maximianus ad obſcuram conſultationem ſupplicis libelli, quem Patrona exhibuerat, benigne, & cum diſtinctione (quod illorum humanitati & beneuolētiæ cōuenire oſtendi, in *l. vt congruum, ſup. de pact.*) reſpōderint, vt motam in precibus quæſtionem dirimerent, tam aperte loqui non potuerint, quin ſcribentes, & conſilia illorum inueſtigantes, incertos dimitterēt. Etenim cum ex definitione *l. 4. ff. de vulg. & pup ſubſt.* edoceamur, q; is, qui filio impuberi in vnū caſum, id eſt, ſi heres non erit, ſubſtituit, in alterum etiam, nimirum, ſi heres erit, & intra pubertatem deceſſerit, ſubſtituiſſe videatur, hic Imperatores contrarium definire videantur, imo quod magis eſt, conſtituant non eſſe incerti iuris, quod ſi primo caſu dūtaxat ſubſtitutus ſit, & impubes heres patri fact⁹, intra pubertatis tempora deceſſerit, non ſubſtituto ex diſpoſitione *d. l. 4.* Item *l. quamuis, hoc noſt. tit.* ſed matri ab inteſtato deferatur hereditas.

Quomodo igitur hūc nodū doctores ſoluere conati ſint, oſtendi *in l. fin. ſupr. tit. prox.* †Simul etiam non celaui, quam ſententiam 2
potiorē eſſe ducerem, vt ſcilicet hæc noſtra lex de milite intelligatur, in cuius teſtamento tales cōiecturæ locum non habeant, id enim coarguunt verba noſtræ legis; *Maritus quondam tuus miles defunctus*: & rurſum in ipſa deciſione: *Nam non eſt incerti iuris, quod ſi quidem in patris militis poſitus poteſtate, &c.* vbi bene obſeruandum eſt, quod Imperatores non ſatis eſſe duxerint, quod in figuratione caſus, illum militem eſſe propoſuerint, ſed etiam in ipſa definitione hanc qualitatem repetant, ſignificare volentes, eam eſſe ſtatuendi rationem, cum alioquin pleonaſmus committi videatur; ſufficere enim poterat, ita ſuam definitionem cōprehendiſſe: *Nam non eſt incerti iuris, quod ſi quidem in patris poſitus poteſtate, &c.*

Hæc de prima quæſtione. Sin autem ſubſtitutio in ſecundum caſum vel expreſſa, vel compendioſa, non vſque ad certam ætatem facta reperiatur: ſiquidem intra pubertatem deceſſerit, eos eum habiturum eſſe heredes, quos pater ei cōſtituit. Sin vero poſt pubertatem moreretur, tunc matre eius ſucceſſionem obtinente, velut ex iuſta cauſſa fideicōmiſſi, bona, quæ cum decederet, patris ipſius fuiſſent, ab eadem matre peti poterunt.

Reddidi verba legis, ſupereſt, † vt expe- 3
diamus, in quo cardo totius cōtrouerſiæ verſetur, *l. centurio 15. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Papinianus ita reſpōdit: *Centurio filius ſi intra quintum & vigeſimum annū ætatis, ſine liberis vita deceſſerint, directo ſubſtituit, intra 14. annos, etiā propria bona filio ſubſtitutus, iure cōmuni capiet.* Poſt eam aūt ætatem, ex priuilegio militum patris duntaxat, cum fructibus inuētis in hereditate. Cū itaq; ex hoc Papiniani reſponſo intelligamus, hāc ſubſtitutionē directā eſſe, & ſubſtitutū poſt pupillarē ætatem ex priuilegio militum. id eſt, iure ſubſtitutionis militaris patris bona capere, facile aſſequimur, in tam implacabili repugnantia, ſubtili cōciliatione opus eſſe. Hæc eſt em̄ illa antinomia, q̄ noſtros Interpretes iam inde ab initio ſollicitos habuit, & vt varias ſolutiones excogitarent,

Digitized by Google

4 taret effecit. Etenim † Accurſius *hic in verb. fideicommiſſi. Item Bart. n. 11. Bald. nu. 27. Corn. nu. 12. Polit. de compend. ſubſt. n. 15. Zaſ. in tract. de ſubſt. c. 5.* auctores ſunt, illud ꝑpterea fieri, quod fauor matris hoc cõciliet. Sed hæc interpretatio ex eo refellitur, ꝙ qua ratione mater per pupillarem ſubſtitutionem plane excluditur, vt hac noſtra lege, ita quoq; repellenda videatur a bonis paternis, qñ ſubſtitutio directa pupillarem ætatem excedit, *d. l. centurio.* Nec ratio differentiæ reddi põt, quare in reciproca ſubſtitutione illud admittendum ſit, *l. Lucius 45. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* & idẽ reſpuere velimus in hac ſubſtitutione. Tertio, ꝙ qua ratione mater ex ſubſtitutione ita ſubmoueri poteſt, vt ne quidem querelam inofficioſi teſtamẽti poſſit intentare, *l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis, ff. de inoffic teſt. & c. ſi pater, de teſt. in 6.* ita etiam per hãc directam ſubſtitutionem excludi poſſit.

5 Qua de cauſſa † idem Bartol. parum ſibi conſtans *in d. l. centurio, num. 12. Barth. Socin. num. 21. Gallianus num. 246.* vbi nedum hanc ſententiam ſequuntur, ſed etiã magis communem renuntiant, ꝙ & ipſum agnoſcunt Ripa *n. 27. Did. d. c. Rainut. §. 9. nu. 26.* duo requirunt, vt ſubſtitutus repellatur, vt & mater interueniat, & teſtator non directis, ſed cõmunibus verbis vtatur, in qua cauſſa conſtituunt eſſe verbum ſubſtituendi, imo quod magis eſt Alexand. *numer. 53. & 75. Iaſ num. 28. Rip. numer. 67. Socin. Iun. num. 197. Didac. Couar. d. § 9. nu. 26. Socin Iun. nu. 49. Cyn. Paul. Salyc.* & alii, quos refert Marc. Aquilin. *in d. l. centurio, n. 30.* exiſtimant, ſatis eſſe, quod teſtator verbis communibus ſit vſus, quamuis matris perſona non intercedat, vt & hanc explicationem Vaſq. *lib. 2. de ſucceſ. progreſ. §. 18. n. 63.* communem dicit.

6 His difficultatibus † conſideratis Emanuel a Coſta *in d. c. ſi pater, de teſtam. n. 59. tert. part. in verb. interdum, Iac. Menoch. libr. 4. præſumt. 52. n. 15. & 16.* aliam componendi certaminis viam aggrediuntur, vt cum Imperatores hac l. definiant, ꝙ habere debeant heredes, quos eis pater conſtituit, *l. centurio,* intelligenda ſit, quando verba inſtitutionis ſimpliciter cõcepta ſunt, vt ſi dixerit, *ſi filius meus intra quintum & viceſimum ætatis annum deceſſerit, Sempronium heredẽ inſtituo, vel Sempronius heres ſit.* Lex noſtra aũt formam pupillaris ſubſtitutionis conſideraſſe videatur, *& ſi quandocunq; filius meus deceſſerit Sempronius ei heres ſit,* vim definientẽ in pronomine *ei* conſtituentes, tanquam pater nõ ſibi, ſed filio omni tẽpore ea ratione ſubſtituere voluiſſet, qua impuberibus ſolet, quod cum facere nequeat, euenire, vt illo modo toleretur, quo melius poteſt. Sed hęc opinio ex eo admittenda non videretur, quod in l. non referantur verba ſubſtitutionis, neq; etiam referri potuerint, quod Imperatores de caſu dubitent, & quæſtionis ac deciſionis loco conſtituant, illum in ſecundum caſum ſubſtituiſſe, vel per expreſſam pupillarem, vel ꝑ eam, quæ compendio facta, illam ita excederet, vt nullam ætatis, qua finiretur, mẽtionem faceret. Porro vtroq; caſu decidunt, ꝙ ſi filius intra pubertatem ab hac luce ſubtractus ſit, debere illum habere heredes, quos pater ei conſtituit, id eſt, qui ex paterna prouiſione, ſiue pupillari, ſiue compendioſa ipſi ſunt ſubſtituti. Semper enim heredes ſunt, ſiue ſimpliciter ſubſtituerit, *ſi filius meus intra pubertatem deceſſerit, Sempronius heres ſit,* ſiue, *Sempronius ei heres ſit,* cũ etiam vulgaris ſubſtitutio ad hoc ſufficiat, *l. 4. ff. eod. tit.* Pari ratione idem obtinere videretur, ſi dixerit, *quandocunq; filius meus decedat, Sempronius heres ſit,* aut, *Sempronius ei heres ſit, d. l. centurio, ff. eo. tit.* Itaq; hæc opinio ꝓcedere poſſet, quo, de ſequenti caſu, ſcil. quo filius poſt pubertatem moreretur, loquẽdo, Imperatores vim in tali conceptione verborũ conſtituiſſent.

Hinc † Alciatus *in l. centurio, n. 43.* & ante 7
illum Plumbinus & Decius *hac l.* eundẽ ſecutus Coraſius *n. 15.* has leges ex eo diſtinguendas putant, quod *l. centurio,* ſubſtitutio ad certam ætatem fiat, hac autem l. perpetuo: Vnde cũ talis ſubſtitutio plus pręiudicii matri inferat, Imperatores mediã viam elegiſſe, deinde, quod ita ſubſtituendo, non videatur voluiſſe vti iure militari, ſed communi. Hanc opinionem repudiant Emanuel Coſta *dict. c. ſi pater, in dictione interdum, par. 3. n. 57. Corn. hic n. 12.* & alii, quos refert, & ſequitur Menoch. *d. præſumt 52. n. 13.* Sed ſane vtuntur meo iudicio languida ratione, ꝙ cum vtroque caſu excedũtur tempora pubertatis, ratio diuerſitatis reddi nequeat. Etenim diluendæ erant rationes Alciati & aliorum. Ad primam itaque reſponderi poſſet, quod cum in hac ſubſtitutione militari, non habeatur ratio filii, *l. ſicut, cum l ſeq. ſupr. de teſt. milit. l. de inofficioſo 19. l. teſtamento 24. l. ſupr. de inoffic. teſtam.* non poſſit videri prætuliſſe cauſſam matris. Secunda ratio inde cõfutari videretur, quod ſi miles vteretur iure communi, talis ſubſtitutio poſt pubertatem nullo modo valeret, *l. 7 ff. eod. tit.*

Digitized by Google

8 Quapropter † Cuiacius *libr. 12. obſeruat.*
27. & ante illum Anton. Gouian. *in explicat.*
l. centurio, num. 2. præterea Borchold. §. *fin.*
Inſtit. de pupill. ſubſtit. Godofr. in gloſſ. ad præ-
ſentem legem. Item Andr. Fachin. lib. 4. cap. 43.
conſtituunt inter *l. centurio*, & præſentem
definitionem nihil eſſe differẽtiæ. Sed cum
nemo vltra pupillarem ætatem alicui dire-
cto ſubſtituere poſſit *l. verbis ciuilibus 7. & l.*
in pupillari 14. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. quod
in *d. l. centurio* omiſſum erat, illud ſuppleri
per definitionem præſentis legis, vt ſcilicet
iure fideicōmiſſi, ex priuilegio militari ſub-
ſtitutio ſuſtineatur.

Sed hæc ſententia etiam incidit in ſuos
ſcrupulos. Primo, quod *d. l. centurio* caueа-
tur, quod directo ſubſtituerit, quod denique
adiiciatur, ſubſtitutum poſt eam ætatem pa-
tris bona capturum cum fructibus inuentis
in hereditate. Cum itaque hæc verba dire-
cta ſint, ſiue verba directo ſubſtituendi in-
tueamur, ſiue capiendi, *l. Titia cum teſtamen-*
to 34. §. Lucius Titius, ff. de legat. 2. l. 71. ff. de
verborum ſignif. l. 15 § Iulianus, & §. vectiga-
libus. ff. de damn. infr. conſequens quoque eſ-
ſe, vt a verborum ſignificatione nõ recеda-
mus: & quod vnũ & idem verbum capiendi
diuerſis caſibus accommodatum, in eadem
ſignificatione exaudire debeamus, *l. 4. ff. eo-*
dem titul.

Accedit quod ſemper in dubio verba di-
recta accipere ſoleamus, *c. ſi pater, de teſtam.*
in 6. l. tutores 39. §. heres, ff. de adminiſtr. & pe-
ric. tutor. & curat. imo quod magis eſt, quo-
tieſcunque verba apta ſunt ad fideicommiſ-
ſum inducẽdum, fauore militum, potius in
directa ſignificatione accipiuntur, *l. quære-*
batur 19. ff. de teſtam. milit. Hinc videmus, q̧
a milite contra generales regulas, quis ad
tempus heres inſtitui poſſit, ita vt alter ex
tempore ſuccedat, qui tamen legata a prio-
ri relicta non exſoluit, *d. l. quærebatur, §. final.*
quod facere cogeretur, ſi iure fideicommiſ-
ſi ſubſtitutus fuiſſet, *l. licet Imperator, ff. de le-*
gat. 1.

His & ſimilibus argumentis ponderatis
Antonius Fab. *lib. 15. coniectur. cap. 12. & 13.*
admodum inuehitur in Cuiacium, quod
contra genuinum ſenſum tot legum, ſe hu-
ius erroris ducem præbuerit. Videtur † ita-
que præferre ſententiã Caſtellionei, quam
ſecuti ſunt eius diſcipuli, Raphel. Fulgoſ. &
Raph. Cuman. *hic in d. l. centurio, num. 5.* ille
in præſenti l. num. 12. Item Claud. ibid. num. 17.
Duaren. lib. 2. diſputat. cap. 2. & 10. Conan. libr.
10. comment. cap. 8. num. 10. Vigl. in §. qua ratio-
ne, Inſtit. de pupill. ſubſtit. nu. 13. Iaſ. in hac noſtr.
l. num. 9. Curt. Iun. num. 14. Cagnol. numer. 153.
Donell. hic num. 5. & 10. Sichard. num. 43. Præ-
terea Franciſcus Ripa, Iohannes Crotus,
Guilelmus Benedictus relati ab Emanuel.
Coſt. *d. c. ſi pater, in verbo, interdum, part. 3. nu.*
58. Didac. Couar. dict. c. Raynutius, §. 9. num. 27.
quamuis vix audeat ſibi confidere Vaſq. *de*
ſucceſ. progreſ. lib: 2. §. 18. num. 116. vt ſcilicet lex
noſtra non ſit accipienda de fideicommiſ-
ſo, ſed de ſimilitudine fideicōmiſſi. Id enim
indicare dictionem velut, quæ nota ſit ſimi-
litudinis, nullũ ſimile eſſe idem, *l. quod Ner-*
ua, ff. depoſiti. Deinde, quod vt inſtat Fulgoſ.
abſurdum videatur, quod matri plus fauoris
tribuere velimus, quam filio, qui ex priuile-
gio militari a tota hereditate ſubmoueri
poſſit, *l. de inoffic. ſupr. de inoff. teſtam.*

Excuſſis omnibus, id † præuertendum 10
duxi, *an huius rei inueſtigatio & cognitio ali-*
quid commodi literarii adferre poſſit. Negat e-
nim Goueanus *d. l. centurio, num. 2.* quod in
huiuſmodi teſtamento Falcidia non detra-
hatur, *l. 1. §. denique, ff. ad L. Falcid. & l. ſi poſt,*
l. ſi miles, ff. eod. tit. l. in teſtamento 12 ſupr. de te-
ſtament. milit. quod etiam quarta iure natu-
ræ debita non deducatur, *l. teſtamento 24. ſu-*
pra. de inoff. teſtamen. item l. de inoff. 9. eo. tit. Et
quamuis Anton. Faber *lib. 15. cap. 12. in verſ.*
taceo, quod in effectu, contrarium inſinuare
videatur, quod codicillis vel ab inteſtato fa-
cta ſubitutio, deductionem Falcidiæ admit-
tat, *l. 2. §. fin. ff. de codicill. l. ſi certarum 17. §. fin.*
cum l ſeq. ff. de teſtam. milit. l. ſi poſt miſſionem
17. & l. ſeq. l. ſi miles 92. ff. ad l. Falcid. tamen
quod leges ab illo adductæ peculiarem ca-
ſum amplectãtur, quo ſcilicet codicilli poſt
miſſionem facti eſſent, intelligimus defini-
tionem iuris communis contrariam eſſe, at-
que innitendum diſpoſitioni, *dict. l. in teſta-*
mento 12. ſupr. de teſtam. milit. Vnde ne plane
infructuoſam huius rei inquiſitionem arbi-
tremur, ſubiicio nonnullas vtilitates a gloſſ.
conſideratas, pro quarum fundamento ob-
ſeruandum eſt, quod alia cauſſa ſit heredis,
alia fideicommiſſarii, etiamſi totam heredi-
tatem ex reſtitutione ſit nactus. Etenim qui
ſemel directo heres fuit, non deſinit, etiam
reſtituta hereditate heres eſſe, & propterea
quoque agere poteſt, quamuis exceptione
repelli queat, *l prima. §. quanquam, ff. ad Se-*
natuſconſultum Trebellian. Porro hæc ipſa cõ-
ſideratio tamen nonnulla iura in perſona
ipſius conſeruat, quamuis totam heredita-
tem coa-

Digitized by Google

tem coactus aut dodrantem ex SC. Trebelliano reſtituerit.

11 Prima vtilitas † huius obſeruationis eſt, quod retinet iura ſepulcrorum, *l. quia perinde 42. Item l. ſi patroni 55.* §. *quid ergo, ff. ad SC. Trebell. l. penult. ff. de ſepulc. violato. gloſſ. hic in verbis poſſunt peti, Bart. num. 60. Alex. num. 16. Iaſ. num. 17. Angel. num. 12. Bald. nu. 14. Salyc. nu. 13. Cyn. nu. 11. Fulgoſ. num. 9. Dec. nu. 22. Didac. Couar. in c. Raynutius,* §. *9. Dec. nu. 13.* Quod ipſum quoque defendunt in iure patronatus. Alexand. Dec. Iaſ. Couar. ſecuti auctoritatem gloſſæ *in l. ſciendum 30 ff. de verb. oblig. Bart. in l. quia perinde, ff. ad SC. Tertull.* Obſeruandum tamen, quod vtrumque membrum ex eo in difficultatem incidere videatur, quod nedum iura ſepulcrorum, *l. familiarium 5. & l. ſeq. ff. de relegat. & ſumtib. funer.* ad filios pertineant, quamuis heredes non ſint, ſed idem etiam eueniat in iure patronatus, *l. 2. in princ. l. ſi patroni 12.* § *fin. ff. de bon. libert.* Vt igitur hæc difficultas tollatur, ſciendum eſt, duplicia eſſe iura ſepulcrorum, familiaria, item hereditaria familiaria, quæ filii & propinqui, qui de familia ſunt, vindicare ſolent, hereditaria quæ heredes, *dicta leg. quinta.* Non prohibetur tamen heres, quo minus in vtroque ſepeliri poſſit, *l. vel quod 6. ff. de religioſ. & ſumtibus funer. l. vis ſepulcri 13. ſupra eodem titul.* Porro, quid in iure patronatus, quod nobis competit in libertis, obtineat, exſequitur *glo. in l. ſi operarum, ff. de operis libert.* Etenim in iure patronatus eccleſiaſtici, certum eſt, illud etiã ad extraneos heredes tranſire, *c. 1 de iure patronat. Innocent. in rub. de iur. patronat. Abbas in d. cap. 1. gloſſ. in d. c. de iure patron. Dec. hic num. 22.* Quæ cũ ita ſe habeant, conſequens quoque eſt, vtilitatem a gloſſa cõſideratam, adhuc ſaluam eſſe.

Secunda vtilitas, quam gloſſa ſpectauit, eſt, quod legitima filii portio fideicommiſſo onerari nequeat, *l. quoniam, ſupra. de inoffic. teſtamen.* cum inde omne grauamen reiiciatur, & conſequenter etiam fideicommiſſum, *l. ſi arrogator,* §. *penult. ff. de adopt. l. coheredi 41.* §. *cum filiæ, &* §. *ſeq. ff. hoc. tit.* Et quãuis de hac gloſſæ traditione dubitet, *Bart. n. 8 hac l. tamen, Angel. nu. 12. Paul. Caſtr. nu. 19. Alex. nu. 16. Salyc. nu. 14. Item Cyn. nu. 11.* gloſſæ ſubſcribunt, quod fauorabilior ſit cauſſa retentionis, quam petitionis, *l. per retẽtionem, ſupr. de pignor.* deinde, quod filius ita demum legitima priuari a milite poſſit, *l. ſicut, ſupra de teſtam. milit. l. de inoffic. ſupr. de inoffi. teſtam.* ſi parens id expreſſim voluerit, *arg. l. ſequens, ff. de legat. 2.* quod in dubio admitẽdum non eſt, quod videatur voluiſſe vti iure communi, *l. quanquam, l. in teſtamento, ſupr. de teſtam. milit.* Sed Paul. Caſtr. *n. 19.* Iaſ. *n. 17* Dec. *nu. 24.* hanc rationẽ cõtra gloſſam retorquent, quod vtrobiq;, nedum in fideicommiſſaria, ſed etiam in directa, de hac voluntate militis diſceptari poſſit. Vrget tamen, quod in dubio ius retentionis fauorabilius videatur, *l. debitor, ff. ad SC. Trebell.* Item quod directa ſubſtitutio hoc cõplecti videatur, vt omnia bona reſtituantur, *d. l. centurio.* Cum etiã paganus directo impuberi ſubſtituẽdo, legitimam portionem auferat, non tamen idem eueniat in fideicommiſſaria, *l. coheredi 41.* §. *cum filiæ, &* §. *ſequen.* Hæc ſi iura Digeſtorum vel Codicis ſpectemus. Quod ſi vero rem velimus reuocare ad definitionẽ Nouellæ conſtitutionis, aliud obtinere profitentur Alexand. *hic nu. 18.* Salycet. poſt Cynũ Franciſ. Accurſ. Bart. & alios ab eo allegatos, Alciat *in l. centurio, ff. eod. num. 21.* vbi id receptũ eſſe tradit, quod leges ſupra adductæ abrogatæ ſint per Nouell. *1.* §. *penult.* Item Nouel. *115.* §. *aliud aũt capitulum.* Reclamant tñ Dec. *hic n. 25.* Item Bart. Soc. *d. l. centurio,* quis autem iuſtiora arma induerit, alibi commodius exſequemur.

Expendit præterea eadem gloſſa nõnullos alios effectus, ſed quod ab eadem vel aliis recte refellantur, eoſdem nõ perſequar. Tertia vtilitas quam ponderant Bartol. *hic numer. 19.* eſt quod in fideicommiſſaria fructus ex negligentia non petentis percepti, non reſtituantur, *l. in fideicommiſſaria 18 ff. ad Senatuſconſultum Trebellianum, l. facta 63.* § *ſi heres, ff. eod. titul.* aliud comprobandum ſit in directa ſubſtitutione, *l. centurio 15 ff. hoc titul.* Et quamuis diſſentiunt Caſtrenſ. *numer. 20. Alexand. num. 18. Iaſon numer. 17* ego tamen puto illam temere repudiãdam non eſſe, quod in directa ſubſtitutione omni iure in ipſum ſubſtitutum tranſlato, *l. cum heredes 23. ff. de acquirend. vel amitten. poſſeſſ.* heredes ab inteſtato nullum lucrum ex re aliena ſentire debeant, *l. qui ſcit, ff. de vſur.* quod malæ fidei poſſeſſores intelligantur, *dicta lege qui ſcit, & l. certum, ſupra. de rei vindicat. on. l. 25.* §. *ſed & fructus, ff. de pet. herd.* Quod de illo, qui ex fideicomiſſo rẽ debet reſtituere, dici non poteſt, cum interim dominus ſit.

Porro idem Bart. *num. 19.* Caſtr. Alexan. Iaſon, vt ſupra, adhuc aliam vtilitatem obſeruarunt, quod heres poſſit deducere

Digitized by Google

illud, quod ſibi naturaliter debetur, *l. Stychum 95. §. aditio, ff. de ſolution.* quod ſane locum non haberet, ſi heres non eſſet, ſed tota hereditas iure directo in aliũ, quam matrem tranſiret, quod tamen eo caſu exaudiendum eſt, quo mater hereditatem filii non poſſideret, agere enim poterit, vt reſtitutione facta, hac prærogatiua vti poſſit, *l. Lineam 26. ff. ad l. Falcidiam.* Si enim iam in poſſeſſione eſſet, vtroque caſu id facere non prohiberetur, vt tradit Fulgoſ. *hic num. 9. Alexan, num. 18. arg. legis, ſi quid poſſeſſor 31. §. iuſtus, ff. de petit. hered. & ibid. gloſſ.*

Quintam vtilitatem Ang. *num. 11. Caſtr. num. 20. Iaſ. num. 17. Dec. num. 25.* inde metiuntur, quod ea quæ conditionis cauſſa heredi ſint præſtanda, fideicommiſſario inferri nequeant, ſed heredi ſoluantur, *l. qui heredi 44. §. cum hereditas, ff. de condit. & demonſt.* Sed quod obſtet *l. ſi is, qui in poteſtate, ff de legat. præſtand.* idcirco de ſolutione noſtri doctores laborant, quę duplex in præſentia occurrit, quod bonorum poſſeſſor, de quo ille §. agit, loco heredis per omnia habeatur, *l. prætor, ff. de regul. Iur. Item l. 1. ff. de bonor. poſſeſ.* Secundo, quod cum legatum ibidem de iure ſpeciali & beneficio prætoris conſeruetur, *vt l. 1. in princip. eod. titul.* non debeat alienum a ratione videri, ſi ſuum poſſeſſorem idem prætor tali compendio fraudari noluerit.

Sextus effectus præſentis obſeruationis eſt, quod fideicommiſſarius ante reſtitutionem ipſi factam, nõ poſſit implorare beneficium, *l. fin. infra. de edict. D. Hadrian. tollend. l fin. infr. de codicill.* & quod ante reſtitutionem nullum ius in bonis habeat, *l. reſtituta, l. facta, ff. ad Senatuſconſultum Trebellianum, Ita Bart. d. l. fin. de edict. D. Adrian. tollen. nu. 9. Dec. nu. 24. Menoch. 166. Iaſ. hic n. 17.*

12 His igitur † & ſimilibus effectibus conſideratis, animaduertimus hanc diſceptationem non infrugiferam eſſe. Reliquum igitur foret, vt quam interpretationẽ cui præferendam putarem, additis rationibus, ingenue expromerem. Liceret itaque mihi cum Angelo Matheacio, *de legat. & fideicom. lib. 1. cap. 15.* in hæc verba prorumpere: Caſtellionei ſententiam ceteras ingenio ſuperare, Emanuelis reliquas ſubtilitate anteire, Bartoli & Alexandri quaſcunq; alias æquitatis temperamẽto vincere. Sed quia id adeo indiſtincte non poſſum, & Cuiacii, deinde Alciati expoſitiones etiam negligendæ, & in quibus hoc res cõcedit ſua laude fraudandæ non ſint, certis concluſionibus, quid ſentiam, aperiendum exiſtimaui.

Conſtituo itaque initio militem ſi velit nedum intra pupillarem ætatem, ſed etiam poſtea † directo poſſe ſubſtituere, ita vt ſi de 13
tali voluntate conſtet, illa ad fideicommiſſi interpretationem deflecti nequeat, quamuis Cuiacius & alii qui ipſi aſtipulantur diſſentiant. Mouet me primo *lex, in teſtamento 6. ſupra. de teſtam. milit.* vbi aperte cauetur, licere militibus, etiam heredibus extraneis, poſtquam heredes exſtiterint, ex proprio priuilegio ſubſtituere, abſurdum ſane eſſet, ſi hanc ſubſtitutionem de fideicommiſſaria intelligeremus, cum quilibet paganus illud poſſit, *§. fin. Inſtit. de pupill. ſubſtit.* Neque puto audiendum, qui excipere velit, poſſe illum hoc facere, ſed directam ſubſtitutionem conuerti in fideicommiſſariam: talem enim inſtantiam, refellit comparatio ſubſtitutionis impuberi filio factæ, illa enim ita directa eſt, vt omnia bona teſtatoris & impuberis in ſubſtitutum ſine vlla detractione transfundat, *l. centurio 15. l. ſed etſi plures, §. ad ſubſtitutos, ff. hoc tit.* Sẽſus enim legis eſt, qua ratione parens extraneo ita ſubſtituere poteſt, vt omnia, quæ ab illo accepit, ſubſtituto eueniente caſu cedant, ita etiam poſſit filio, quem cum alio inſtituit, & inuicẽ ſubſtituit: addit tamẽ in fine probationem voluntatis ipſi incumbere, qui hereditatem ex tacita pupillari ſubſtitutione defendebat, cuius rei duæ ſunt rationes, vna, quæ cũ paganis etiam cõmunis eſt, quod hæc ſubſtitutio non ſubaudiatur, ſi perſonæ ſint diſpares, *l. Lucius 45. ff. de vulgar. & pupill. ſubſti. l. 2. & l. quamuis h. tit.* altera, quod in teſtamento militari huiuſmodi tacitæ coniecturæ locum non habere videantur, cum voluntas eius exaudiatur, quatenus expreſſa eſt, *l. 3. & l. ſi miles 6. ff. de teſtam. milit. de qua re, in l. fin. tit. præcedenti.*

Secundo adducor ad ita pronũtiandum, quod in poteſtate militis ſit, & ex directa fideicommiſſariam ſubſtitutionem facere, *l. quærebatur 19.* & ex fideicommiſſaria directam, *l. militis 36. ff. de teſtam. milit.* & vtroque in caſu certum ſit, ſeruandam eius voluntatem, quæ obſeruatio ſane inanis eſſet, ſi directa ſubſtitutio a milite facta, poſt aditam hereditatem non plus poſſet, quam fideicommiſſaria, aut ſemper in fideicommiſſariam conuerteretur.

Tertio, ꝗ qua ratione miles, ſi aliquem ad tempus heredẽ ſcripſerit, alium ex tempore

pore inſtituere poteſt, *l. in fraudem 15. §. miles, l. quærebatur 19. §. fin. l. miles ita 41. in princ. ff. de teſtam. milit.* adeo, vt ſecundus heres totam hereditatē ſine diminutione aut onere conſequatur, *d. l. 19. §. fin.* ita quoque poſſit eodem modo puberi ſubſtituere.

Quarto, quod *l. filiusfamilias, ff. de milit. teſtam.* comprehendatur, filiumfamilias militem, quē velit bonorum ſuorū poſſe facere ſubſtitutionem, cum tamen ex *l. 2. ff. hoc tit.* edoceamur, neminē illi ſubſtituere poſſe, qui in patris poteſtatem recaſurus ſit.

Quinto, quod *l. in fraudem 15. §. antepenul.* idem etiam, idque haud obſcure caueri videatur in verba ſequētia. Item *tam ſibi quam filio, iure militari teſtamentum facere poteſt, & ſoli filio.* Hæc verba plane coarguunt, ICtum non loqui de fideicomiſſaria ſubſtitutione, cum ibidem opus non ſit tali prærogatiua, ſed de directa & militari ſubſtitutione.

Sexto, quod *l. centurio 15. ff. eod. tit.* id ſatis aperte inſinuet, dū primo ait, quod directo ſubſtituit, vſque ad quintum & viceſimum ætatis annum, quaſi ſignificare velit, quod illa ſubſtitutione vſus ſit, quæ in ſolam teſtatoris perſonā conferatur, veluti ſi filius intra 25 ætatis añum ſine liberis deceſſerit, Sempronius heres mihi ſit, quaſi velit hereditatem recta tranſire in ſubſtitutum, perinde, ac ſi nunquā in pſona filii ſubſtituiſſet. Neque pōt hæc definitio dura videri, cum ſubſtitutio non ſit perpetua, vt recte expendit Alciatus, ſed eo tempore exſpiret, quo confirmato filii iudicio, de facultatib. recte diſponere poſſit, *l. 1. §. 2. ff. de min. in integ. reſtit.* deinde, cum habeat moderationem cum ſumma prudentia cōiunctam: non n. filium duntaxat prætulit ſubſtituto, ſed & liberos, *l. Lucius 85. ff. de hered. inſtit.* Accedit q; non proponatur mater interueniſſe, vt in noſtra l. neq; etiamſi illam ſuperſtitē fingeremus, ſubſtitutio ad fideicommiſſi interpretationem trāſferri poſſet, ex rationibus iam antea perceptis, & deinde, q; excipiēdo filios, res diligentius ipſi meditata intelligatur, *l. quæſitum. §. denique, ff. de inſtr. & inſtrum. lega.* & ſic alios excluſiſſe. Deinde quod id cōfirment ſequentia verba, dum ſubiicit: *ſubſtitutum intra pubertatem filio defuncto, omnia bona capere, etiam quæ propria ipſius filii fuerūt, poſt eam ætatem duntaxat patris, cum fructibus inuentis in hereditate.* Cum itaque pupilli bona, ſine vlla detractione iure directo capiat, conſequens eſt, vt idem in patris bonis quoque eueniat, ne vnum & idem verbum in dubio inæqualiter determinet, *l. fin. infr. de ſent. & interlocu. omn. iud. l. iam hoc iure, §. 2. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit.* Vltimo, q; in dubio verba in directa ſignificatione exaudienda ſint. Quod autē poſt ætatem † pupillarem 14
ſola bona capiat, quæ a teſtatore profecta ſunt, non illa ratio eſt, quā Cuiacius perpendit, quod ſubſtitutus dūtaxat iure fideicommiſſi admittatur, *l. coheredi 41. §. quod ſi heredem, ff. h. t.* ſed vt recte animaduertit Anton. Faber *coniectur. libr. 15. c. 12.* in Cuiacium eo nomine ſtomachando, & ante eum Alex. *hic nu. 17. & 18. Iaſon n. 17.* & paſſim alii cum hic, tum in *d. l. centurio,* quod illud † coniun- 15
ctum eſſet cum iniuria filii, cū homini ſanæ mentis in bonis propriis teſtamenti factio adimenda non ſit, *l. ex facto 43. ff. h. tit.* quod denique militibus in alienam iniuriam priuilegia tribui non ſoleant, *l. impuberi 40 ff. de adminiſt. & peric. tutor. l. cum filiusfamilias 28. l. miles ita 41. §. nec tutorem, ff. de teſtam. milit. l. 1. § ſi quis a prin. & § merito, ff. de eo quod cert. loc.* adeo † vt ſiue directo, ſiue ex fideicom- 16
miſſo hereditas reſtituatur, nihil hoc caſu interſit, vt gloſſam reprehendentes oſtendunt Bart. *nu. 6. Caſtrenſ. nu. 19. Alex. num. 16. Fulgoſ. n. 9. Cyn. n. 11. Iaſ. nu. 17.* nec illud abſurdum videri debet, cum vtrobique eadem ratio interueniat, nam vt ipſe Goueanus *in d. l. centurio, n. 3.* quoq; fatetur, non natura fideicomiſſi, ſed ratio a nobis conſiderata id effecit. E diuerſo ſi certū ſit, militem velle, vt iure fideicommiſſi ſubſtitutio valeat, voluntati ipſius † parebitur, *l. quærebatur 19. ff. de te-* 17
ſtam. milit. & l. coheredi §. quod ſi heredē filium, ff. de pupill. & ſubſt. Conſtare autem de ipſius voluntate dicitur, ſi illud expreſſit, vel ſi verbis obliquis vtatur, vt in *d. l. quærebatur,* ſecundum teſtamentum condendo heredi fidecomiſerat, vt prius teſtamentū valeret, quo caſu procedere poſſet obſeruatio Antonii Fabri *d. lib. 15. c. 12. circa fin.* quod ex quo miles id, q; directe valere poterat, in fideicommiſſi cauſſam conuertit, etiā videatur voluiſſe, vt Falcidia locum haberet, & ſic iure communi ſubſtitutus vteretur, *arg. l. in teſtamento 6. ſupr. de teſt. milit. & in l. 2. eod. tit. & l. 2. §. ſi. ff. de codicill.* q; ego pro certo in præſentia affirmare non ſuſtineo, idē igitur ꝓbarem, ſi verbo reſtituendi vſus eſſet, vt *d. §. quod ſi heredē,* vbi ſubſtitutio pupillarē ætatē excedens, pp dictionem reſtitutionis omni tp̄e fideicōmiſſaria eſt. Porro reliquū eſt, vt diſpiciamus quid iuris ſit, ſi dubiā militis voluntatē eſſe ponamus, *vt in hac lege,* vbi mater in ſuis precibus non erat complexa, in primum, an in ſecundum caſum, præterea

Digitized by Google

an quouſque ad pubertatem perueniret, an denique ſine tẽporis definitione, quis ſubſtitutus fuiſſet. Coguntur itaque Imperato-
18 res formare † facti ſpeciem, & inde naſcentes quæſtiones, & quidem, ſi in primum caſum ſubſtitutio facta fuiſſet, quid tunc iuris ſit, ſupra intellectum eſt, quod ſi vero in ſecundum caſum concepta eſſet, quæ pupillari ætate terminaretur, hic etiam nihil controuerſi eſſe animaduertimus, ſed ſi ſubſtitutio illam ætatem exceſſiſſet, quid eo caſu probandum ſit, id demum eſt, quod quæri-
19 tur. Non conuerti ſubſtitutionem † in cauſſam fideicommiſſi, Caſtellioneus, & quos a parte ipſius ſtare oſtẽdi, defendunt. Ceteri omnes in eo conueniunt, vt fideicommiſſum eſſe putent, ſed in reddẽda ratione diſſentiunt. Non dubitarim itaque conten-
20 dere Caſtellionei, Fulgoſii & aliorum ſententiam hactenus obtinere, vt verum fideicommiſſum non ſit, id enim demonſtrant rationes a nobis *n. 15.* in hanc rem ponderatæ, euincunt deinde textus noſtri verba, *velut ex iuſta cauſſa fideicommiſſi.* Certum autem eſt dictionem *velut*, notam improprietatis, vel fictionis eſſe *vt l. tale 72. ff. de condit. & demonſtr.* §. *1.* velut Mutiana exſecutio, *l. A diuo Pio 15.* §. *ſi pignora*, veluti pacto transegiſſe videntur, peculium veluti patrimonium eſt §. *actiones, de peculio, Inſtit. de actionibus*, velut longa poſſeſſio in rebus incorporalibus, *l. 5.* §. *penult. ff. de itin. & act. priuat.* vt dum bonorum poſſeſſores, velut heredes dicũtur. Sed tamen illis ex eo aſſentiri nõ poſſum, quod ſtatuant hanc ſubſtitutionem nihil differre
21 ab illa, de qua † mentio fit *l. centurio, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quod qua ratione illa lex directæ ſubſtitutionis interpretationẽ, nedum intra pupillarem ætatem, ſed etiam poſtea recipit, ita quoque & in præſenti lege dicendum ſit. Prohibet enim me illud admittere illa verba, te ſucceſſionem eius obtinẽte. Quod ſi enim mater ob directam ſubſtitutionem nihil iuris in bonis paternis habebat, cur Imperatores talem ſucceſſionem ipſi adſcribunt, nec audiendum puto Duarenum, qui rem in diuinationem committendo, ait, *matrem precib. comprehendiſſe, quod bona tam facto apprehendiſſet*, cum illud plane incertum ſit, nec etiam veriſimile videatur, quod hæc eadem verba, non tam factum deſignent, quam iuris definitionem, ſine, vel cum facto coniunctam. Quod autem ius demonſtret, apparet ex *l. nihil aliud, ff. de verb. ſignific. & l. nihil, ff. de regul. iur. Item l. 1. & 2. ſupra. de Carb. edict. l. 1. ſupr. vnde vir & vxor.* Certum autem eſt, quod quando verba factum complecti & ius poſſunt, intelligi debeant, potius de iure, quam de facto, *l. 2.* §. *quod vulgo, ff. pro emtore.* Probant præterea, hoc non eſſe veriſimile, & ſimul etiam Caſtellionei & ſuorum interpretationem amplecti vetant ſequentia verba, *velut ex iuſta cauſſa fideicommiſſi*, quaſi Imperatores indicare velint, non eſſe verum fideicommiſſum, habere tamen naturam † vel effectum 22
fideicommiſſi, quemadmodum bonorum poſſeſſor heres non eſt, ſed habet tamen omnia commoda pene quæ heres *d. l. 1. & 2. ff. de bonor. poſſeſſ.* qua ratione etiam quaſi poſſeſſio longa, nõ eſt vera poſſeſſio, habet tamen ſimiles effectus. Deinde expendo vltima legis noſtræ verba: quæ, cum moreretur patris fuerũt, a te poſſunt peti. Si enim directo heredes erant, cur recta poſſeſſionem non amplectuntur, *l. cum heredes 22. ff. de acquirend. vel amittend. hered. l. 1. & tot. tit. quorum legat.* aut quid opus fuit petitione ex quaſi fideicommiſſo, cum reſtitutione, de qua *in l. reſtituta, item l. facta. ff. ad SCtum. Trebell.* nullo indigerent iã dominio rerum ſingularum ex directa ſubſtitutione & ſecuta aditione quæſita, *d. l. cum heredes, ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Nam ſi de nudæ poſſeſſionis auocatione id intelligendum eſt, cur Imperatores non deferunt remedium poſſeſſorium, de quo in *l. 1. ff. quorum bonorum. Item l fin. infra. de edict. D. Adriani tollend.* aut quid cauſſæ eſt, quod in præcedẽti quæſtione non eodem modo, ſed longe alia ratione locuti ſunt, habeat heredes, quos pater ipſi cõſtituerit, & adierint hereditatem, hic de petitione muta omnia ſunt, quod adita hereditate, heres non ex manibus eorum, qui ab inteſtato ſuccedere poſſent, ius aliquod recipere, aut denique poſſeſſionem ab illis quærere cogatur contra *d. l. cum heredes, & l 1. & tot. tit. quor. legator. l. Itẽ veniunt,* §. *fin. l. non tantum, ff. de petit. hered.* Quæ conſideratio † etiam efficit, vt multo minus ꝓbare poſſim conſilium Anton. Fabri, qui 23
coniectur. lib. 15. cap. 13. contendit, legem in cuius enarratione verſamur tribus in locis temeritate cuiuſdã inepti interpretis gloſſema internectentis corruptam eſſe, & primum in verbis, ſi intra decimum ætatis ſuæ annum, aut poſtea deceſſerit. Deinde in verbis: *Et adierint hereditatẽ*: Vltimo in verbis, de quibus tantopere laboramus, *velut ex iuſta cauſſa fideicommiſſi.*

Tota

Tota igitur mea diſceptatio eo redit, vt ſtatuam non proponi in noſtra lege verum fideicommiſſum, q; verba illud non concedant, quæ cum in vulgari & pupillari ſubſtitutione directa fuerint, & hic etiã interpretationem acceperint, in ſequẽti ætate ſimilem expoſcere viderentur, *d. l. centurio, ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* Imperatores tamen, motos variis circumſtantiis, naturã fideicommiſſi huic ſubſtitutioni accomodaſſe. Cir-
24 cumſtantias autẽ non ſeparo vt noſtri † interpretes, ſed pro inſigni parte coniungo, q; ſcil. dubium fuerit, quibus verbis teſtator ſit vſus, quod ex conceptione, quam ſatis ambiguam formãt Imperatores, appareat, ſubſtitutionẽ nullam temporis definitionem habere. Nõ enim videtur veriſimile, quod teſtator tam longo tempore vnam & eandem filii ſui conditionem, vt is iam maturæ ætatis factus, de bonis a patre profectis, nihil in teſtamento ſaltem, pro legitima portione, quæ quarta eſſe ſolet, *l. cum quæritur,* aut ab inteſtato in filios vel matrẽ tranſmittendi haberet facultatem, vt non tam fauor matris quam filii, quæ tamen cum materna pietate coniuncta ſit, conſiderata videatur.
25 Diuerſa † cauſſa eſt *l. centurio*, ibi enim IC. certo proponit directam ſubſtitutionẽ fuiſſe, quaſi ſtatuamus verba ſubſtitutionis ita concepta fuiſſe, *ſi filius meus intra vigeſimum & quintum annum vita deceſſerit, Sempronius frater meus heres mihi eſto.* Porro, in præſenti conſtitutione obſcurum eſt, an verba directa fuerint, deinde, ſi id admittamus, videntur, vt recte animaduerterunt Emanuel a Coſta & Menochius, collata fuiſſe in perſonam pupilli, veluti, *quod ſi contingat, quod abominor, filium ſine liberis vitam cum morte commutare, Sempronius ei heres eſto,* vel ſimpliciter nulla mentione liberorum facta, veluti *filius meus heres eſto, ſi, quod abominor contingat, illum ante fratrem meum Semproniũ mori, idem frater illi heres ſit,* aut generalius, vt videntur velle interpretes, *quandocunq; morietur frater meus ipſi heres ſit.* Hæc enim verborum conceptio, haud obſcure inſinuare videtur, non fuiſſe teſtatoris mentem, vt hereditas ſua recta ad ſubſtitutum tranſiret, vt in præcedenti formula, ſed vt mediante perſona filii & opera ipſi ſuccedentium id fieret *arg. l. vel ſingulis 37. ff. hoc tit.* item *l. cum ex filio, §. 1. hoc tit.* Nec mouet quod hæc verba intra pubertatem ita directa ſint, vt totam hereditatem in ſubſtitutum transfundant *l. 8. §. ſed nec impuberis, ff. de inoff. teſtam.* hoc enim propterea contingit, quod filius ſibi teſtamentum facere nequeat, quæ cauſſa poſt illam ætatem ceſſat. Accedit quod ſi contendamus, mentem militis fuiſſe, vt tota hereditas transferretur, ex quo tamen iure cautum non deprehendatur, quod filio pupillariter, vltra illam ætatem ſubſtituere poſſit, propterea talis ſubſtitutio irrita cenſenda videretur, *l. verbis 7. item l. in pupillari 14. ff. hoc tit.* niſi Imperatores fauore militum talem volũtatem ita tueri voluiſſent, vt quam minime ius cõmune læderent, & propterea ex priuilegio militari his verbis prærogatiuam fideicom-
miſſi adſcriberent: Vt hoc † modo defendi 26
poſſit expoſitio Cuiacii, qui tamen in eo noſtro iudicio minus commode ſentit, quod idem etiam in omni directa, quæ in parentis quoq; perſonam concepta eſſet, aſſerere conatus ſit, contra *l. centurio,* & alias leges & rationes a nobis allegatus.

Obſeruandum præterea idq; quarto eſt, quod cum vt iam ſæpe inculco, nos fugiat, quæ fuerit verborum formula, ex textu tamen appareat, quod Imperatores † vim in 27
pronomine *ei* collocarunt, nihil prohibeat Bartoli & aliorum conſideratiõẽ, qui verbis communibus hãc interpretationem adſcribere videntur, in conſiliũ adhibere, veluti ſi ita fingamus formulã compoſitã fuiſſe, *ſi filius meus quod abominor, quandoq; ante fratrem meum Sempronium fato cõcedet, tunc eundem Sempronium quocunq; tempore filius meus morietur, ei ſubſtituo.* Quamuis enim ſatis dubiam eſſe ſtatuam traditionem noſtrorum, generaliter diſtinguentium inter verba directa & communia, & deinde ex præludiis noſtri tituli appareat, ſubſtituendi verbum in dubio inter directa referri, tamen oſtendimus eius proprietati nõ repugnare, vt etiam fideicommiſſi cauſſam complectatur, ſi id circumſtantiæ ſuaderent, vt in præſenti noſtra lege, vbi alienum videri non debet, ſi, vt cœpi iam demõſtrare, illo caſu, quo pater pupillarem ætatẽ ſimpliciter excederet, aliud Imperatores ſtatuerint, quod durum videatur, ſi dicamus parentem tam illiberaliter cum filio egiſſe, vt ſi Deus ipſi etiam in quinquaginta, ſexaginta, aut amplius annos ſpiritum propagaſſet, non poſſet teſtando quidquam illis impartiri de bonis paternis, qui de ipſo bene meriti ſint, aut moriẽdo ab inteſtato in propriam ſobolem vel matrem ſuam, aut alios neceſſarios quidquã trãſmittere. Quamuis † enim quod ad filios attinet, 28
illis videatur ſatis prouiſum eſſe per *leg. cum*

Digitized by Google

auus.ff. de cond. & demonſt. tñ controuerſum eſſe conſtituo, an priuſquam Iuſtinianus rerũ potiretur, Papiniani ſentẽtia obtinuerit, *l. qui filium, ff. ad SC. Trebell.* vt oſtendi *in l. generaliter, §. 1. ff. de cond. & demonſtr.* & an illa conſtitutio etiam in militibus procedat.

Deinde admiſſa tali interpretatione, quæ a pietatis cauſſa non aliena eſt, & quam defendunt Barth. Socin. *in l. cum auus 102. ff. de condit. & demonſtr. nu. 25. Emanuel Coſta in c. ſi pater, in prima part. in verb. abſque liberis, n. 12. Menoch. libr. 4. præſumt. 89. nu. 131.* quid prohibet ipſos Imperatores ex circumſtantiis motos, quod filius ſine præfinitione tẽporis ſubſtitutum habuiſſet, ad hanc declarationem ex eodem fonte procedere, cum non
29 minus pie parentibus † atq; filiis conſulendum ſit, *l. 14. ff. de inoffic. teſtam.*

Hæc igitur & ſimilia Imperatores mouerunt, vt ſecuti patris piã in filio affectionem, hanc duritiam ex præſumta ipſius voluntate mitigarẽt, maxime ꝙ illa interpretatio, quæ
30 nos ad iuris † regulas reducit, plauſibilis videatur, *l. ſi vnus, § pactos, ff de pact.* atqui etiã cum certę coniecturę vel adminicula talem militis cogitationem inſinuẽt, is iure communi vti velle videatur, *l. in teſtamẽto 6 l. quãquam 2. ſupr. de teſt. milit.* rem ad fideicõmiſſi, ſi non propriam ſaltem nõ abſimilem cauſſam tranſtulerunt.

Non mutant itaque illa argumenta, quibus Fulgoſ ſententiam ſuam ſtabilire conatus eſt, ꝙ dictio *ſicut*, ſit nota ſimilitudinis, ꝙ nullum ſimile ſit idem, nam id ex conceſſo iam obtinuit, ceterum collectio ipſius ex iure cognitis argumentis labefactata eſt.

In eadem cauſſa eſſe conſtituo, quę de filio, quem miles legitima portione fraudare poſſit, cõmemorantur, vt multo magis ma-
31 trem filii poſſit fraudare. Nam † vt illud cõcedam, ſiquidem iura Codicis ſpectare velimus, ita ſane non ſtatim ſequitur id patrem voluiſſe, *vt arg. l. ſequens 68. ff. de leg. 2.* cui adiicio *l. in teſtamento 6. Item l. quanquam 2. ſupra. de teſtam. milit. l. quærebatur 19. l. Tribunus 20. l. Diuus 24 ff. de teſtam. milit.* idque defendunt Ang. *hic n. 11. Caſt. n. 19.* vbi gloſſam ita exaudit, Alex. *n. 7. Iaſ. n. 17. Alciat. in d. l. centurio, num. 20.*

Quamuis itaq; dubiũ ſit, an miles directo ſubſtituendo videatur habuiſſe animum, vt hereditas cum legitima portione trãsferretur, vt videre licet hic apud Alex. *n. 17. & 18. Caſt. n. 19. & 20. Iaſ. n. 17.* tñ ſecũdum eoſdem, nec non Angelum, Alciatũ Baldum in locis allegatis diuerſa cauſſa fideicommiſſi eſt, in
quam legitima portio † nõ comprehendetur, *l. coheredi 41. §. quodſi heredem, ff. hoc tit. l. quærebatur 19. ff. de teſtam. milit.* Nec obſtare 32
exiſtimo † *l. Papinianus, § ſed nec impuberis, ff. de inoff. teſt.* ex qua edocemur, parentẽ ita ſubſtituere poſſe, vt nulla ratio matris habeatur. Duplex n. cõſideratio hũc ſcrupulum ſubmouebit: prima, ꝙ ſatis cõtrouerſum ſit, an legitima portio, quæ matri debeatur, per huiuſmodi ſubſtitutionem adimi poſſit, vt multis auctoribus in vtramq; partem relatis oſtendit Iac. Menoch. *lib. 4. præſumt. 38.* Deinde, ꝙ hic nõ tractetur de legitima matris, ſed filii, & conſequenter potius de fauore filii quã matris, ne is iam maturæ ætatis, diſponẽdi facultate, omnib. bonis paternis in ſubſtitutum translatis, priuetur, ꝙ durũ eſſe, ſiue cãm teſtamenti ſpectemus, apparet ex *l. pactum, ſupr. de pactis*, & rationib. ibidem a nobis propoſitis, ſiue etiam inteſtati conditionem inſpiciamus, cum matri, quæ illum conceptum in doloribus peperit, aluit, educauit, *l. maximum vitium, inf. tit. prox.* quæq; ex morte ipſius ſum̃a doloris acerbitate affligatur, *l. iure ſuccurſum eſt, ff. de iure dot.* moriens nihil ſolatii ex bonis paternis, in tam triſti ſucceſſione relinquere poſſit. Quæ rationes ſane non interueniunt, *in d. §. ſed nec impuberis.* His ita ſubductis non mutat, † ꝙ 34
verba potius in directa ſignificatione accipienda ſint, *c. ſi pater*, quia illud libenter concedimus, quãdo tractatur de pupillari ſubſtitutione, vt *d. c. ſi pater*, aut vere directa ſint, vt *d. l. centurio*, quod ſi vero ſint ambigua, aut in formam pupillaris conditionis cõcepta, quæ ætatem pupillarem tamen excedant, & illæ circumſtantiæ interueniãt, quas iam dudum † depingimus, hic ſane benignior 35
ſententia amplectenda videtur, quod odia interpretatione adiuuanda non ſint, *l. cum quidam, ff. de lib. & poſth. hered. inſtit* ꝙ verbo ſubſtituendi non repugnet cã fideicom̃iſſi, *l. coheredi 41. §. cũ filia, cum § ſeq. ff. h. t. l. coheredi, §. 1. & 2. ff. ad SC. Treb.* vt admonui in præludiis huius tit. quod fauorabilis ſit cauſſa, qua ad ius commune certa ratione videmur redire, *l. ſi vnus, §. pactus, ff. de pact.* ꝙ miles in ſua diſpoſitione non videatur inde alienus fuiſſe, *l. quanquam, l. in teſtamento, ſupra, de teſtament. milit.* quod denique non ſit inſolens in noſtro iure, vt vnum & idem verbum diuerſis rebus, in vna orationis ſtructura applicatum, nõ æqualiter, ſed pro natura rerũ quib. accom̃odatur, determinet,

l. 2.

Digitized by Google

l. 2 ff. de offic. procõſ. l. certi condictio. ff. de reb. credit. ſi cert. pet. & l. quotiens, ff. de verb obligat. Quamquã noſtri Imperatores naturã ipſius ſubſtitutionis & determinationis intuentes, videãtur nõ fideicõmiſſi interpretationẽ, vt antea admonui, introducere, ſed prærogatiuam, quæ eadẽ complectatur, & vel eũdem effectum habeat, moti circumſtãntiis, quas tota ſeries exhibuit. Ex quibus etiam apparet, nõ ſingulas rationes, ſed in vnum colla-
36 tas id impetrare. Non puto tamen † eo acerbitatis progrediendum, vt omnes ſine exceptione deſiderentur, ſed præcipuas etiam id efficere poſſe. Quid enim ſi filius matrem non habeat, ſed teſtamento bene de ſe meritos cõplectatur: Quid ſi mater non ſuperſit, ſed auia, vel frater ſororue? Quid ſi non ſcripſit ſecundum heredẽ in formam pupillaris ſubſtitutionis, ſed indefinite locutus ſit, veluti *ſi filius meus intra pupillarem ætatem, vel quocunque tempore ſine liberis deceſſerit, Titium ſubſtituo.* Etenim ſi cetera adminicula interueniant, exiſtimo & his caſibus admittendam fideicõmiſſi interpretationem.

Lex, Humanitatis 9.

SVMMARIA.

1 *Exemplaris ſubſtitutionis introducendæ ratio excuſſa.*
2 *Eiuſdem ſubſtitutionis explicatio certis membris diuiſa.*
3 *Definitio exemplaris ſubſtitutionis.*
4 *Diuiſio in expreſſam & tacitam ſubſtitutionem exemplarem.*
5 *In quibus perſonis hæc ſubſtitutio locum habeat.*
6 *An naturalibus liberis parens ad exemplum ſubſtituere poſſit, cum auctoribus & argumentis affirmatiua ſententia.*
7 *Negatiuæ enuntiationis aſſertores & argumenta.*
8 *Diſtinctio ſiue conciliatio auctorum.*
9 *An exheredatis liberis ad exemplum ſubſtitui poſſit.*
10 *An pater filio impuberi & dementi ad exemplum ſubſtituere queat.*
11 *Auctores & argumenta pro ſententia negatiua.*
12 *Contrariæ ſententiæ defenſores & fundamenta.*
13 *Confirmata ſententia affirmatiua & contraria.*
14 *Exemplarem ſubſtitutionem furioſo fieri poſſe, repudiata ſententia Angeli.*
15 *Prodigo etiam recte ad exemplum ſubſtitui.*
16 *Idem etiam procedere in muto & ſurdo.*
17 *Simpliciter verſatis item phreneticis non recte ad exemplum ſubſtitui.*
18 *Quibus perſonis hæc facultas ſubſtituendi deferatur.*
19 *Parentum pronuntiatione qui contineantur.*
20 *Differentiæ ratio excuſſa, quod mater ad exemplũ ſubſtituere poſſit, pupillariter autem non poſſit.*
21 *Si pater & mater ſuperſtites ſint, cui ſubſtituẽdi facultas competat.*
22 *Auctores & argumenta, qui proponunt vtramque perſonam admittendam.*
23 *Opinio Bartoli patrem præferendum eſſe, ſi filium in poteſtate habeat.*
24 *Auctores qui indiſtincte patrem præferendum eſſe pronuntiant & argumenta.*
25 *Vltima ſententia ab auctore confirmata.*
26 *Qui ad exemplum ſubſtitui poſſint.*
27 *Ingens difficultas circa explicationem noſtri textus.*
28 *Ratio differentiæ quod pater pupillo, quos velit ſubſtituere, poſſit, aliud autem ſeruetur in exemplari ſubſtitutione.*
29 *An parentes certos filios furioſi eligere poſſint in ſubſtituendo excluſis ceteris.*
30 *Affirmatiua ſententia Bartoli, & aliorum cum argumentis.*
31 *Contrariæ ſententiæ aſſertores.*
32 *Argumenta huius ſententiæ.*
33 *Confutata prior ſententia.*
34 *Ratio quod Imperator nepotum, qui ſaperent duntaxat mentionem fecerit, tãquam ſoli ſubſtituendi eſſent.*
35 *Patrem ad exemplum ſubſtituentem, matrem dementis præterire non poſſe, contra multos interpretes.*
36 *Ratio quod Iuſtinianus nullam de matre ſubſtituẽda mentionem fecerit.*
37 *Exceptio non excludit caſus, in quibus vrgentior ratio interueniat.*
38 *Matrem a filiis ex noua conſtitutione Iuſtiniani omnino inſtituendam.*
39 *Quibus verbis hæc ſubſtitutio concipiatur.*
40 *Quæ ſint requiſita huius ſubſtitutionis.*
41 *An pater ſubſtituere poſſit, quamuis integram legitimam dementi filio non reliquerit, cum doctoribus & argumentis negatiua ſententia.*
42 *Affirmatiuæ ſententiæ propugnatores & argumẽta.*
43 *Confirmata negatiua ſententia.*
44 *Auus nepotibus dementibus ſubſtituere nõ poteſt, qui in patris poteſtatem recaſuri ſint.*
45 *Exemplaris ſubſtitutio ſine aditione hereditatis paternæ ſuſtineri non poteſt.*
46 *Effectus exemplaris ſubſtitutionis, vt omnia bona etiam aduentitia in heredem transferat.*
47 *Exemplaris ſubſtitutio etiam tacitam pupillarem complecti videtur.*
48 *Differentia inter exemplarem ſubſtitutionẽ & pupillarem ſigillatim excuſſa.*
49 *Quibus modis pupillaris ſubſtitutio exſtinguatur.*
50 *An ſi filius poſtea reſipuerit, & iterum in dementiam incidat, ſubſtitutio plane exſpirarit, vt ex hac cauſſa reſuſcitari nequeat.*
51 *Auctores quid defendant, cum fundamentis.*
52 *Contraria ſententia Bartoli & ipſi ſubſcribentium, qui putat ſubſtitutionẽ hoc modo reſtaurari, cum argumentis.*
53 *Diſtinctio Baldi, Angeli, Viglii & aliorum, intereſſe, an ſtatim, an vero ex interuallo in dementiam inciderit.*
54 *Si furioſus ſanæ mentis factus teſtamentum condiderit, prior ſubſtitutio plane exſtinguitur.*
55 *Diſtinctio auctoris, quo caſu Bartoli ſententia, & quo contraria opinio procedere poſſit.*

Digitized by Google

CVm moribus, vt in præludiis noſtri tituli intelleximus, inductũ fuiſſet, vt eũ impuberes teſtamẽtum facere nõ poſſent, parentib. qui eos in poteſtate haberent, huiuſmodi facultas deferretur, *l. morib ff. de vulg.*
1 *& pup. ſubſt.* & eadem difficultas † in dementia laborantib filiis interueniret, neq; quidquam ſimile per conſuetudinẽ, in huiuſmodi pſonis receptũ eſſet, humanitas tñ & pia affectio parentum, vt liberis cõſulerent, *l. fi. infr. de curat. furioſ. l. ſed & ſi iſta, §. ſi. ff. q met. cauſ. geſt. et l. amiciſſimos, ff. de excuſ. tut. auth. matri & auiæ, C. quand. mulier tut. off. fung. poſſ.* eandem iuris poteſtatem etiam in his caſib. exigerent, recte atq; ordine Iuſtinianus feciſſe iudicandus eſt, qui ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, *§. qua ratione, Inſti. de pupil. ſubſtit.* hanc formam ſubſtituendi inuexerit, quã quaſi pupillarem recte dici, in præludiis, noſtri tituli admonui, quamuis gloſ. Bar. Bal. & alii noſtri interpretes eandẽ exemplarẽ appellare maluerint, q ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis inducta ſit.

2 Pro euidẽtiori † explicatione huius materiæ, illum ordinem ſequemur, vt *primo* diſpiciamus, quid ſit quaſi pupillaris ſubſtitutio: *deinde* quotuplex ſit, *tertio*, q b. fiat: *quarto* qui poſſint hanc ſubſtitutionẽ facere: *quinto* qui ſubſtitui queant: *ſexto* quib. verbis concipiatur: *ſeptimo* quæ requirantur ad hanc ſubſtitutionem: *octauo* quis ſit eius effectus: *nono* in quibus differat a pupillari ſubſtitutione: *vltimo* quemadmodum finiatur,

3 Subſtitutionẽ quaſi pupillarẽ † definimus eſſe ſequentem inſtitutionẽ, qua parẽtes liberis ſuis furore, demẽtia, aut ſimili ex vitio, teſtamentum facere prohibitis, heredẽ ſub-
4 ſtituunt. Hæc † ſubſtitutio diuiditur in expreſſam & tacitam. Expreſſa eſt, q verbis diſertis explicatur: tacita quæ ſub vulgari ſubſtitutione cõtinetur, vt diximus in pupillari ſubſtitutione, *l. quis ſup. de impub. & aliis ſubſt.*

5 Procedit hæc eadẽ † ſubſtitutio in liberis vtriuſq; ſexus, qui dementia aut ſimili vitio laborent, nec refert in poteſtate ſint, an minus, *vt hac noſtra l.* Vnde quæritur an idem
6 quoque probandũ † ſit in filiis naturalibus. Etenim Bar. *in l. ex facto, ff. de vulg. & pup. ſubſtit. n 6. Bal. l. hic n. 47. Salyc. nu. 22. Coraſ. nu. 7. Dec. n. 7. Curt Iun. n. 13. Corn. n. 17. Sich. n. 6. Pet. Ricciard. Inſti de vulg. ſubſtit. n. 84. Anton. Fumeus in tract. de ſubſtit. pupil. nu. 65.* vbi hanc opinionem cõmunem appellat, conſtituunt patrem eius rei faciẽdæ ius habere, idq; certis argumentis defendi poteſt. *Primo*, quod natura omnibus communis ſit, *l. qui accuſare, §. in omnibus, ff. qui accuſ. non poſſ. Nouell. 74. §. 1. & Nouell. 89. §. plane.* *Secundo*, quod huiuſmodi parentibus permittatur, vt tutores teſtamento dare queant, *l. fi. de confir. tutor.* *Tertio*, quod in hac ſubſtitutione nõ habeatur ratio patriæ poteſtatis, ſed duntaxat naturalis affectionis, vt *hac noſtra l humanitatis.* *Quarto*, quod communi calculo receptum ſit, matrem filio naturali ad exemplum ſubſtituere poſſe, Vaſq. *de ſucceſ. progreſſ. lib. 2. §. 17. n. 20. Mi h. Graſſ. in verb ſubſtitut. q. 40. n. 4.*

Contrariæ ſententiæ † aſſertores, quod 7
pater naturali filio hac ratione ſubſtituere nequeat, ſunt Iaſ. *in d l. ex facto, nu. 20. Alex. nu. 28. Ripa. n. 53. Ang. nu. 4. Raph. Cuman. nu. 18. Ioh. de Imol. n. 16. Franc. Aret. nu. 11. Zaſius in tract. de ſubſt exempl. n. 4. Polit. num. 13. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. progreſ. libr. 2. § 17. num. 11. Sfortia Oddus par. 4. ſui tractatus de ſubſtitut. quæſt. 4. num. 2.* vbi ait hanc ſententiam magis cõmunem eſſe. Mouentur *primo* argumento noſtræ legis, quæ declarat hanc ſubſtitutionem ita demum locum habere, ſi legitima portio iiſdem relicta fuerit, patrem autem filio naturali nullam legitimam portionem debere, *l. matre, ſupra, de natural. lib & auth. licet, eodem titul.* *Secundo*, per argumentum a pupillari ſubſtitutione, quæ huiuſmodi naturalibus liberis fieri non poſſit, *l. Lucius 45. ff. de vulgari & pupillari ſubſtit.* *Tertio*, auctoritate *l. generaliter, §. ſiue autem. ſupra, de inſtitut. & ſubſtitut.* vbi quæ conſtituta ſunt in filiis, non procedunt in his, qui duntaxat ſunt filii naturales. *Quarto*, quod *l. filium definimus, ff. de his, qui ſui vel alien. iur ſunt.* comprehendatur, illum eſſe filium, qui ex iuſtis nuptiis procreatus ſit, quod hic dici nequeat. *Quinto*, quod mẽtio querelæ, de qua in noſtra lege, ſatis demonſtrat, de filiis naturalibus eandem legem exaudiendam non eſſe, cum inofficioſi querela his non deferatur vt apparet ex *l. liberi, & l. fratres, ſup. de inoff. teſt.* In hac opinionum repugnantia, ſtatuo vltimam ſententiam veriorem, primã vero humaniorem, & propterea † certa cõcilia- 8
tione controuerſiam componi poſſe, vt ſiquidẽ illa bona a patre profecta ſint, ſubſtitutio admittatur, *arg. l. ſi arrogator, §. pen. ff. de adop. & l. ſi plures 10. ff. de vulg. & pup. ſubſt. §. in arrogato, itẽ l. ſi patronus 4. & l. naturali 7. ff. de confirm. tutor. & curat.* quod nulla inuidia videatur, patrem hoc ius exercere in illis, quæ ab eo profecta ſunt, *argum. d. l. ſi patronus, & l. naturali, item §. igitur, Inſtit. per quas perſonas nob.*

Digitized by Google

i iob.acq. Porro, ſi quæratur, quid in aliis bonis obtineat, ſubſiſto, exiſtimarim tamē benigne poſſe dici, ꝙ ſi legitimam portionem huic filio reliquerit, etiam in ceteris bonis ſubſtitutionem procedere, *arg. dict. l. 10. §. ad ſubſtitutos, ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Quamuis enim legitima, portio ex teſtamento, vel ab inteſtato tali filio non debeatur, tñ pater relinquendo fortunas ſuas affectionem ſuam ſatis demōſtrare videtur, ita vt humanitatis intuitu, de qua in noſtra l. hoc ipſi indulgeri debeat: ſi enim mater ſecundum communem interpretationem, hanc poteſtatem habet, quod filiis legitimam relinquere cogatur, vt memoriæ prodiderunt Doctores in *l. ſi quis illuſtris, ad SC. Orſitian.* multo magis id procedet in patre, qui ſpōte relinquit, cum ſufficiat facto explicari, vbi iuris effectum non habet, *l. mulier. ff. de condit. inſtitut.* niſi circumſtantiæ arguerent patrem illud minus ſyncero animo feciſſe.

9 Hinc exſiſtit & illa † quæſtio, *an filiis exheredatis ſubſtitutio fieri poſſit?* Poſſe videtur innuere *l. 1. §. ſubſtituere, ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut*, quod pupillus exheredatis ſubſtitui poſſit, idque affirmat Did. Couarruuias *in cap. Raynutius, extr. de teſtamen §. 6. num. 2.* poſt Politum & Curtium Iuniorem *in hanc ſententiam allegatos.* Verior tamen ſententia communis videtur, quam probarunt Bart. *dict. leg. ex facto, num. 18. Iaſon nu. 29.* & quam receptam eſſe fatetur ipſe Did. *in loco allegato, Dec. hic numer. 7. Mich. Graſſ. dict. quaſt. 40. num. 5.* quod a forma noſtræ l. diſcedendum non ſit, quæ requirit, vt prius legitima portio ipſi relinquatur, & quod furioſus nullam ingratitudinis cauſſam committere poſſit, de quibus *in Nouell 115. §. aliud autem capitulum.* Et quamuis ſint, qui arbitrentur eum exheredari poſſe ex culpa quam ante furorem contraxit, *vt Bartol. in dict. leg. ex facto nu. 19. Iaſon num. 29. Didac. in loco ſupr. allegato*, tamen ſatis dura hæc interpretatio videri poteſt, ex quo filius per furorem ſatis puniri videatur, *l. diuus ff. de offic. præſ.* adeo, vt ſi patris animum ita exacerbatū ponamus, vt memor acceptæ iniuriæ adhuc ius exheredationis exercere velit, non poſſit talis diiudicari, qui in rem furioſi hanc ſubſtitutionem facere velit.

10 Hic exſiſtit deinde æque † contouerſa quæſtio, an pater filio impuberi dementia laboranti, ad exemplum ſubſtituere poſſit,

11 non poſſe conſtituit † Bart. *in leg. ex facto, de vulg. & pupill. ſubſtit. Alexand, num. 31. Iaſon num. 22. Corn. hic num. 18.* vbi illam communem dicit, Coraſ. *num. 10. Zaſ. in tract. de ſubſtit. tit. de exempl. ſubſtit. nu. 7. Mich. Graſſ. in verb. ſubſtitutio, quaſtio 41. num. 1.* adducti ſequentibus argumentis. Primo, *l. qui habet 13. ff. de tutel. in princip. & §. primo*, ex qua edocemur, quod ei, qui eodem tempore impubes eſt, & furore conflictetur, non detur curator, ſed tutor ratione ætatis. Secundo, quod ceſſante cauſſa ceſſet effectus, *cap. cum ceſſante, de appellat.* Hic autem ceſſare cauſſam ex humanitate ſubueniendi. Tertio, quod vbi remedium ordinarium locum habeat, ibi ceſſat remedium extraordinariū, *l. in cauſſa cognitione 16. ff. de minoribus in integ. reſtituend.* hic autem remedium eſſe ordinarium pupillaris ſubſtitut. Ergo. &c.

Diſſentiunt † autem Ang. *in d. l. ex facto, ff. de vulg. & pupill. ſubſt. num. 4. Faber in §. qua ratione, Inſtit. de pupill. ſubſtit. Polit. in tract ſubſtitut. exemplaris, quaſt. 7.* Ferdinandus Vaſquius *libro ſecundo, de ſucceſſ. progreſſ. § 17. numer. 68.* Primo, *argumento noſtræ l.* quæ generaliter loquatur. Secundo, per §. *qua ratione, Inſtit. de pupill. ſubſtit. in verb. etſi pubers ſint*, quæ cum implicent, indubitato inferre videantur, quod idem ſit in his, qui adhuc ad eam ætatem nō peruenerint. Tertio, quod cum pater & mater ad exemplū poſſit ſubſtituere, etſi non ſint in poteſtate, vt *hac noſtra l.* abſurdum videatur, ſi hoc denegetur patri, qui illum in poteſtate habeat, quod nemo prohibeatur pluribus remediis vti, *c. nullus, de regul. iuris in ſexto, §. final. Inſtitut. ſi quadrup. paup. feciſſ. dicat.* maxime cum hoc remedinm longiori temporis ſpacio durare poſſit. Et hanc † ſententiam magis probabilem eſſe conſtituo. Neque obſtare illa argumenta, quæ in contrarium adducta ſunt. Etenim, quod ad *l. 3. ff. de teſtamen. tutel.* attinet, illa ſuam ſolutionem ex eo recipere poterit, quod non magni negotii ſit, neque periculi, ſi Iudex, qui tutorem conſtituit, poſtea finito tempore pubertatis curatorem deſignet, quod de teſtatore mortuo dici non poteſt. Quę conſideratio quoque ſubmouebit, ſecundo loco motam difficultatem, cum hic non ceſſet ratio ita ſubſtituendi, quod furor illam ætatem excedere poſſit. Quæ de remedio ordinario & extraordinario inculcantur, parum momenti in præſenti inſpectione faciunt, quod præſens conſtitutio pro remedio extraordinario reputari non debeat, & deinde, quod nō prohibeat remedium extraordinarium

12 (margin, beside "Diſſentiunt"); 13 (margin, beside "Et hanc †")

Digitized by Google

ex poſt facto delatum, cum remedio ordinario cumulari, *l. vt perfectius. Cod. de annal. except.*

14 Non ſolum † mente capto pater ſubſtituere poteſt, ſed etiam furioſo, vt repudiata ſententia Angeli contrarium, *hic nu. 2.* aſſerentis, *argum. l. ſi furioſi, ſupr de nupt.* recte defendunt Fulgoſ, *hic num. 6. Franc. Aretin. numer. 4. verſ. quarto adde in quantum,* Bart. Hugo. Donell. *hic num. 4. Couar in dict. c. Raynutius* §. *6. num. 1. Mich. Graſ. in verb. ſubſtitutio, quæſt. 44. nu. 1.* Primum, quod furioſus proculdubio mente captus ſit. Secundo, quod id coarguat *l. ſi.* §. *1. cum ſua gloſſ. ſupr. de curat. furioſ.* deinde per Nouell. *vt hi qui obligat. ſe hab. perh. res minorum,* §. *& hac dicimus*: Imo quod magis eſt ſupradicti auctores etiam il-

15 lud admittunt in † filio prodigo, quod is furioſo regulariter comparetur, & quod ſibi teſtamentum facere nequeat, *l. is, cui bonis interdictum eſt, ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. furioſi 40. ff. de reg. iur. l. 1 ff. de curat. furioſ. item arg. l. ſi furioſo 16.* §. *1. & 2. ff. eo. tit.* Accedunt idem defendentes Coraſ. *num. 11. Iaſ. numer. 3. Ripa in leg. ex facto, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. num. 80. Bart. ibid. num. 28. Alexand. num. 40. Iaſ. num. 39. & ſequen. Anton. Gomeſ. variar. reſolut. tom. 1. cap. 6. nu. 4. Michael Graſſus in verb. ſubſtitutio, q. 44.* vbi plures recenſet. Eadem

16 quoque † noſtri Doctores admittunt in illo, qui ſurdus & mutus natus eſt, quod & hic teſtamentum facere non poſſit, *l. diſcretis, ſupr. qui teſtam. fac. poſſ.* & non multũ a cauſſa dementis diſtet, ita Bartol. *in dict. leg. ex facto, ff. de vulg. & pupil. ſubſtitut. Bald. hic numer. 16. Anton. Gomeſ. variarum reſolut. cap. 6. num. 5. Didac. Couarru. in cap. Raynutius, extra de teſtament.* §. *ſexto, num. 1.* Quod & ipſum confirmari quoque videtur auctoritate *d. leg. ex facto 43. ff de vulg. & pupill. ſubſtit.*

17 Porro, ſi conſtituamus filium † duntaxat ſimpliciter verſatum eſſe, quem fatuum noſtri doctores appellant, aliud dicendum eſt, vt docent Iaſon *dict. leg. ex facto, numer. 40. Curtius Iunior hic num. 6. Ferdinand. Vaſquius de ſucceſ. progreſ.* §. *17. num. 109. Michael Graſſ. in verb. ſubſtitutio, quæſt. 44. numero ſecundo,* de qua re quid ſentiamus, non diſſimulauimus *in leg. ſi frater, ſupra. qui teſtament. facere poſſ.* Qua de cauſſa etiam nõ debet alienum a ratione videri, quod doctores noſtri etiam phreneticum excipiant, Bald. *nu. 75. Alciat. in l. ex facto, ff. de vulg & pupill. ſubſtit. n. 4. Iaſ. hic num. 2. Decius num. 6 Ferd. Vaſquius d.* §. *17. num. 105.* Etenim cum Bald. phreneticum illum intelligat, qui ex vicina morte phreneſi laboret, facile aſſequimur beneficium noſtræ conſtitutionis, quæ loquitur de eo, qui perpetuo mente captus ſit, non pertinere, multo minus igitur hanc facultatem deferemus parenti, qui filiũ furioſum habeat, cui tamen ſint dilucida iudicii interualla, *l. furioſum, ſupr. qui teſtam facer. poſſ.*

Hæc † de perſonis, quibus ſubſtitui poſ- 18
ſit, nunc videamus, quibus poteſtas ſubſtituendi deferatur, & ex contextu noſtræ legis intelligimus, hanc facultatem parentib. competere. Pronuntiatione † parentum 19
continentur pater, mater, auus, auia, & deinceps aliæ perſonæ, quæ enumerantur in *l. Iuriſconſultus,* §. *parentes, ff. de gradib. cognat. l. 4.* §. *ſi. ff. de in ius vocand. l. parẽtes 51. ff. de verb. ſign.* Porro † cum pupillarẽ ſubſtitutionem 20
nemo vindicare poſſit, niſi qui filios in poteſtate habet, *l. moribus, ff. de vulgar. & pupil. ſubſt. & Inſti. de pupill. ſubſtit. in prin.* torqueri noſtros interpretes videmus, vt rationẽ differentiæ excogitent. Quibus omiſſis nos ſtatuimus, rationem in promtu eſſe, quod mores hactenus intelligendi ſunt, quatenus inuaſerint *l. quod vero, ff. de legib. l. de quibus, ff. eod* maxime ſi tale ius ſingulare eſſe proponamus, *l. ius ſingulare, eod.* Porro Iuſtinianus cum hanc conſtitutionem promulgare vellet, & vt fieri ſolet, proceres atque ſenatores ſuos in conſilium adhibuiſſet, *l. humanum, C. de legib.* Primum quidem expendit illam rationem, quæ conſuetudinem ſuaſiſſe videbatur, quod cum impuberes ſibi teſtamentum facere nõ poſſent, pater qui illos in poteſtate haberet, ad id ſupplendum admitteretur. Quæ cum in mente captis æque locũ vindicaret, §. *qua ratione, Inſt. de pup. ſubſt.* idẽ hoc caſu cũ certo incremento indulgẽdum eſſe exiſtimauit, vt non ſolũ patriæ poteſtatis, ſed humanitatis, & naturalis affectionis, qua parentes vtriuſq; ſexus liberos ſuos cõplectantur, *l. ſed iſte,* §. *final. ff. quod met. cauſ. geſt. eſt. l. 4. ff. de curat. furioſ. l. nam etſi 15. ff. de inoffic. teſtament. authent. matri, ſupr. quand. mul. tut. offic. fung. pot.* rationem haberet, vt illorum pia prouiſione ſalus liberorũ in tuto collocari poſſet, *l. amiciſſimos, ff. de excuſ. tutor. l. mulier, ff. de confir. tut. in prin. &* §. *1.*

Inde exoritur illa quæſtio, an ſi † pater & 21
mater ſuperſtites ſint, & inter ſe de communi teſtamento non conueniant, vtraq; perſona teſtamentum facere poſſit, an vero pater præferendus ſit. Et Bart. † quidem in 22
l. ex facto, nu. 36. Alexand. nu. 47. Iaſon. nu. 47. poſt

Digitized by Google

poſt Baldum & Angel. Zaſ. *num.33.* Philipp. Corneus *hic num.47.* Franc. Aretin. *numer.5.* Sichard. *num.8.* Coraſ. *nu.4.* Anton. Gomez. *lib.1. variar. reſolut. c.6. num.13.* Sfortia Oddus *in tractat. ſubſtitut. tit. de exempl. ſubſtit. quæſt.9.* Michael Graſſ. *in verb. ſubſtitutio, quæſtio.45. nu.7.* auctores ſunt, quod pater de bonis a ſe profectis diſponere poſſit, mater autem de facultatibus, quas ipſa in filium contulit, *argum. l. ſi arrogator 22. §.1. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* reliqua autem bona aduentitia pro æquis portionibus ſubſtitutis accreſcere, *arg. l. ex facto 45. & l. qui militabat 78. ff. de hered. inſtit.* Secundo mouetur auctoritate noſtræ legis, quæ parentibus hanc facultatem attribuit, videri itaque illud ex æquo factum, *§. ſi plures, Inſtit. de hered. inſtit l. interdum, ff. eod. titul. l. reos, §. cum in tabulis, ff. de duob. reis.* Tertio, quod parentibus, etſi inæqualis eorum eſt poteſtas, æqua tamen pietas debeatur, *l. 4. ff. de curat. furioſ.*

23 Concedit † tamen idem Bartol. patrem præferendũ eſſe, ſi filiũ in poteſtate habeat, q; vtrumq; vinculum plus poſſit, quam ſimplex affectio, *argum. auth. itaque, inſ. commun. de ſucceſſ.* Huc pertinet animaduerſio Baldi, *num.42. in 5. quæſt.* contendentis, matrẽ ſubſtituere non poſſe, quo caſu ante patrem decederet, cum nemo poſſit illi ſubſtituere, qui in poteſtate alterius tẽpore mortis aut manſurus ſit, aut iterum incidere poſſit, vt obſeruauit Alexand. *ibidem nu.47.* & etiam admittit ipſe Bart. *ibidem num.14.* & illam communem opinionem teſtatur Rip. *ibid. n.69.* Mich. Graſ. *in verb. ſubſtitutio, q.43.*

24 Contrariam ſententiam, † quod pater omnino præferendus ſit, defendunt Zaſ. ſibi parum conſtans, *in tract. de ſubſtitut. tit. de exemplar. ſubſtitutione, in princ.* Polit. *in eod. tit. n. 8.* Ferdinand. Vaſquius *lib.2. de ſucceſſ. progreſſ. § 17. num.40.* Paulus Leonius *in tractat. de ſubſtitutione exemplari, num.52.* Emanuel Soarez *in addit. ad Anton. Gomez. variarum reſolut. lib. 1. c.6. num.13.* quorum præcipua fundamenta ſubiicio. Primo, quod ius noſtrum non patiatur, vt quis pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat, *l.7. ff. de regul. iur.* & a regula non ſit decedendum, niſi nominatim id comprehendatur. Secundo, quod ceſſante ratione, ceſſet diſpoſitio *l. in omni, ff. de adoption.* Si enim filius patrẽ, qui ipſi prouideat, habet, vlteriori remedio opus non eſt. Tertio, quod leges ita interpretandæ non ſint, vt ius alterius, veluti patriæ poteſtatis, lædant, *l. ex facto 43. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* *l. nec auus, de patr. poteſt.* Quarto, quod quamuis præſens noſtra conſtitutio numero plurali ab initio concepta ſit, tamen poſtea in diſiunctiuam reſoluatur, dum ait: *non liceat parenti, qui vel quæ teſtatur.* Porro in his, in quibus verſatur ordo caritatis, vel alterius vinculi, ne dum diſiunctiua ſecundum textum expreſſum *in l. heredes 57. §. fin. ff. ad SC. Trebellian. item l. cum pater 77. ff. de legat.2. §. penult.* ſed etiam coniunctiua oratio *l. ſæpe ita comparatum 53. ff. de verborum ſignif.* ita accipitur, vt potiori iure ſubnixus præferatur.

In difficultate † propoſita ſtatuo, vltimã ſententiam magis probabilẽ eſſe, quod perſuaſiſſimum mihi habeam, Imperatorẽ reſpexiſſe ad illum caſum, quo vnus ex parentibus, iam rebus humanis exemtus, & per conſequens hic concurſus ſublatus eſſet, vt tũc demum mater hoc ius exercere queat, perinde quaſi lex etiam præſumtum haberet, neutrum huiuſmodi poteſtate abuſurum, quoad altera pars ex parentibus, per quam huiuſmodi filiis conſuli poſſet, ſupereſſet. Si tamen pater illud faceret, viua adhuc ſua coniuge, & illa ante eum moriatur, non dubito, hanc ſubſtitutionem valere, ſiue filius in poteſtate ſit, ſiue non ſit, ſiue mater expreſſim, vel tacite conſenſerit, ſiue etiam repugnarit. Quod ſi vero matrẽ ſuperuiuere ponamus, hic ſane durum exiſtimarem, ſi eandem fraudare velimus iure ſubſtitutionis, in his bonis, quæ ab illa profecta eſſent, *arg. l. ſi patronus, & l naturali, ff. de confirm. tutor.* quod dies aperire vulnera prioris ſubſtitutionis poſſit, *l. in confirmando, eod tit. & l. ſi plures, §. quamuis, ff. de adminiſt. & peric. tutor. & curat.* 25

Quinta noſtræ inſpectionis pars eſt, qui † ſubſtituendi videãtur, in qua quæſtione dubium non eſt, quod ſi dementes filii proles habeant, illas ſubſtituendas eſſe, ſin minus, fratres, his deficientibus, quicunq; alius heres in locum illorum ſcribi poterit, vt apparet ex verbis noſtræ legis. Nam cum primo diſpoſuiſſet, liberam eſſe ſubſtituendi facultatem, ſi nullam ſobolem haberent, mox illud in verba ſequẽtia reſtringit, *vel ſi filii, aut alii deſcendẽtes ex huiuſmodi mẽte capta perſona ſapientes ſunt, non liceat parẽti, qui vel quæ teſtatur, alios, quam ex eo deſcendente, vel vnum, vel certos, vel omnes ſubſtitueres.* Quæ verba profecto † non mediocrem difficultatem exhibere videntur. Repugnat eñ initio *l ſed ſi plures 10. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. § quos poſſum,* quo comprehenditur, quod omnes 26 27

illos, quos mihi heredes facere poſſum, poſſim etiam & filio. Secundo, quod abſurdum videatur, quod parentes habeant eligendi poteſtatem, ſpretis aliis dementis prolibus, contra *l Gallus*, §.*in omnibus*, *& l. ſequ. item Inſtit. de exhered. liber. in princip.* Tertio, quod per argumentum a contrario ſenſu colligatur, quod ſi mente captus, eadem labe habeat infectos liberos, quod impune præteriri poſſint. Quarto, quod nulla fiat mentio matris, quæ tamē præterita, per inofficioſi querelam teſtamentū expugnare poſſet, *l. nam etſi, ff. de inoff. teſtam.* cum frates nō ſemper audiantur, *l. nam etſi 15. ff. de inoffic. teſtam. l. fratres, ſupr. eod tit.*

28 Scrupulum primo loco † motū facile eximemus, ſi obſeruauerimus inter ſubſtitutionem pupilli, & illam, de qua in præſentia tractamus, magnam differentiam eſſe. Pupillus enim proles habere non poteſt, aut ſane illud admodum rarum eſt, diuerſa cauſſa eſt dementis; qui ante alienatam mentem ſuſcipere potuit liberos ex legitimo matrimonio, & etiam poſtea, hoc vel ſimili vitio correptus *l. ex facto 43. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Præterea pupillaris ſubſtitutio moribus accepto referri debet, *l. 2. ff. de vulgar. & pup. ſubſt.* qui parentis poteſtatem tam late patere voluerunt. Subſtitutio quaſi pupillaris a legiſlatore ad exemplum introducta, non adeo liberam in deſignandis heredibus rationē habet, quod ius neceſſitudinis hoc ſuadere videretur.

29 Plus periculi a ſecunda † impugnatione timeri poſſit, quod ſane durum videatur, ſi aliæ proles prorſus excludi queant, quod in-
30 ſinuat hoc loco † Bartol. *n. 7.* vbi ait: *doctores ita communiter ſentire*, Franc. Aretin. *num. 3.* Fulgoſ. *numer. 6.* Coraſius *circa fin.* Alciat. *in l. ex facto, num. 74.* quam ſententiam in puncto iuris veriorem eſſe conſtituit Iaſon *ibid. num. 45.* Ioan. ab Imol. *num. 24.* Zaſ. *in tract. de ſubſtit. exemplar. num. 7.* & Politus *numer. 19.* Accedunt Richard. Franc. Tigrin. Curtius Iunior, Cyn. allegati a Ferdinando Vaſquio *de ſucceſſ. progreſſ.* §. *17. num. 57.* Mouentur primo auctoritate noſtri textus, dum ait: illos poſſe ſubſtituere vnum, vel certos, vel omnes, negantes, hæc verba cauillationem recipere. Secundo, quod hac eadem lege caueatur, non poſſe huiuſmodi ſubſtitutionem per querelam ſubuerti. Tertio, quod hoc confirmet *l. Papinianus*, §. *ſed nec impuberis, ff. de inoffic. teſtam.* & ratio ab eadem lege conſiderata, quod non ſit paternum teſtamentū, ſed auitum, ex quo legitima portio non debeatur.

Diſſentiunt † autem *gloſſ. in hac noſtra lege*, 31
in verb. certos, Bartolus ſibi contrarius, *l. ex facto, ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. num. 31.* Alex. *ibid. num. 42.* Ripa *num. 86.* Zaſius parum ſibi conſtans *num. 32.* Caſtrenſ. *hic numer. 3.* item Baldus *num. 8.* Salycetus *num. 7.* Philipp. Corneus *num. 33. & ſequent.* Iaſon ſibi contrarius *hic num. 5.* Angel. *num. 3.* Sichard. *nū. 11.* Dec. *num. 11.* Anton. Gomez. *variarum reſolution. tom. 1. cap. 6. num. 6.* Sfortia Odd. *de exemplar. ſubſtitut. quaſt. 8.* Ferdinand. Vaſquius *libro 2. de ſucceſſ. progreſſ.* §. *17. num. 57.* vbi hanc opinionem & receptiorem tradit, & ſecundum iuris definitionem veriorem. Quod & ipſum quoque facit Mich. Graſſ. *in verb. ſubſtitutio, quaſt. 47. numer. 3.* Hanc ſententiam deinde humaniorem fatentur Ioan. ab Imol. Franc. Aretin. Politus in locis pro contraria parte allegatis.

Pro defenſione huius ſententiæ † ſequen- 32
tia argumenta ponderari poterunt. Primo, quod quoties dubia aliquorum verborum interpretatio eſt, ea accipienda ſit, quæ æquitati magis conſentanea videatur, *l. quotiens, ff de regul. iur. l. placuit, ſupr. de iudic.* Æquitati autem illam potius expoſitionem conuenire, vt ſtatuamus ita demum vnum, vel certos inſtitui poſſe, ſi reliqui exheredati ſint, relicta conuenienti portione, *l. Papinianus*, §. *igitur 4. ff. de inoffic. teſtam. Inſtit. de inoffic. teſtam.* §. *final. Inſtit. de exhered. liber. in princip.* vel ſi aliqua portio ſit illis relicta, ita, vt iure ſupplementi reliquum ſortiantur, *l. omni modo, de inoffic. teſtam.* Qua in re tamen animaduertendum eſt, per *Nouell. 115.* §. *aliud autem capitulum*, adiectum eſſe, vt vel aliquid teſtamento, iure inſtitutionis relinquatur, vel exheredatio fiat ex iuſtis cauſſis teſtamento inſertis. Secundo, quod cum præſens conſtitutio, locum habeat ex cauſſa humanitatis, admodum inhumanum eſſe videatur, ſi reliquos liberos excludere velimus. Tertio, quod cum filius furioſi, ex poſt facto natus, etiam beneficium Principis ſubuertat, *l. ex facto 42. ff. eodem tit.* multo magis illud probandum ſit, ſi nullum reſcriptum Principis intercedat, ſed auus nepotes ſuos temere præterire velit, cōtra *l. maximum vitium, inf. de liber. præter.*

His bene ſubductis, puto † hanc vltimam 33
interpretationem præferendā eſſe, nec multum repugnare, quæ ex aduerſo mota ſint. Etenim cum primum fundamentū iam diſ-

ſolutum

Digitized by Google

ſolutum ſit, non eſt, quod ex ſecunda impugnatione magnopere fluctuemus, cum inofficioſi querela eo caſu ceſſet, quo etiam filii ſubmoueri ſolent, ſi ex iuſta cauſſa exheredentur, vel conueniens portio illis relinquatur, quæ ſi quid deſit, ſupplementum accipiat, *l. omni modo, ſup. de inoffic. teſtam.* Definitio *l. Papinianus, §. ſed nec impuberis, ff. de inoffic. teſta.* de matre & fratribus loquitur duntaxat, quibus hereditas non æque debeatur, vt filiis, *l. cum ratio, ff. de bon. damnat. l. ſcripto, ff. vnde liberi, alias titul. eſt, ſi tabulæ teſtamenti non exſtabunt.* Accedit, quod odia non ſint adiuuanda interpretatione *l. cum quidam, ff. de liber. & poſth. hered. inſt.* Vltimo, quod illa poteſtas patri conſuetudine delata ſit, hac lege, quam ita ſane exaudire non debemus, vt aliquid iniqui pariat, *l. ex facto 43. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.*

34 Hęc de ſecunda † difficultate ſuffecerint: tertia autem meo iudicio facilius expediri poterit: quamuis enim argumenti a contrario ſenſu magna auctoritas ſit, *l. 1. §. 1. ff. de eo cui mandat. eſt iuriſdict.* non tamen tam late patet, vt huic plus tribuamus, quam expreſſæ definitioni iuris, quæ dictat, liberos inſtituendos eſſe, alias teſtamentum vitiari, *l. Gallus, § in omnibus, ff. de liber. & poſth. hered. inſtit. l. maximum vitium, inf. tit. prox.* nec diſtinguit inter liberos dementes, & eos, qui ſanæ mētis ſunt, vt recte animaduertit Duaren. *ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. c. 21.* Etenim Imperator propterea nepotum, qui ſaperent, mentionē feciſſe videtur, quod ſi conſtaret, hos eoſdem morbo laborare, vlteriori ſubſtitutione opus videatur.

35 Supereſt † quarta difficultas, in qua re noſtros Interpretes grauiter labi exiſtimo, dū Bart. *in d. l. ex facto 43. num. 30. Alexand. ibid. num. 47. Ioan. ab Imol. num. 28. & ſeq. Alciat. nu. 73. Ripa num. 85. Cynus hic num. 2. Albericus num. 1. Caſtrenſis num. 3. Salycetus num. 40. Decius num. 9. Corneus num 32. Didac. Couarr. in cap. Raynutius, §. 6. num. 10. & ibidem Gulielm. Benedict. in verb. abſque liberis, num. 33. Sfortia Oddus de exemplar. ſubſtitut. quæſt. 8. Michael Graſſus in verb. ſubſtitutio, quæſt. 47. nu. 2.* conſtituūt patrem filio dementi ſubſtituentem eius matrem præterire poſſe. Primo, quod nulla hic matris mentio fiat, ſed excipiantur duntaxat filii & fratres, exceptionem autem cōfirmare regulam, *l. quæſitū, § deniq. ff. de inſtruct. & inſtru. legat.* Secundo, q. hic etiam inſinuetur, tale teſtamentum per querelam inofficioſi labefactari non poſſe. Tertio, quod cōſtet ex *l. Papinianus, § ſed nec impuberis, ff. de inoffic. teſtam.* in pupillari teſtamento non eſſe neceſſariam matris inſtitutionem. Quamuis enim hæ rationes colorem eorum ſententiæ aſpergant: tamen ad viuum reſecatæ. non idem conſequentur. Conſtituo enim Iuſtinianum, † propterea 36 matris nullam mentionē facere, quod perſuaſiſſimū ipſi fuerit, patrem eo conſilii progreſſurum non eſſe, niſi mortua coniuge: deinde, q. nos non fugiat, quā varia iura fuerint de matris ſucceſſione, vt apparet ex toto tit. ff. C. & Inſtit. *ad SC. Tertull.* & his, quæ longa ſerie proſequitur Valent. Forſter. *lib. 7. c. 2. de ſucceſſ. ab inteſt.* quoad tandem Iuſtinianus ſublatis omnibus differentiis *Nouell. 118. §. conſequens, & §. ſeq.* rem omnē ad æquitatis terminos reuocauerit, ſublata differentia agnationis, adeo, vt cū fratribus & ſororibus vtrinq; coniunctis in virilē portionem ſuccedat, & quod magis eſt, præterita teſtamentum filii nullum dicere poſſit. *Nou. 115. § ſancimus, §. ſi aūt hæc omnia,* quod ſane de fratribus dici non poteſt. Qua de cauſſa etiā Bald. *hic n. 35. Pet. Anch. in c. ſi pater, de teſtam. in 6. Iaſ. in l. ex facto 43. ff. de vulg. & pup. ſubſt. Anton. Gomez. variar. reſolut. lib. 1. c. 6. num. 7.* contrarium defendunt, quamuis hæc, quæ a nobis cōſiderata ſunt, nō perpenderint, adducti argumento a minori, quod ſi fratres ſubſtituendi ſint, multo magis mater, quæ indiſtincte inofficioſi querelam habeat, *l. nā etſi 15. ff. de inoffic. teſtam.* non autem fratres, *l. fratres, ff. de inoff. teſtam.* & nonnullis aliis, quę apud Iaſ. inuenire eſt, & propterea miſſa facio, quod non admodum vrgeant.

Quibus bene conſideratis, non excutient nos de curſu ſuſceptæ defenſionis, illa legum præſidia, quæ ex aduerſo conſtitiſſe videmus. Quamuis enim † exceptio confirmet regulam: tamen illam vim non habet, 37 vt excludat caſus, in quibus vrgentior ratio interuenit, *argum. c. cum dilectæ, de confir. vtil. & inutil. & ibid. Panorm. c. ad audientiam, extr. de cleric. non reſiden. Nic. Euerh. in loc. ab excep. ad regul n. 5.* Quemadmodum etiam dictio, *tantum, ſolum, duntaxat,* caſus eandem rationem obtinentes, non excludunt *l. cōtractus, 23. ff. de reg. iur.* facta collatione cum *l. 1. §. fin. item l. quod Nerua, ff. depoſit. Cl. exiui de paradiſo, §. cum autem, Nicolaus Euerhard. in loco a natura diction. taxatiuarum, num. 4.* Præterea cū illa mēs Iuſtiniani fuiſſe videatur, vt iam ſæpe inculco, quod vltimo ſuperſtes hāc poteſtatem exerceret, non potuit perſonam

Digitized by Google

matris deſignare. Deinde obſeruandum eſt, quod ſi admittamus interpretationem noſtrorum, qui exiſtimant etiam matrem ſubſtituendi ius habere viuo patre, in bonis a ſe profectis, & dimidia parte aduentitiorum, illa abſurditas conſequetur, quod & illa patrem excludere poterit, qui hic quoque nominatus non eſt. Vltimo ponderandum eſt, quod ſi conniueamus ad hāc doctorum expoſitionem, iura Codicis ſpectando: tamen
38 aliud probandum ſit, ex † diſpoſitione *Nouellæ conſtitutionis 118. §. conſequens, & §. ſequen.* cum fratrum & matris cauſſam in ſucceſſione exæquet. Certum autem eſſe, etiam leges, quæ alias abrogent, in caſibus exæquatis procedere, ſi eadem ratio vbique interueniat. Nic. Euerhard. *in ſuis locis legalib. in loc. a ratione legis larga, num. 27.* Hic autem non ſolum eandem rationem occurrere, ſed longe vrgentiorem, vt dictum eſt.

39 Sexta huius tractatus † pars eſt, quibus verbis hæc ſubſtitutio concipiatur. Qua in re ſciendum eſt, triplicem formam a noſtris Interpretibus propoſitam, vt oſtendit Did. Couarr. *in cap. Raynutius*, §. *6. num. 9.* vt fiat verbis generalibus, ſpecialibus, & ſingularibus. Generalibus, veluti, ſi quis cum duos dementes filios haberet, ita ſubſtitutionē moderatus ſit: *Filios meos heredes inſtituo, & eoſdem inuicem ſubſtituo*, ita Bart. *in l. Lucius 45. num. 16. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Iacob. Menoch. *libro 4. præſumt. 29. num 4.* In eadem cauſſa eſſe videtur illa inſtitutio, quæ vulgari modo explicari ſolet, veluti, ſi cum pater filium dementem haberet, eidem ſimpliciter Titiū ſubſtituerit, nulla vitii, quo laboraret, mētione facta, cum vulgaris ſubſtitutio quaſi pupillarem contineat, ita Bart. *in l. ex facto, num. 25 ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Iacobus Menoch. *conſil. 303. num. 18.* Didac. Couarr. *in locis ſupr. allegat.* Specialibus autem verbis fieri dicitur, veluti ſi ita conceptio facta ſit, filio meo furioſo ſubſtituo Titium. Ripa *in d. l. ex facto, num. 60.* Couarr. *d. §. 6. num. 9.* Iacob. Menoch. *d. præſumt. 49. lib. 4. n. 9.*

Singularibus vero verbis ſubſtitutio fieri dicitur, ſi quis recepta verborum formula vtatur, *Filius meus Titius heres eſto. Quod ſi autem heres non erit, aut heres factus, in dementia deceſſerit, Gaium ſubſtituo*, Zaſius *in tractat. de ſubſtitut. tit. de exempl. ſubſtitut. num. 5. in fine*, Couarr. *d. c. 6. num. 9.* Menoch. *d. præſumt. 49. num. 2.* Michael Graſſus *in verb. ſubſtitutio, q. 49. num. 1.* vbi has concipiendi formulas late proſequitur.

Septima noſtræ † diſceptationis pars eſt, 40
quæ ſint requiſita huius ſubſtitutionis. Pro cuius explicatione ſciendum eſt, hanc quæſtionem ſatis late patere, & complecti etiam quædam membra, quæ ſupra propoſuimus. Primum requiſitum eſt, vt illi, quibus ſubſtituitur, ſint de liberis. Secundo, vt dementia, vel ſimili vitio correpti ſint. Tertio, vt parentes ſubſtituant. Quarto, quod ſi dementes liberos aut proles habeant, illi potius ſubſtituendi ſint. Quinto, quod verba ſubſtitutionis debeant eſſe congrua. Sextum requiſitum eſt, vt prius ſibi teſtamentum faciat, *vt hac noſtra lege humanitatis, item l. moribus, §. prius, ff. de vulgar. & pupil. ſubſtit. item l. 16. ff. eodem tit. l. ſi quis eum 16. §. final. ff. eodem tit.* Septimum requiſitum eſt, q̄ huiuſmodi filiis legitima portio ſit relinquēda. Quamuis enim variæ cauſſæ exheredationis antiquitus fuerint, adeo, vt ſtupor ingenii inter eas fuiſſe videatur: tamen Iuſtinianus hac conſtitutione illam iniquitatem vindicandam eſſe exiſtimauit, & filii calamitatem vlteriorem occaſionem eius vrgendi præbere noluit, Vnde quæſtionis eſt, an ius ſubſtituendi ex eo labefactetur, quod pater
integram † portionem eidem non reliquerit, 41
quod hoc loco defendunt Angel. *num. 4. circa fin.* Ioan. ab Imol. *num. 21.* Hugo Donel. *num. 7.* Ioan. Faber *in §. qua ratione, Inſtitut. de pupill. ſubſtit.* adducti argumentis, quæ ſubnecto.

Primo, quod hac lege caueatur, illis legitimam portionem relinquendam eſſe. Secundo, quod cum verba ſint concepta per duos ablatiuos, legitima portione relicta, qui regulariter in conditionem reſoluuntur, *l. a teſtatore 109. ff. de condit. & demonſtr.* conditio formę locum obtinere ſoleat, *l. qui heredi 44. ff. eo. tit.* a qua ſi diſcedatur, teſtamentum vel ſimiles diſpoſitiones nullæ intelliguntur, *leg. teſtandi ſupr. de teſtam.* Tertio, quod lex generaliter concepta, *vt l. omni modo, ſup. de inoffic. teſtam.* non videatur derogare ſpecialibus legibus, niſi de illis nominatim mentionem faciat, ſecundum doctrinam gloſſæ, & Bart. *in l. ſciendum, ff. qui ſatiſda. cogant.* Quarto, quod quamuis *l. omni modo, ſup. de inofficio. teſtam.* ſupplementum inducat: non tamen illud fiat ex voluntate teſtatoris, ſed legis auctoritate.

Contrarium defendunt † Bartol. *d. l. ex facto, num. 20.* Alex. *ibid. num. 37.* Iaſon *num. 32.* 42
qui auctor eſt, hanc eſſe communem doctorum ſententiam, Alciat. *num. 57.* Mouentur autem

Digitized by Google

autem auctoritate *l. omni modo, C. de inofficioſ. teſtam.* vnde intelligimus, quod ad ſuſtinendum ipſum teſtamentum ſatis ſit, quod quis mentionem filiorum fecerit, & partem aliquam reliquerit, cum quod deſit, auctoritate legis ſuppleatur. Secundo per *Nouell. 115. §. ceterum*, ex quo edocemur, ſufficere, quod iure inſtitutionis aliquid relictum ſit. Tertio, quod omiſſio formæ, diſpoſitionem de qua quæratur, non videatur vitiare, ſi auctoritate legis, quod omiſſum eſt, ſuppleatur, ita Alciatus *d. l. ex facto, argum. l. non aliter, ff. de adoption.*

43 His vltro & citro ponderatis † mihi religio eſt, a priori ſententia recedere, q; ex quo iure ſingulari parenti conceſſum eſt, vt ſubſtituere filio dementi poſſit, debeat hanc prærogatiuam amplecti, cum forma ſua, vt videre licet *in l. hac conſultiſſima, ſupr. qui teſtament. facere poſſ. l. diſcretis, hoc tit. l. teſtandi, ſupr. de teſtam.* Accedit, quod, cum Imperator hoc parentibus indulſerit, ob feruorem affectionis erga filios, ille non poſſit intelligi in ea cauſſa eſſe, qui eundem filium legitima portione defraudet.

44 Octaua conditio, quam † neceſſariam Bartolus *d. l. ex facto, ff. de vulgar. & pupillari ſubſtit. num. 14.* arbitratur, eſt, quod non ſint recaſuri in poteſtatem ſui parentis. Bartolo ibidem ſubſcribunt Alexand. *num. 32. verſic. quærit etiam Bart. hic quinto requiſito, Franciſc. Aretin. col. 10. Iaſon nu. 27. Zaſius nu. 40.* quemadmodũ in pupillari ſubſtitutione id ipſum exigi animaduertimus, *l. 2. ff. de vulg. & pupil. ſubſtitut. in princ.* Nullum autem huius rei exemplum proponunt, puto aũt nõ inconuenienter dici poſſe, quod quamuis auus nepotem mentis alienatæ, in poteſtate habeat, quod tamen ius ſubſtituendi ſibi ex eo vindicare nequeat, quod poſt mortem ſuam nepos in poteſtatem patris ſui recaſurus ſit, huius rei rationem hanc idem Bartol. reddit, quod cum talis ſubſtitutio, eo caſu duntaxat admittatur, quo ratione dementiæ ſibi teſtamentum facere nequeat, ſi alia cauſſa intercedat, veluti, quod ſit in poteſtate, illud minime probandum intelligatur *l. qui in poteſtate, ff. qui teſtam. facere poſſunt*, ſecundum notiſſimam iuris noſtri definitionem, quod cum duæ cauſſæ quid prohibeant, & vna ſublata ſit: non poſſe tamen nos argumentari a cauſſa ceſſante *§. affinitatis, & §. ſocerum, Inſtit. de nupt.* Quæ cum ita ſe habeant, conſtituo haud obſcure ea confirmari, quæ ſupra propoſuimus in matre, quę ſuperſtite adhuc parente, qui filium in poteſtate habeat, prærogatiuam ſubſtituendi ſibi aſſerere velit.

Nono requiritur † ſecundum eundem Bart. *nu. 21.* aditio hereditatis, ſecundum ea, quæ traduntur *in l. poſt aditam, hoc eod. tit. Iaſ. d. l. ex facto, nu. 35.* Ceterum, quia furioſus per ſe hereditatem adire non poteſt, eidem curator dari ſolet, qui petat bonorum poſſeſſionem, *l. vnic. ff. de bon. poſſ. quæ furioſ. infant.* item *l. fin. ſup. de curat. furioſ.* cum & ipſa confirmet huiuſmodi tabulas, arg. *l. cum heres inſtituta, ff. ad SC. Treb. item l. Antiſtius, § fin. ff. de acq. vel omit. hered.* Sed hic obſeruandũ eſt, ita demum requiri hãc aditionem, ſi ſubſtitutus aſpiret ad emolumentũ bonorũ ipſius filii. Nam ſi de fortunis ipſius teſtatoris tractetur, aliud probandũ erit, cum quaſi pupillaris ſubſtitutio etiam vulgarem ſubſtitutionem contineat, quæ ſola bona paterna deferre ſolet, vt recte *in d. l.* obſeruauit Alexan. *num. 37.* 45

Octaua principalis † noſtræ inſpectionis pars eſt, quis ſit effectus quaſi pupillaris ſubſtitutionis? Qua in re breuiter concludimus cum Bart. *in d. l. ex facto, nu. 34 Salyc. hic nu. 35. Sfort. Odd. in ſuo tract. de ſubſt. tit. de exemplar. ſubſt. part. 4. q. 9. nu. 2. Pet. Ricciard. in rubr. de vulg. ſubſt. n. 90. Mich. Graſſ. in verb ſubſtitutio, q. 50.* eſt, quod ad huiuſmodi ſubſtitutũ non ſolũ pertineant bona, quæ a patre profecta ſunt, verum etiã alia aduẽtitia, vt in pupillari ſubſtitutione fieri videmus, *l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos, ff. de vulg. & pupill. ſubſt. §. nõ ſolum Inſt. de pupill. ſubſt.* de qua re videtur eſſe text. *in l. ex facto 43 ff. de vulg. & pup. ſubſt.* 46

Secundus † effectus eſt, quod quaſi pupillaris ſubſtitutio, videatur etiam complecti tacitam pupillarem, *arg. l. 4. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. Bart. in d. l. ex facto, ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. num. 27. Rip. num. 79. Zaſ. nu. 34. Sfortia Oddus de exempl. ſubſtit. q. 9. n. 1. Petr. Ricciard. Inſt. in rubr. de vulg. ſubſt. num. 90. Salyc. hic nu. 36. Mich. Graſſ. in verb. ſubſtitutio, quæſt. 50. nu. 1.* quam ſententiam iidem auctores, vt Salyc. Ripa, Graſſ. communi calculo approbatam eſſe teſtantur. Tertius effectus eſt ſecundũ eundem Bart. *nu. 35. Rip. n. 85. Graſſ. ead. q. 50.* Ricciard & Sfort. Odd. eſt, q; matrẽ excludat, de qua re in præſentia nõ diſcepto, quod *in l. fin. tit. præced. item in l. precibus, hoc eod. tit.* quid mei iudicii ſit in pupillari ſubſtitutione non diſſimulaui. Admonere tamen volui, nõ eſſe eandẽ cauſſam, quaſi pupillaris ſubſtitutionis, ſaltem poſt huius l. promulgatio- 47

Digitized by Google

nem, quæ requirit, vt fratres ante extraneos ſubſtituantur, multo magis igitur mater hoc iuris habebit, vt antea aperui.

48 Nona † noſtræ tractationis quæſtio eſt, quæ ſint differentiæ inter hanc ſubſtitutionem & pupillarem. Etenim ſecundũ diſpoſitionem *l. qui accuſare, ff. de accuſat.* his cognitis ſimul etiam intelligemus, in quibus vtraque ſubſtitutio conueniat. Prima itaq; differentia eſt, ꝙ pupillarem ſubſtitutionem ille duntaxat faciat, qui impuberem in poteſtate habet, *l. morib. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* aliud autem obtineat in præſenti ſubſtitutione, vt apparet ex hac noſt. lege. Secunda differentia eſt, quod illa facultas exerceatur dũtaxat in impubere, hæc autem in omnibus liberis, cuiuſcunque ætatis ſint, vt antea oſtẽdi, modo dementes ſint, aut ſimili vitio laborent. Tertia differentia eſt, quod ibidẽ pater poſſit ſubſtituere illos, quos velit, *l. 10 §. quos poſſum, ff. de vulg & pup. ſubſt.* hic aũt ſubſtituẽdi ſint liberi, aut fratres hac noſtra lege. Quarta differentia eſt, ꝙ pupillaris ſubſtitutio aliis verbis facienda ſit, quam quaſi pupillaris. Quinta differentia eſt, ꝙ impuberibus exheredatis ſubſtitui poſſit, *l. 1. §. ſubſtituere,* hic autem legitima portio relinquẽda ſit, vt hac noſtra lege. Sexta differentia iuxta Bald. *hic num. 35.* eſt, quod filii ex furioſo nati vitient ſubſtitutionem, *l. ex facto 43. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* Non autem idem eueniat in impubere, quæ differentia tamen ſatis periculoſa eſt, ꝙ aliquando impuberes generent, quo caſu ipſe Bald. quoq; fatetur, inſtitutionem labefactari. Accedunt Specul. Alex. Couar. Tiraq. Rip. & multi alii, quos refert & ſequitur Marc. Aquil. *l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de lib. & poſth. hered. inſtit. num. 131.* Septima differẽtia eſt, quod pupillaris ſubſtitutio exſpiret finita pubertate, *l. in pupillari 14 ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Hæc autem ſi filii poſtea ſanæ mentis ſint effecti, *l. ex facto 43. ff. de vulg. & pupil. ſubſt.* Quaſdam alias differentias hoc loco perſequitur Bald. *num 34. & ſequen.* ſed quod eaſdem minus ſubſiſtere, aut ſub his comprehendi poſſe conſtituam, illas omitto.

Vltima inſpectionis noſtræ pars eſt, qui-
49 bus † modis hæc ſubſtitutio finiatur Qua in quæſtione regulariter definimus, ꝙ, quibus ex cauſſis pupillaris ſubſtitutio perimatur, ex iiſdem etiam cauſſis exſpiret ſubſtitutio, in cuius enarratione verſamur. Deficit enĩ ex perſona teſtantis, ſi ille teſtamenti factionem amittat, *l. ſi quis filio, 6. §. irritum, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* idem ſi natiuitate poſthumi teſtamentum rumpatur, *l. poſthumi 3. ff. eod. tit.* Pari ratione ſi patris hereditas non adeatur, *l. ſi nemo, ff. de regul. iur. l. ſi filius 12. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. l. 10. §. ſi ex aſſe, eod. tit.* An autem idem obtineat, ſi contra teſtamentũ inofficioſi querela inſtituatur, vel bonorum poſſeſſio petatur, commodius exſequemur, *in auth. ex cauſſa, tit. ſequ.* Sed ſi furioſus, & mente captus poſtea liberos ſuſceperit, ſubſtitutionem finiri certum eſt, *l. ex facto 43. ff. de vulg. & pup. ſubſt. §. qua ratione, Inſt. de pup. ſubſt.*

Inter cauſſas quaſi pupillaris ſubſtitutionis tollendæ præcipua cenſeri debet ſanitas mentis, quæ ex poſtfacto reſtituta ſit, *vt hac noſt. l.* item *§. qua ratione, Inſt. de pup. ſubſt. l. ex facto 43. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* Hinc magna
inter noſtros Interpretes † conflictatio eſt, 50
quid obtineat, ſi recepta mentis ſanitate, poſtea rurſum eodem vitio conflictari cœperit. Sunt enim, qui arbitrentur, ſubſtitutionem ita euanuiſſe, vt reſuſcitari hoc caſu
† nequeat, vt Decius *in hac noſt. leg. nu. 10. Co-* 51
raſ. n. 18. Curt. Iun. nu. 16. Polit. tit. de ſubſt. exemplar. n. 23. idq; defendunt *arg. noſtræ l. in verb. ſi mente captus, vel mẽte capta perpetuo ſit.* Item *d. §. qua ratione, & d. l. ex facto,* quæ ſimpliciter definiunt exſtingui quaſi pupillarem ſubſtitutionem, ſi illi, quibus ſubſtitutio facta erat, poſtea reſipuerint. Vrgẽt deinde definitionẽ *l. inter ſtipulantẽ 83. §. ſacram, ff. de verb. oblig.* item *l. qui res 98. §. aream, cũ l. ſeq. ff. de ſolut. & liberat.* rem ſemel exſtinctam poſtea non conualeſcere. Huc tertio referri poteſt *l. 2. inf. de poſth. hered. inſt.* quod ſi poſthumus natus teſtamentũ ruperit, nõ propterea cõualeſcat, quod is intra paucos dies deceſſerit.

Porro Bart. † *in l. ex facto 43. ff. de vulg &* 52
pup. ſubſt. num. 40 Alex. num. 47. verſ. quarit etiam Bart. hic. Iaſ. num. 43. Ioan. ab. Imol. num. 16. verſ. circa quintum, Raphael Cuman. num. 8. Ripa num. 103. Alciat. num. 81. Ant. Gomez. variar. reſol. tom. 1. c. 6. Sfort. Odd. de exemplar. ſubſtit. part. 4. quæſt. 10. num. 10. Ioan. Sichard. hic num. 10. Donell. num. 9. Angel. num. 3. Ferdinandus Vaſquius de ſucceſſionum progreſſ. lib. 2. §. 17. numer. 48. & 49. Michael Graſſ. in verb. ſubſtitutio, quæſt. 51. num. 7. conſtituunt propter furoris intermiſſionem, non perimi ſubſtitutionem ſemel factam, ſi is poſtea eodem morbo correptus decedat. Et hanc opinionem eſſe communem pronuntiant, idem Sfort. Mich. Graſſ. præterea Dec. & Polit. *in locis allegatis,* quamuis ipſi diſſentiant.

Pro

Digitized by Google

Pro confirmatione huius ſententiæ hæc argumenta ponderari poſſunt. Primo *l. penul. C. de curat. furioſ.* vnde intelligimus, curatoris officium manere, quamuis furor eius, cuius curam agit, intermiſſionem aliquam acceperit, cum ibidem Imperator ſubiicit, ***nullum pene tempus ſit, in quo huiuſmodi morbus non timeatur***, ſed eundem curatorem per interualla, quæ perfectiſſima ſunt, nihil agere poſſe, ſed ipſum furioſum, dum ſapit, habere ius adeundæ hereditatis, & alia faciendi, quę ſanis hominibus cōpetunt. Quod ſi autem furor ſtimulis ſuis ipſum rurſum accenderit, curatorem in cōtractu ſuo ipſi adiungi. Eodem ſecundo pertinet, quod cum de teſtamenti factione quæritur, tria duntaxat tempora inſpiciamus, *Inſt. de hered. qualit. & diff.* §. *in extraneis*, mutationē autem medio ſpatio contingentem, nihil præiudicii adferre. Tertio, ꝙ *l. ſi is qui 11. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* edoceamur in pupillari teſtamēto duntaxat quæri, an eo tempore, quo quis moritur, ius teſtamēti filius habeat. Quarto, pugnat pro hac aſſertione *l. 2. §. ſed ſi extraneum, ff. de vulgar. & pupill ſubſt.* ex quo multi doctorū colligunt in pupillari ſubſtitutione ſatis eſſe, ꝙ tempore mortis paternæ in poteſtate ſit, quamuis cum teſtamentum fieret, in ea cōditione non eſſet.

53 Eſt deniq; & tertia † opinio diſtinguentium, an breui tēporis ſpatio morbus ipſum repetierit, an vero illud ex longo interuallo factum ſit, vt hic finitam eſſe ſubſtitutionem dicamus, illic vero diuerſum probemus, ita pronuntiant Bald. *in hac noſtra leg. num. 74. Ang. Aret. Inſt. de pupill. ſubſtit. §. qua ratione, num. 16. Vigl. in fin. Mynſing. n. 12. Zaſi. in tractat. de ſubſtit. in tit. de exemplar. ſubſtit. in fine, Stephan. Forcatul. in ſua necyomantia c. 16. Alberic. in l. precibus, num. 85. Didac. Couar. in cap. Raynutius, §. 6. num. 11. Iacob. Menoch. libro. 4. præſumt. 50. num. 6.* idque defendunt primo auctoritate *l. qui tertiana, ff. de ædilit. edict.* in verba ſequentia: *Qui tertiana, aut quartana febri vexarentur, quive comitialem morbum haberent, ne quidem iis diebus, quibus morbus vacaret, recte ſani dicentur.* Secundo arg. *l. plerique, ff. de rit. nuptiar.* vbi Iuriſconſultus reſpondet, ***mulierem non cenſeri diuertiſſe a marito, ad quē breui reuerſa eſt.*** Tertio, quod *l. quod meo 18. §. 1. ff. de acq. poſſ.* intelligamus furioſos ſæpe eſſe in conſpectu adumbratæ quietis, cum tamen reuera furioſi ſint. Quarto vrgent omnia illa argumenta, quæ pro priori aſſertione adduximus. Quinto, quod interuallum temporis coarguere videatur, illum eſſe menti reſtitutum, & furorem poſtea ſuperuenientē, ex noua cauſſa accidere. Bald. *hic n. 74. Corn. n. 24.* Porro ſubſtitutionem ad nouam cauſſam referendam non eſſe, arg. *l. Martius 59. ff. locat. & l. inter ſtipulantem 83. §. ſacram, ff. de verb. oblig.* ita Salyc. *hic n. 5.*

In hac opinionum repugnatia, video tamen illos in eo conſentire, vt animaduertere eſt apud Bartolum, Donellum, & 54
alios, quod ſi filius integræ † mentis factus, teſtamentum fecerit, ſubſtitutionem plane exſtingui, neque huiuſmodi teſtamentū ex vecordia rurſum ſuperuenięte ſubuerti ſtatuant, quemadmodum prodigi teſtamentū valet, ſi teſtamentū interdictione vetuſtius ſit, *l. is cui 18. ff. qui teſt. fac. poſ. item l. ex facto 43. ff. de vulg. & pup ſubſt.* qua cōprehenditur homini ſanæ mentis non eſſe adimendam te- 55
ſtamenti factionem. Quod ſi † vero nihil tale fecerit, hic Baldi, Zaſii, & aliorum diſtinctionem procedere arbitrarer; putarem tamen Barto. ſententiam eo caſu defendi poſſe, quo menti reſtitutus, & cognita voluntate parentis ſui, & ſubſtitutionis ab eo factæ, contrariam mentem aliquid diuerſi conſtituendo, non aperuiſſet.

Lex, Cum quidam, 10

SVMMARIA.

1 *Ratio præſentis legis promulgandæ.*

2 *Subſtitutus ſub conditione, ſi vterque impubes deceſſerit, admittendus non eſt ante mortem vtriuſq;.*

3 *Fratres impuberes ex tali conditione inuicem ſubſtitui non videntur.*

4 *Octo argumenta, ex quibus videatur colligi, quod ſubſtitutus vno ex duobus impuberibus mortuo, ſtatim admittatur.*

5 *Septem argumēta, quæ videantur innuere, quod fratres ex huiuſmodi cōditionali diſpoſitione inuicem ſubſtitui videantur.*

6 *Vna interpretatio l. heredes, §. cū ita, ff. ad SC. Trebell. adiectis aliorum ſolutionibus.*

7 *Si vnus ex impuberibus in caſu noſtræ legis, in ſuam tutelam perueniens, deceſſiſſet, & alter frater impubes moriatur, quid tunc obtineat?*

8 *Quid probandum ſit, ſi in præcedenti caſu pubes factus liberis procreatis diem ſuum obiiſſet?*

9 *Definitioni noſtræ legis locum non eſſe, ſi inter fratres, quibus ſubſtituitur ius mutuæ ſucceſſionis ab inteſtato non verſetur.*

10 *Repudiata ſententia Bartoli, & multorum aliorū exiſtimantium, quod ſi pater duobus impuberibus filium ſuum, atque illorum fratrem ſubſtituiſſet, ſubſtituto etiam vno mortuo, locum eſſe.*

11 *An definitio noſtræ legis procedat, ſi teſtator ſimpliciter non addita dictione collectiua, aliquem, duobus impuberibus ſubſtituiſſet?*

12 *Obſeruata differentia inter verba collectiua, & ſer-*

Digitized by Google

monem plurali numero, vna tamen conceptione verborum comprehenſum, vt hic pluralis numerus reſoluatur in ſingularem, illic autē diuerſum probemus.

13 *An idem defendendum ſit, ſi perſona magis dilecta excluderetur?*

14 *Quid obtineat, ſi teſtator pluribus heredibus inſtitutis, Titium poſt mortem omnium ſubſtituat?*

15 *Notata negligentia noſtrorum interpretum in confundendis diuerſis quæſtionibus.*

16 *Si teſtator poſt mortem omnium, qui heredes nominati erant, totam hereditatem reſtitui iuſſerit, tūc ſubſtitutum nonnullis mortuis admittendum non eſſe, ſed obitum nouiſſimi exſpectare debere.*

17 *An idem dicendum ſit, ſi teſtator non adiecta dictione* omnium, *Mæuium in totam hereditatem ſubſtituat?*

18 *Auctores qui illud adfirment, & argumenta.*

19 *Defenſores contrariæ ſententiæ, cum legum præſidiis.*

20 *Confutata affirmata ſententia.*

21 *Intellectus l.pen.ff.de iniuſt.rupt.& irrit.fact.teſt.*

22 *Quo caſu coniunctus ſubſtituto præferatur.*

23 *Serui communes duntaxat pro portione dominica acquirunt.*

24 *Reiecta conſideratio Antonii Fabri, qui exiſtimat, in noſtra lege veram conditionem non proponi.*

25 *Explicatio l.Titia, ff.de leg.2.§.Seia.*

26 *Vera interpretatio l.eius, qui nouiſſimus, ff.ad SC. Treb.*

27 *Differentia inter ſubſtitutionem indefinitam, quæ filiis impuberibus, & quæ puberibus, vel extraneis fiat addita ratione.*

28 *An mater ſecundum iura hodierna in caſu noſtræ legis excludatur?*

29 *Quid obtineat, ſi pater teſtamento cauiſſet, vt nouiſſimus ex duobus impuberibus totam hereditatem Mæuio reſtitueret, an tunc mutua ſubſtitutio inter impuberes contracta videatur, in vtramque partem diſputatum?*

30 *Confirmata ſententia negatiua.*

31 *An mutua ſubſtitutio inter heredes ſcriptos cōtracta videatur, ſi teſtator verbis precariis petierit, vt nouiſſimus hereditatem ſuam Mæuio reſtitueret?*

32 *Auctores, & argumenta exiſtimantium, mutuam ſubſtitutionem hoc modo contractam eſſe.*

33 *Contrariæ ſententiæ aſſertores cum diuerſis legum fundamentis.*

34 *Conciliatio Andreæ Fachinei cum certa diſtinctione.*

35 *Difficultas circa vtrumque diſtinctionis membrū.*

36 *In fideicommiſſis non ſemper verborū proprietatem, ſed potius voluntatem teſtatoris ſpectamus.*

37 *Intellectus l.ſi Titius ex parte, ff.de legat.3.*

38 *An aliqua differētia ſit, vtrum teſtator petat, vt hereditatem Mæuio reſtituant, an vero adiiciat pronomen* meam, *veluti, peto, vt hereditatem meam Mæuio reſtituant?*

39 *Intellectus l.codicillis, ff.de vſu & vſufr.legat.*

40 *Qui nouiſſimo ſubſtitutus eſt præcedentium portionem conſequitur, ſiue iure ſubſtitutionis, ſiue iure accreſcendi.*

41 *Conciliatio l.coheredi, ff.de vulg. & pup.ſubſt.in pr. cum §.eiuſdem l.cum pater. & l.qui habebat, eo.t.*

42 *An ſi duobus heredib. Titio & Sempronio inſtitutis teſtator his verbis ſubſtituerit,* Si Titius & Sempronius heredes non erunt, Mæuiū ſubſtituo, *mortuo Titio ante aditam hereditatem, Sempronius quaſi ex tacita ſubſtitutione excludat Mæuium?*

43 *Affirmatiuæ ſententiæ defenſores cum argumentis.*

44 *Contrariæ ſententiæ vindices cū certis legū præſidiis.*

45 *Confirmata prior ſententia.*

46 *Subſtitutio inter eos, qui alio iure muniti ſunt, difficilius inducitur.*

IN præſenti reſcripto Iuſtinianus † dirimit 1
celebrem controuerſiam, quæ inter Sabinianos & Proculianos fuit, quid iuris ſit, *ſi pater duobus filiis impuberib. heredibus inſtitutis, Gaiū ſubſtituiſſet, ſi vterq; impubes vitā cū morte cōmutaſſet, an ſcil. alterutro decedente, ſubſtitutus in partē eius ſuccedat, an vero non aliter admittēdus ſit, quam ſi vterq; in pupillari ætate deceſſerit.* Hac itaq; in quæſtione Iuſtinian. Sabino calculū adiicit, & ſubſtitutū fruſtra ad ſucceſſionē aſpirare cōſtituit, ſi non vterq;, ſed alteruter duntaxat in hac ætate moreretur. Ex definitione igitur præſentis legis duę cōcluſiones excerpi poſſe videntur. Prima, quę verbis diſerte exprimitur, q † ſubſtitutus 2
ſub conditione, ſi vterq; impubes deceſſerit, admittendus nō ſit ante mortē vtriuſq;. Secunda, q † fratres hoc modo inuicē ſubſtitu- 3
ti nō videantur, dū ait, cogitaſſe n. parentem primo filio decedēte, fratrē ſuū in portionē eius ſuccedere, quod ipſum cōfirmari videt' *l.qui duos 42.ff.de vulg. & pup.ſubſt.* itē *l.pater filiā 14.§.duob.ff.ad l.Falc.* præterea *l.vel ſingulis, 37.ff.de vulg. & pup.ſubſtit. & §. vel ſingulis, Inſtit.eod.tit.*

His prælibatis † obſeruandū eſt, q hæc ea- 4
dē Iuſtiniani definitio multis cōtrariis Iuriſconſultorū reſponſis vrgeri videatur. Nā q ad primā concluſionē attinet, offert ſe initio notiſſima Papiniani deciſio *in l.heredes 57.§. cū ita, ff.ad SC.Treb.* vbi cum teſtator duob. filiis heredib. inſtitutis cauiſſet, q ſi quis illorū ſine liberis prior diem ſuū obiiſſet, partē ſuam ſuperſtiti fratri reſtitueret, q ſi vero vterq; ſine liberis fato concederet, omnis ſua hereditas ad Claudiam neptem ſuā perueniret, & vnus ex filiis moreretur, relictis prolibus, nouiſſimus vero ſine liberis, in diſceptatione quis præferendus eſſet, nepos, qui ex priori filio ſuperſtes erat, an vero Claudia neptis? Papinianus reſpōdit, Claudiam præponendam eſſe. Secundo aduerſatur *l.Lucius 78.§.Gaio, ff.eod.t.* vbi cū quis Gaiū Seiū ex ſemiſſe, Titiam ex quadrante heredes ſcripſiſſet, & addidiſſet: *fidei aūt veſtræ mando, Gai Sei, & Lucia Titia, vti poſt obitum veſtrū reſtituatis Titio & Sempronio ſemiſſem patrimonii, & portionis eius, quā vobis dedi:* Et Gaius Seius

Digitized by Google

Seius ante Titiam, rebus humanis exemtus eſſet Lucia Titia herede inſtituta, & tractaretur, an ipſa ſemiſſem portionis Caii Seii protinus deberet, an denique poſt mortem ſuam? Reſpondit Scæuola, ſemiſſem, de quo quæreretur, ſtatim reſtituendum.

Tertio repugnat *l. pen. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* vbi ſi quis Titium & Mæuiũ heredes inſtituerit, & ſi morerentur ante aditã hereditatem, iiſdẽ ſubſtituerit, & vnus duntaxat ab hac luce ſubtractus ſit, non adita hereditate, ſubſtitutus ſtatim admittitur, & cum ab eo poſthumus exheredatus non eſſet, ſua ſucceſſione in locum inſtituti, efficit, vt neuter hereditatem adire poſſit, quamuis ab ipſis inſtitutis poſthumus exheredatus eſſet.

Quarto negotium faceſſit *l. falſa, ff. de condit. & demonſtrat. §. final.* vbi oratio pluralis, *Titio Stychum & Pamphilum do, lego, ſi mei erunt*, reſoluitur in ſingularem, *ſi vnus ex duobus alienatus ſit*, alter enim nihilominus debebitur, idemque etiam in ſimili caſu ſtatuitur, *l. 6. ff. de legat. 1.*

Quinto, non minus infeſta eſt diſpoſitio *l. final. §. filium, ff. de legat. 2.* quo comprehenditur, quod cum pater filium, & filiam heredes inſtituiſſet, & libertis legata dediſſet, deinde illis in hæc verba fideicommiſiſſet: *a vobis peto, vt quidquid vobis legaui, contenti ſitis viuentes, vt poſt vos filius meis reſtituatis, defuncto vno ex libertis, herede inſtituto patronæ filio ex parte debita, ex altera extraneo, adita hereditate, patronæ filium a coherede ſuo partem eorum, quæ ex teſtamento matris ad Mæuium libertum peruenerant, petere poſſe, neque exſpectandam eſſe mortem reliquorum libertorũ.*

Sexto, quod regulariter ſubſtitutus coniuncto præferatur, *l. 1. §. ſi duo, ff. de bonor. poſſ. ſecundum tabul. l. vnic. infr. de caduc. tollend. §. in primo, §. pro ſecundo, & §. in nouiſſimo; auth. hoc amplius, infr. de fideicommiſſ. l. fin. ſup. de hered. inſt.* vbi etiam tacita ſubſtitutio eandem vim habet.

Septimo, quod *l. final. ff. de vulgar. ſubſtit.* caueatur, ſubſtituto locum eſſe, ſi ſeruus cõmunis, qui heres ſcriptus erat, alterius iuſſu hereditatem adiiſſet, cum alter eandem repudiaſſet.

Octauo, quod, vt argumentatur Antonius Faber *coniectur. lib. 13. cap. 19.* hæc verba: *Si vterque in pupillari ætate deceſſerit*, pro conditionali ſubſtitutione accipienda non videantur, cum enuntient illud, quod ex natura ſubſtitutionis inſit, ſiue tacite contineatur, quæ ſi exprimantur, tamen non efficiũt, quo minus diſpoſitio pura cenſeri debeat, vt in caſibus ſimilibus *l. 3. ff. de legat. 1. l. in conditionibus 29. §. 1. l. aliquando 107. ff. de condit. & demonſtratio. l. ſi dies 21. §. final. & l. ſi Titio 22. §. 1. ff. quand. dies legat. ced. l. inſtitutio talis 10. §. vltimo, & l. verba hac 12. ff. de conditio. inſtitut.*

Hæc de legibus, ex quibus prima poſitio periclitari videatur. Porro, & ſecunda † enuntiatio parum ſecura ex ſequentibus conſiderationibus cenſeri poterit. 5

Primo, quod obſtet definitio *l. Titia Seio 87. §. Seia, ff. de legat. 2.* in hæc verba: *Seia libertis ſuis fundum legauit; fideique eorum ita commiſit: Fidei autem veſtræ Vere & Sapide committo, ne eum fundum vendatis, eumque, qui ex vobis vltimus deceſſerit, cum morietur, reſtituat Symphoro liberto meo, & ſucceſſori, & Beryllo, & Sapido, quos infra manumiſi, quive ex his tunc ſuperuiuent; quæro, cum nec in prima parte teſtamenti, qua fundum prælegauit, eos ſubſtituit, in ſecunda tamen adiecerit verba: qui vltimus deceſſerit, an pars vnius defuncti ad alterum pertineret? Paulus reſpondit, teſtatricem videri in eo fideicommiſſo, de quo quæritur, duos gradus ſubſtitutionis feciſſe: vnum, vt is, qui ex duobus prior morietur, alteri reſtitueret: alterum, vt his nouiſſimus reſtitueret, quos nominatim poſtea enumerauit.*

Secundo, non minus vrget reſponſum Scæuolæ *in l. codicillis 34. ff. de vſufruct. legat.* in verba ſequentia, Codicillis fideicommiſſa in hæc verba dedit: *Libertis, libertabuſque meis, & quos in codicillis manumiſi, fundum vbi me humari volui, dari volo, vt qui ab his deceſſerit, portio eius reliquis adcreſcat, ita vt ad nouiſſimum pertineat, poſt cuius nouiſſimi deceſſum, ad Rempublicam Arelatenſium peruenire volo. Hoc amplius libertis libertabuſq. meis, habitationes in domo, quam diu viuent: Pactiæ & Trophimæ diætas omnes, quibus vti conſueuit, habitet, quam domum poſt mortem eorum, ad Rempubl. pertinere volo. Quæſitum eſt, Reipubl. fideicommiſſum, vtrum ab herede, an a libertis datum ſit? reſpondit ſecundum ea, quæ proponerentur, poſſe ita verba accipi, vt eius legatarii, qui nouiſſimus decederet, fideicommiſſum videatur. Idem quæſiit defunctis quibuſdam ex libertis, quibus habitatio relicta erat, an portiones domus, in quibus habitauerãt, iam ad Rempub. pertineant, reſpondit, quoad aliquis eorum viuat, fideicommiſſum Reipubl. non deberi.*

Tertio negotium exhibet *l. ſi Titius 27. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* quæ ita concepta eſt: *Si*

Digitized by Google

Titius coheredi ſuo ſubſtitutus fuerit, deinde ei Sempronius, verius puto in vtramque partẽ Sempronium ſubſtitutum eſſe, quod Iuriſconſulti reſponſum pene totidẽ verbis refertur in §. *ſed ſi inſtituto, Inſtit. de vulg. ſubſt. In quam ſententiam etiam Papinianus l. coheredi 40. eod. tit. nõ inconuenienter ſcribit. Coheredi ſubſtitutus, prius quã hereditatẽ adiret, aut conditio ſubſtitutionis exſiſteret, vita deceſſit, ad ſubſtitutum eius, ſiue ante ſubſtitutionem, ſiue poſtea ſubſtitutus ſit, vtraque portio pertinebit. Nec intereſt prior ſubſtitutus poſt inſtitutum, an ante decedat?*

Quarto huc referri poteſt *l. ſi mater 33.* §. *fin. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. item l cum in teſtamento 37. in princ. ff. de hered. inſtit.* ex quibus edocemur, vltimo ſubſtitutum non cõcurrere cum priori, ſed demum vtroque gradu deficiente admitti.

Quinto, quod *l. quamuis, hoc tit.* ſubſtitutio hoc modo concepta, *ſi mihi Firmianus filius, & Ælia vxor mea, quod abominor, heredes non erunt, in locum eorum Publ. Firmianus heres eſto,* hanc interpretationem auctore Bartol. *hic num. 3.* cuius opinionem communem eſſe teſtatur Ripa *in l. heredes, §. cum ita, ff. ad Senatuſconſult. Trebellian. Ferdinand. Vaſq. de ſucceſſ. progreſſ.* §. *24. num. 21.* recipiant, vt eum pupillarem ſubſtitutionem non cõplectantur: tamen vulgarem eamque reciprocam contineant, adeo, vt Mæuius duntaxat poſt vtrumque admittatur.

Sexto allegatur in hanc ſententiam *l. quidam teſtamento 30. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitution.* in qua coniunctus ſubſtituto præfertur, propter præſumtam voluntatem teſtatoris, quod inſtitutos inuicem ſubſtituiſſe videatur.

Septimo, quod ex ſententia Socini *l. 2. in 5. notab. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* oratio negatiua indefinite prolata eandem vim habere videatur, quam vniuerſalis, *l. ſi is qui ducenta, §. cum ita, & §. item ſi pater, ff. de reb. dub.*

Vt igitur tot difficultatibus propoſitis vtramque enuntiationem in tuto collocemus, ſingulis argumentis ordine reſpondebimus.

6 Quamuis † itaque initio *l. heredes 57* §. *cum ita, ff. ad Sc. Trebell.* admodum vrgere videatur: tamen ſi eundem accuratius excutiamus, cõuenientem ſolutionem recipiet: non enim putamus eſſe amplectendã communem Interpretum cõciliationem, quod *in d. §. cum ita Claudia ſubſtituta,* propterea admittatur, quod eſſet neptis teſtatoris, & per conſequens perſona æque dilecta, *vt tradũt Bart. in d. §. cum ita, num. 3. Alberic. n. 2. Alexan. num. 1. & 10. Ang. num. 1. Fab. num. 35. Zanchus num. 844. in prima editione, gloſſ. hic in verbo, cum vterque, Salyc n. 2. Corn. n. 5. Alex. num. 4. Curt. Iun. num. 9.* Neque rurſum ſolutionem Dyni, quam amplectitur Alciat. *in d. §. cum ita, in verb. ſuſcepiſſet, n. 8.* & a qua non videntur eſſe alieni Franc. Duaren. *in explicat. tit. de vulg. & pup. ſubſt. c. 15. item Coraſ. in hac noſt. l. num. 5. Marc. Aquilin. in l. Gallus, § & quid ſi tantum, num. 118. ff. de liber. & poſth. hered. inſt.* intereſſe ſcil. inter ſubſtitutionẽ directam & fideicommiſſariam, quod ſcilicet in ſubſtitutione directa vim verborum inſpicere debeamus, in fideicommiſſaria autem pluralem numerum reſolui in ſingulas partes, ꝗ talis ſubſtitutio diuerſos effectus reſpiciat, vt teſtator fidem cuiuſque grauati diuiſim ſecutus videatur, cum in fideicommiſſis duntaxat voluntatem teſtatoris ſpectemus *l. cum proponebatur 64. ff. de legat. 2. l. in conditionibus 19. ff. de condit. & demonſtrat.* quod, vt recte animaduertit Cuiacius *in l. ex duobus 34. ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* parum interſit inter directam ſubſtitutionem & precariam, ſi præſentem controuerſiam ſpectemus. Vnde animaduertendum eſt, longum eſſe inter præſentem legem & definitionem, *d.* §. diſcrimen, hic enim pater ſubſtituit duobus impuberibus, qui cum teſtamentum in ea ætate facere non poſſint, *l. qua ætate, ff. qui teſtament. facere poſſ.* morientes ab inteſtato nullum alium heredem relinquere queant, quam ſe mutuo, vnde qui illis ſubſtituitur, non primo, ſed nouiſſimo ſubſtitutus intelligitur: inueniet tamen in ipſius hereditate bona prioris pueri ab inteſtato ad eum delata, *l. qui duos 42. l. vel ſingulis 37. ff. de vulgari & pupillari ſubſtitutione, & hac noſtra lege,* cum pater legitimarum hereditatum ius integrum inter eos ſeruari voluerit. Diuerſa cauſſa eſt, ſi duobus filiis heredibus ſcriptis, & inuicem ſub hac conditione ſubſtitutis, ſi ſine prolibus diem ſuum obiiſſent, adiecerit, ſe velle, vt ſi vterque ſine liberis decederet, omnia bona ad neptem ab eo deſignatam peruenirent, mortuo enim vno, relictis prolibus, prior ſubſtitutio exſpirauit, *l. 1. §. dies, ff de condition. & demonſtration.* neque ſpes ſubſtitutionis in heredem tranſit, *dicto §. dies, item l. cum filio 11. ff. de legatis primo, l. ſi in perſona, infra de fideicommiſſ. l. vnica, infra de caduc. tollend. §. ſin autem, Alexander in dicto §. heredes, §. cum ita, numero ſexto, poſt Bartolum,*

Bald.

Digitized by Google

Bald. Imol. in hoc adductos. Qua de cauſſa ſi alter filius ſine prolibus moriatur, fratris filius excluſus remanet, exſtincta priori ſubſtitutione, & duntaxat de vltima ſubſtitutione tractari poteſt, an & illa peremta intelligatur, quod ſane verba ſubſtitutionis præ ſe ferre videantur, cum verum non ſit, vtrumque ſine liberis diem ſuum obiiſſe. Porro, cum Papinianus animaduerteret, hanc interpretationem illam abſurditatem conſecuturam, vt & nepos repelleretur, quippe, cuius parens duntaxat ſubſtitutus fuerit, quod in fratris filium ius conditionalis ſubſtitutionis tranſire non ſolet, *l. vnica, de his qui ante apertas tabul. & ibidem gloſſ. l. vnic. §. ſin autem, infra, de caducis tollend. & dict. l. 1. §. penultim. ff. de condition. & demonſtration. vt antea demonſtratum eſt*, & deinde etiam ſubmoueretur neptis Claudia, extraneo, fortaſſe ab eo, qui vltimo moriatur, inſtituto, cum tamen teſtator hanc ipſam Claudiam, tota hereditate potius potiri voluerit, quam vt extraneo heredi locus fieret, recte Papinianus hanc ſubſtituto præferendam pronuntiauit. Quæ circumſtantiæ profecto in noſtra lege non interueniunt, vbi etiam, ſi quis moriatur in pupillari ætate, cum iam alter pubes factus eſt: tamen ſubſtituto nihil adquiritur, quod ius legitimarum hereditatum, & hoc caſu ſaluum ſit, cum impubes in teſtamento extraneum heredem facere nō potuerit, & veriſimile non videatur, quod teſtator ſubſtitutum fortaſſe extraneum, voluerit proprio filio, eidemque impuberis fratri præferre: ſed ex eo ipſi hereditatem reliquiſſe intelligatur, quod eandem non ademerit, *l. conficiuntur, ff. de codicill.* adeo, vt hic nulla cauſſa ſit, quare a proprietate verborum diſcedamus. Quod ipſum, quamuis obſcure inſinuare videntur Bartholom. Socin. *in d. §. cum ita, numer. 14.* Marcus Aquilin. *in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, numer. 112.* Accedit conſideratio Antonii Fabri, *coniectur. libro 13. cap. 8.* quod *in d. l. heredes, §. cum ita*, perinde habeat, atque ſi ſoli nouiſſimo eſſet ſubſtitutum: vocem autem collectiuam, *vterque*, eo pertinere, quod cum teſtatori propoſitum eſſet, totam hereditatem in illam transfundere, ſi prior conditio defeciſſet, coactus fuerit, vt hac dictione vteretur, vnde illam non intelligendam eſſe collectiue, ſi conditionem poſterioris ſubſtitutionis intueamur: ſed ſi commodum & effectum eius ſpectemus.

Secundum hanc expoſitionem facile aſſequimur, quod ſi in caſu noſtræ legis, vnus ex † impuberibus in ſuam tutelam perue- 7
niſſet, & poſtea ab hac luce ſubtractus eſſet, & frater ipſius adhuc impubes, poſtea fato conceſſiſſet, ſubſtituto locum fore, vt pronuntiauit *in præſenti lege Corn. numer. 11. Iaſon num. 10. Coraſius num. 14. Curtius Iunior numero 9. Zanchus in d. §. cum ita, numer. 249.* Et quamuis hic Decius *num. 4. Alciatus in d. l. heredes, §. cum ita, in verbo deceſſiſſet*, item Bartholom. Socinus *ibidem numer. 21.* item Antonius Faber *coniectur. libro 13. cap. 20.* temere diſſentiant: tamen idem Decius poſt Bartolum & Alexandrum ab eo relatos, fatetur, priorem ſententiam communem eſſe, quod & ipſum etiam agnoſcit Barthol. Socinus *in locis allegat.* Etenim licet aduerſari videatur definitio præſentis legis, quæ vtriuſque conditionis veritatem requirit: tamen cum in toto iure generi per ſpeciem derogetur, *l. in toto, ff. de regulis iur.* & vna lex aliam declaret, *l. non eſt nouum, ff. de legibus*, non video, quid prohibeat, noſtram legem interpretationem recipere ex diſpoſitione *d. l. heredes, §. cum ita, ff. ad Senatuſconſult. Trebellianum*, cum iam nulla perſona ſuperſit, quam teſtator videatur præferre voluiſſe. Nec mouet conſideratio ipſius Socini, ſubſtitutum hic non ad totam hereditatem vocatum cēſeri: ſed nouiſſimi duntaxat. Nam hæc obſeruatio certa ratione receptam ſententiam confirmare poſſet, cum hoc modo facilius admitti deberet diuiſio: ſed tamen non animaduerto, cur is dicatur, ſubſtituto minus gratificari voluiſſe, cui quis ita conſulit, vt vtriuſque portionem conſequatur, & pro dimidia parte legatis & fideicommiſſis exoneretur, *l. qui duos 42. ff. de vulgar. & pupillari ſubſtitutio.* quam ſi totum ex teſtamento referret, cum vtrobique duntaxat perſonas ab ipſo deſignatas, & magis dilectas potiores eſſe voluerit, his autem deficientibus emolumentum omne ad ſubſtitutum tranſtulerit.

Porro, ſciendum eſt, † noſtram modera- 8
tionem locum non habere, ſi is, qui pubes factus erat, contracto matrimonio, liberos ſuſcepiſſet. Quamuis enim eum defunctum proponamus: tamen veriſimile non videtur, quod teſtator ſubſtitutum fortaſſe extraneum propriæ ſoboli præponere voluerit, *l. cum auus 102. ff. de conditio. & demonſtrat. l. cum acutiſſimi, infr. de fideicommiſſ. vt tradiderunt Bartol. in d. §. cum ita, circa finem,*

Digitized by Google

Alexand.ibid.n.18.Rip.n.128.Bald.hic n.2. Saly. num.3. Marc.Aquilin.in d.§.& quid ſi tantum, numero 127.

Hinc excipit illa quæſtio, *quid iuris ſit, ſi eſſent huiuſmodi fratres, inter quos ius mutuæ ſucceſſionis ab inteſtato non verſaretur*, veluti, ſi ſtatuamus, eſſe filios ex diuerſis matribus progenitos, qui fratrem vtrinque coniunctum haberent? *auth.itaque, commun.de ſucceſſ.* 9 †nõ eſſe locum hoc caſu definitioni noſtræ legis tradiderunt Caſtr. *in hac noſtra lege, n.3. Alexand.n.4.Fulgoſ.n.7.Iaſon n.6.Alciat.in d. l.heredes, §.cum ita, in verb.ſuſcepiſſet, num.9. Ioan.ab Imol. ibidem num.3. verſic.adde hoc verum quando ambo, Ripa ibidem num.120. Franc. Mantic.de coniectur.vltim.volunt, libro 11. numero 11. Marc.Aquilin. in l.Gallus, §.& quid ſi tantum, ff.de liber.& poſthum.hered.inſtit.nu. 129.Anton.Fab.coniectur lib.13.cap.19.* Qua in re tamen obſeruandum eſt, quod ſi neque mater, neque frater vtrinque coniunctus quid obſtaculi inferrent, hic aliud probandum eſſe, imo ſi pro parte duntaxat ſuccederent, idem obtineret *ſecund. Rip. & Franc. Mantic.in locis proxime allegatis.*

10 Huc pertinet, †quod ſcriptum reliquit Bart.*in d.l.heredes, §.cum ita, ff.ad Senatuſconſult.Trebellianum, num.5. Angel. nu.9. Alexand. nu.18. Ripa num.123. Marc Aquilin. in d.l.Gallus, §.& quid ſi tantum, num.128.* vbi plures refert Franc.Mantic. *de coniectur.vltim. volun. lib.11.num.14.Salyc.in hac noſtra leg.num.5. Alexand.num.4. Caſtrenſ.num.7. Dec. numero 6.* quod ſi teſtator non extraneum inſtituiſſet, ſed pari vinculo coniunctum, veluti filium ſuum, quod tunc non ſit exſpectanda mors vtriuſque, ſed ſufficiat, quod vnus fato concedat, idque argumento *d.l.heredes, §.cum ita, ff.ad Senatuſconſult.Trebellian.* vbi Claudia ſubſtituta eodem gradu erat cum nepote prioris filii. Sed ſane hæc traditio, nedum ſuſpecta eſt, ſed meo iudicio vera nõ eſt, quod cauſſa non ſit, quare a proprietate verborũ recedamus, contra definitionem præſentis legis, *item l.Labeo, ff.de ſuppellect.legat. l.ſi alii, ff.de vſufruct.legat. l.4. ff.de legat.1. & ſimilib.* deinde quod ius legitimarum hereditatum etiam hic ſaluum eſſe poſſit, & debeat, *l.vel ſingulis 37.ff.de vulgar.ſubſtitut.* Tertio, quod pater in dubio non videatur inter filios inæquale ius inducere, *Nouell.de nupt. §.final. l.illud, ſupra de collat. l.final. ſupr.commun.famil. herciſcund. & commun. diuidund. l.pater puellæ, Cod.de inoffic.teſtament.* Quarto, quod ex quo hi impuberes filii vno orationis nexu coniuncti ſint, magis dilecti videantur, *l.re coniuncti 89.ff.de legat.3. l.triplici 142 ff.de verborum ſignificat.* vnde etiam hanc doctrinam repudiant *in d.l.heredes, §.cum ita, Ioann.ab Imol.num.3.verſic.an autem lex penultima, Bartholom. Socinus num.20. & 23. Socin.Iunior nu. 84.Fabius num.37. Anton.Fab.coniectur. libro 13.cap.19.*

His ita definitis quæſtionis † eſt, *an idem* 11 *probandum ſit, ſi teſtator in ſubſtituendo non vſus fuerit hac dictione collectiua, vterque, vel ambo, ſed ſimpliciter aliquem ſubſtituerit, ſi filii intra pupillarem ætatem deceſſerint?* Et quidem ſi cum plures impuberes haberet, adieciſſet dictionem vniuerſalem, *omnes*, veluti, *ſi filii mei omnes impuberes deceſſerint*, non dubitarim, idem hoc caſu pronuntiandum eſſe, quod in definitione noſtræ legis, cum quotieſcunque oratio ex vniuerſo ſumitur, ſi aliquid inde falſum ſit, totam orationem falſam reddat, & ideo concurſum omnium requirat *l.is qui ducenta, §.vtrum, ff.de rebus dubiis*, ſed ſi indefinite prolata ſint, quid tunc iuris ſit, ſubſiſto. Primo, quod videatur aduerſari definitio noſtræ legis, quæ vocem collectiuam requirit, deinde etiam *l.Lucius, §.Gaio, ff.ad Senatuſconſult.Trebellian. & l.final. §.filium, ff.de legat.2. cum ſimilibus.* Qua de cauſſa Socinus Senior *in d. §.cum ita, numer.20. verſic.tertio limitatur poſt Bartolum & Angelum in hoc allegatos, Philipp.Decius hic in 3.notabil. Marcus Aquilin. in d. §. & quid ſi tantum, numer.124.* negant hoc caſu definitionem legis noſtræ locum habere. Mouet e diuerſo, quod oratio indefinita eandem vim habere cenſeatur, quam vniuerſalis, *l.ſi pluribus, ff de legat.2.* Secundo, quod voluntas teſtatoris, & hic contrarium ſuadere videatur, quod ſcilicet extraneos heredes, propriis liberis præferre noluerit, *l.cum acutiſſimi, infra de fideicommiſſ.* Tertio. quod hoc confirmare videatur *l.vel ſingulis 37. ff. de vulgar. & pupillari ſubſtitu.* Hinc animaduertimus gloſſam *in l.ſi pater impuberes, ff.de vulgar. & pupill.ſubſtitut.* & ibidem Caſtrenſ. Imol. Aretin. Iaſon contrariam ſententiam amplecti, quod etiam facit *in præſenti lege num.5. Sichardus num.4. Curtius Iunior circa fin. Bald.num.7. Salycet.num.6. Ripa in d.l.heredes mei, §.1. numero 118. Didac.Couarr. in cap.Raynutius, extra de teſtam. §.8.num 8.* vbi hanc ſententiam communem dicit. *Ant.Fab.coniect.lib.13.c.19. Ferdin.Vaſq.lib.3. de ſucceſſ.progreſſ. §.25. num.50. verſ.ſed conſidera, Anton.Gomez.lib.1.variar.*

reſo-

Digitized by Google

reſolut. c. 5. nu. 21. verſ. ſi vero loquitur, & multi alii, quos recenſet Marc. Aquilinus in d. §. & quid ſi tantum, nu. 146. Et hæc ſententia benignior quoque eſſe cenſetur, & tanquam recepta minime repudianda, maxime quod verba negatiua vim vniuerſalis orationis continere videantur, l. ſi is, qui ducenta, §. cum ita, & §. item, ſi paterfamilias, ff. de rebus dub.

Hęc de primo argumento contrario ſuffecerint. Secundum autem ſcrupulum facile eximemus, ſi conſtituamus differentiam
12 inter † verba collectiua, vt ſunt dictiones *vterque*, hac noſtra lege, *ambo. l. qui duos, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* & inter ſermonem pluralem vna conceptione verborum comprehenſum, *vt dicta leg. Lucius 78. §. Gaio Seio*, vbi teſtator duobus heredibus inſtitutis, iuſſit vt poſt obitum ſuum, portiones ſibi quæſitas reſtituerẽt. Quamuis enim hæ dictiones, *poſt obitum ſuum*, pluralem numerum præſeferant, perinde atque ſi dixiſſet, cum obieritis, & pluralis numerus, in ſingulari effectum non ſortiatur, *l. final. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian.* tamen ex communi conſuetudine loquentium, atq; adeo etiam mente teſtatoris, reſoluitur in numerum ſingularem, *dict. §. Gaio, item l. falſa 23. §. final. ff. de condit. & demonſtrat. l. 6. §. ſi. ff de leg. 1. l. 1. inf. de cond. inſert. l. iubemus §. ſi. infr. ad Senatuſconſultum Trebellian. l. 3. §. negotia, ff. de negot. geſt. l. fin. §. filium, ff. de legat. 2. Nicolaus Euerhard. in ſuis locis legalibus, titulo a vi numeri, num. 6.* Hinc *Franciſcus Mantic. de coniect. vltim volunt. lib. 11. tit. 5. nu. 15. Marc. Aquilin. in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, num. 146. Anton. Gabriel libr. 4. commun. concluſ. tit. de ſubſtitut. concluſ. 1. nu.* 1. vbi in hanc ſententiam allegat Ang Imol. Caſtrenſ. Alex. Socin. ſenior. Iaſon. Ruin. & multos alios. Accedunt Iacob. Menoch. *libr. 4 præſumt. 62. num 30. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. progreſſ. lib. 3. §. 25. num. 40. Sfort. Odd. in tract. de ſubſtitut. tit. de compendioſ. ſubſtit. part. 5. num. 26.* in quæſtione, an is, qui Titium Seium & Sempronium heredes inſtituit, & illis Meuium ſubſtituat, intelligatur poſt mortem omnium, an vero ſingulorum id feciſſe, vt ſcilicet & hic ſermo de ſingulorum morte accipiendus ſit, vltimam interpretationem confirmant, quamuis copula, *&*, contrarium exigere videatur, *l. 5. ff. de condit. inſtitut. & §. ſi plures, Inſtitut. eodem tit.* Et licet Barth. Soc. *in dict. leg. heredes mei, §. cum ita ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. num. 8. Did. Couarr. in c. Raynutius, §. 8. num. 4. extra. de teſtamen. Anton. Gabriel libr. 4. concluſ. tit. de ſubſtitut. concluſ. 1. num 20. Oſaſc. deciſ. 110. præſumt. 62. num. 35. Ripa in dict. §. cum ita, numer. 130. Franciſc. Mantic. de coniect. vlt. volunt. libr. 11. tit. 5. nu. 18.* conſtituant hanc doctrinam locum non habere, ſi futurum eſſet, vt hoc † modo ex- 13
cluderetur perſona magis dilecta, veluti ſi quis tribus filiis heredibus hoc modo inſtitutis, fratrem ſuum heredem ſubſtituerit: tamen veriorem eſſe conſtituo contrariam ſententiam Alexandri *in l. pater filiam, § fin. ff. ad l. Falcid. Iaſ. hic num 7. & 8 Alciat. in l. vel ſingulis, ff. de vulgar. & pupil. ſubſtit. n. 12. And. Fachin. illuſt. controuerſ. libr. 4. cap. 82. Anton. Faber coniect. lib. 11. cap. 20.* & quorundam aliorum, quos refert Menoch. *dict. præſumt. 62. num. 35.* Obſtant enim *l. Lucius, §. Gaio, ff. ad Senatuſconſultum Trebellianum*, & aliæ leges ſupra a nobis commemoratæ. Secundo, quod primo loco inſtituti plerunque magis dilecti eſſe ſoleant, *l. Publius 36. § 1. ff. de condition. & demonſtrat.* vnde ſubſtitutio numquam aut rarius locum haberet ante mortem omnium inſtitutorum. Tertio, quod ex definitione noſtræ legis, *item l. qui duos 42. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* appareat non eſſe mutuam ſubſtitutionem factam, ex formula ſubſtitutionis, quæ etiam per verba collectiua concepta erat, ſed ius legitimarum hereditatum inter impuberes duntaxat ſeruatum. Diuerſa autem cauſſa eſt heredum, quibus pupillariter ſubſtitui non poteſt, quique condendo teſtamentum ius legitimarum hereditatum impedire poſſent, quo caſu Menochius *dicta præſumtione ſexageſima ſecunda, poſt Nicolaum Mutarell. Bald. Caſtrenſem, Fulgoſ. & alios quos ibidem, nec non Marcus Aquilinus refert in leg. Gallus, §. & quid ſi tantum, numero centeſimo ſexageſimo octauo*, negat huic interpretationi locum eſſe.

Hinc oritur alia & illa longe intricatior quæſtio, *quid probandum ſit, ſi teſtator † Titium, Seium, & Sempronium heredes inſtituerit, & poſt mortem omnium ſubſtituerit Meuium, an per hæc verba ſubſtitutio quædam inter heredes ſcriptos videatur contracta, ita vt Meuius, niſi omnibus defunctis admittendus non ſit, an vero poſt ſingulorum mortem ſtatim ſuccedere poſſit, non exſpectato omnium obitu?* Ita enim pronuntiant Ripa *in lege heredes quinquageſima ſeptima, § cum ita, ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. numer. 15. verſ. ampliatur tertio, Zanchus ibid. num. 1050. Alex.* 14

conſi.91 num.5.libr.1.Anton.Gabr.lib.4.commun.concluſ.tit.de ſubſtit.concluſ.1.num.18. vbi hanc ſententiam magis receptam teſtatur, *vt etiam facit Sfort. Odd.de exempl.ſubſtit.part.5.num.26.* vbi multos auctores in hanc ſententiam accumulat, *vt etiam facit Marc. Aquilin.in l. Gallus,§.& quid ſi tantum,num. 27. ff.de liber.& poſthum.hered.inſtit.* quamuis hi duo diſſentiant, *Iacob. Menoch. d. præſumt. 62.num.50.lib.4. Ferdinand Vaſq. de ſucceſ. progreſ.lib.3.§.25.num.42. Andr. Fachin. controuerſ.lib.4.cap.81.*idque argumento *d.l.penul. §.filium,ff.de legat.2.* item aliarum legũ, quas allegaui pro defenſione principalis regulæ. Secundo, quod etiam fideicommiſſum onus cenſeatur, *l.arrogator, §.penult.ff. de adoption.* teſtator hoc in dubio iniunxiſſe nõ videatur, *l. coheredi 41. §.cum filia, ff. de vulg.& pupil.ſubſtit.*

Contrariam ſentẽtiam, quod ante mortem omniũ admittendus non ſit, probarunt Caſtrenſ. *in l. Titia Seio.89.§. Seia libertis, nu. 2.Curt.Iun.hic num.13 & 16.& conſ.11.num.5. Marc. Aquilin.in l. Gallus, §.& quid ſi tantum,nu.28.& 137.* vbi plurimos in hanc ſententiam referunt, ſed quam bene poſtea ediſſerã, *Sfort.Odd.in tractat.de exempl.ſubſtit. num.30. Alexand. in l. ſi pater, ff. de vulg. & pupill.ſubſtit.num.3.* Mouẽtur autem auctoritate, *l. codicillis,ff.de vſufruct.legat.* Secundo, quod qui poſt mortem omnium aliquid relinquit, in ea cauſſa cenſeri debeat, atque ſi ab vltimo moriente reliquiſſet, *argum.l. ſi pater impuberes, ff. de vulg. & pupill.ſubſtitut.* Tertio, quod in fideicommiſſis voluntates teſtatorum ſpectemus, *l.in conditionibus,ff.de condit. & demonſtrat.*

15 Pro diſſolutione huius quæſtionis † ſciendum eſt, interpretes ſupra a nobis relatos, temere varias quæſtiones commiſcere, & allegare multos auctores, qui nullam de præſenti controuerſia mentionem faciant: ſed circa longe aliam diſceptationem occupati ſint, nimirum an is, qui duos aut tres heredes inſtituerat, poſt mortem illorum Meuium in totã hereditatem ſubſtituiſſet, intelligatur tacitam quandam ſubſtitutionem induxiſſe inter ipſos inſtitutos? An vero illud etiam eo caſu probandum ſit, quo

16 poſt mortem † omnium totam hereditatem reſtitui iuſſiſſet? Nos itaque in præſenti & vltima quæſtione non dubitamus ante obitum omnium ſubſtitutum Meuium nulla ratione admittendum, quod repugnet dictio vniuerſalis *omnium*, quæ ſubſtitutum quoad aliquid inde falſum eſt, plane excludit, *l. ſi is, qui ducenta, §. vtrum,ff. de reb. dub.* Secundo, quod conditio hoc modo propoſita ſcindi non debeat, ſecundum doctrinam Bart. *in l. Stychum, qui meus erit 6.ff.de legat.1.* item definitionem noſtræ l. cum non animaduertam quid interſit ad vim conditionis, vtrũ quis vtatur voce collectiua vtriuſque, an ſigno vniuerſali *omnium*. Sed an inſtituti inuicem ſubſtituti videãtur, an vero portiones defunctorum apud heredes relinqui interea debeant, id controuerſum eſt. Etenim Marc. Aquilin. *in d. §. & quid ſi tantum, num.96.* poſt Caccialup. Socin. Alban. & Ruin. in ſuam ſententiam laudatos, heredes defuncti id compẽdii ſentire arbitratur, ego autem puto ipſos inſtitutos præferendos eſſe, quod ſpes conditionis non tranſmittatur, *§. ſin autem, leg. vnic. infr. de caduc.tollen.* deinde, quod hoc videatur eſſe cõſentaneum voluntati teſtatoris, *arg.l. codicillis,ff.de vſufruct.legat.& l. Titio Seia, §.Seia libertis,ff. de legat.2.*

Porro, ſi quis requirat, quid † in altera 17
quæſtione iuris ſit, ſi quis tribus aut quatuor heredibus inſtitutis, Meuium in totam hereditatẽ ſubſtituat, aut a ſcriptis heredibus petat, vt totam hereditatem reſtituant, an inter eoſdem heredes mutuam ſubſtitutionem induxiſſe videatur, etiã † ſatis contro- 18
uerſum eſt. Pro affirmatiua ſententia quod hoc factum intelligatur, allegãtur Caſtren. *in d.l. Titia Seio 87.§. Seia,ff.de legat.2.Rubeus conſil.2.num.9.Curt.Iunior.conſ.16.num. 5.& & conſ.156.num.2.Gratus conſ.8.num.2.libr.2. Cephal.conſ.166.num.21. Simon de Prætis in tractat,de interpret.vltim. volunt. libr.3. dubit.4. Sfort.Odd.de exempl.ſubſtit.part.5.nu.26.Dec. hic num.6. Anton.Gomeſ.variar. reſolut. lib.1. cap.5.num.21. verſ.ſi vero teſtator, Ang.in d.§. cum ita, num.10.Bart. in l. quidam teſtamento, num.4.Pariſ.conſ.43.libr. 2. & plures alii, quos referunt Iacob. Menoch.lib.4.præſumt.62.num. 48. Sfortia Oddus d.part.5.nu.26.* qui tamen exceptis nouem primo loco commemoratis, non tam videntur aſſerere cauſſam reciprocæ ſubſtitutionis, quam hoc duntaxat defendere, quod ante mortem omniũ ſubſtituti vocati non videantur, vt ipſe Menochius recte obſeruauit.

Pro defenſione huius opinionis allegant *dict.leg. codicillis,ff. de vſufruct. legat. item d. l. Titia Seio, §. Seia,* accedit ratio, quod ante illud tempus tota hereditas reſtitui nequeat, vt teſtator eo vſque diſpoſitionem ſuam ſuſ-
pendiſſe

Digitized by Google

ſuſpendiſſe videatur, *arg. l. interdũ, ff. de verb. obligat.* vbi multa exempla proponuntur, quæ tacitum tempus, quo aliquid præſtari debeat, complectantur. Eodemque referri poteſt, *l. Firmio Heliodoro 26 ff. quando dies legat. ced.*

19 Contrariæ ſentẽtiæ † auctores ſunt Ang. *in l. heredes, §. cum ita, ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. num. 10. Alexand. nu. 19. Socin. nu. 8. Ripa num. 24. & 27. Iaſ. in hac noſtra leg. nu. 9. Alberic. in l. vel ſingulis 37. ff. de vulg. ſubſtit. num. 17. Did. Couar. in c. Rayn. §. 8. num. 4. de teſtam. Ant. Gabr. lib. 4. concluſ. tit. de ſubſtit. concluſ. 1. num. 18. Oſaſc. deciſ. 100. nu. 7. Ferdinand. Vaſq. in tractat. de ſucceſ. progreſ. §. 25. nu. 42 Iacob. Menoch. lib. 4. præſumt. 62. nu. 47.* vbi plures Doctores vſq; ad viginti ſeptem recenſet. Accedit Franc. Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 7. num. 13. Marc. Aquilin. in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, num. 85. Andr Fachin. illuſtr. quæſtion. libr. 4 cap. 81. Zaſ. in l. quidam teſtamento, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. Anton. Faber. coniectur. libr. 3 cap. 20. idque arg. l. fin. §. filii, ff. de leg. 2. l. Lucius §. Caio, ff. ad Senatuſconſultũ Trebell. l. falſa, ff. de cond. & demonſtr.* Deinde quod ea, quæ fauore alicuius conſtituta ſunt, non debeant in odium ipſius retorqueri, *l. quod fauore, ſupra de legibus, & l. Lucius 28. ff. de inſtruct. & inſtrum. legat.* Præterea abſurdum videri, quod ſi teſtator duntaxat iuſſiſſet hereditatem Meuio reſtitui poſt mortem heredum ſuorum, is eandem conſequi poſſit ſtatim pro portione eius, & illo tempore, quo quiſq; mortuus eſt, ſi minus iuris haberet, cui tota hereditas relicta eſt. Quarto, quod illud videatur euincere, *d. l. heredes 57. §. cum ita. ff. ad SC. Trebell.* quæ quamuis diſerte mentionem faciat, quod teſtator deſiderauerit, vt tota hereditas ad Claudiam perueniret, ſi filii ſine liberis deceſſiſſent, tamen comprehendit ſpecialem inter fratres ſubſtitutionẽ antea factã, quaſi innuere velit, quod eadẽ omiſſa fideicommiſſaria ſubſtitutio inter illos locum habere nõ potuerit. Quinto huc pertinet, quod ne quidem inter liberos ſubſtitutio facta intelligatur, niſi eadem nominatim interceſſerit, *l. ſi pater impuberes, ff. de vulg. & pupill ſubſtit.* quamuis inter eos ius legitimarum hereditatem ſaluum eſſe videatur, *l. vel ſingulis, ff. eod. tit.*

20 Quibus ſubductis † non eſt, ꝙ nos torqueant argumenta in contrarium allegata. Lex n. *codicillis* locũ habet in vſufructu, qui etiam poſt aditam hereditatem accreſcere ſolet, deinde ibidem ẽt fit mentio dictionis, *omnium, vt antea meminimus: §. Seia* conceptus eſt in eũ caſum, quo quis a nouiſſimo, fundũ vel quid ſimile reliquiſſet. Quod tertio commemoratur, totum fundũ præſtari non poſſe, antequã vltimus ab hac luce ſubtrahatur, id libenter concedimus, ſed tñ hæc res nõ prohibet, quo minus partes decedẽtium maturius ſoluantur, *d. l. fi. §. filium, ff. de legat. 2. cum ſimilibus.*

Hactenus de ſcrupulo ſecundo loco moto: cõſequens eſt, vt tertio argumento principali ſatisfaciamus, circa cuius inſpectionẽ obſeruandũ eſt, intereſſe vtrũ quis omnib. ſubſtitutus ſit, an vero ſingulis: priori n. caſu locũ habent ea, quæ ſupra propoſuimus: ſecundo caſu nulla difficultas eſt, cum ſingulæ ſubſtitutiones effectũ ſuum illumq; diuiſum
habeant, inde † adeo euenit, *vt cum d. l. pen.* 21
ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. Teſtam. ſinguli inſtituti, etiã ſingulos ſubſtitutos habuerint, & ab inſtitutis exheredatus fuerit filius, a ſubſtitutis vero præteritus, ꝙ mortuo vno ex inſtitutis, & ſubſtituto a cuius perſona exheredatio facta nõ erat, in locum eius ſuccedente, alter inſtitutus hereditatẽ amplecti non potuerit, per cõſiderationem regulæ, quod ius noſtrum non patiatur, vt teſtamentum noſtrum pro parte valeat, pro parte autem nullius momenti ſit.

His expoſitis non eſt quod laboremus de *l. falſa, ff. de condit. & demonſtrat. § fin. item l. final. §. filium, ff. de legat. 2.* quippe quæ ſolutionem ſuam acceperint circa conciliationem ſecundi argumẽti, quo breuitatis cauſſa lectorem reiicimus.

Licet vt ſexto obiicitur † ſubſtitutus re- 22
gulariter coniuncto præferatur, tamen illud locum non habet, cum verborum proprietas coniuncta cũ teſtatoris veriſimili voluntate, aliud ſuadere videatur, vt in definitione noſtræ *l. & l. qui duos 42. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* ſiue cũ aliæ coniecturæ diuerſam voluntatem teſtatoris inſinuent, *l. quidam teſtamento, ff. de vulg. & pupilli ſubſtit.*

Septimum argumentum de ſeruo com-
muni ex eo dilui poterit, ꝙ conſtet † ſeruos 23
non adquirere, niſi pro portione dominica, *l. 1. §. communis ſeruus, ff. de ſtipulat. ſeruor.*

Quæ octauo † ex Antonio Fabro adfe- 24
runtur, parũ ꝑiudicii noſtræ inſpectioni adferre poſsẽt, ſi eadẽ plane vera eſſe ſtatueremus, cum ad prohibendum ſubſtitutionis effectũ, voluntas teſtatoris & ꝓbabiles cõiecturæ ſufficiant, *vt d. l. quidã teſtam. ff. de vulg.*

Digitized by Google

& pupill. ſubſtit. tamen non arbitramur eiuſdem Fabri conſideratione in præſenti quæſtione procedere, q. longum diſcrimen ſit, inter leges ab eo propoſitas, & cõditionem de qua ſermo inſtitutus eſt, cũ negare non poſſimus, veram conditionem eſſe de pupillari ætate adſcriptam *l. in pupillari 14. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quod cum locum habeat in pſona vnius, multo iuſtiori ex cauſſa procedet, ſi in duos talis conditio collata ſit, *vt hac noſtra l. & l. coheredi 41. §. cũ pater, item l. qui duos 42. eod. tit.*

Hæc de prima concluſione ſuffecerint, properamus itaque ad argumenta, quæ in ſecundam enuntiationem torquentur, ex
25 quibus initio ſe offert † *l. Titia Seio 87. §. Seia, ff. de legat. 2.* quæ antinomia ſatis perplexa eſſe videtur, qua de cauſſa vt doctores noſtri ſe inde extricent, conſtituũt, intereſſe, an quis ſimpliciter ſubſtituerit, an vero vltimũ morientem obſtrinxerit fideicommiſſo, vt totam hereditatem Meuio reſtitueret: Priori enim caſu obtinere ea, quæ ſuperius expoſuimus: Poſteriori vero ſubſtitutionem vltro & citro inductam videri, qua vltimo ſuperſtes totum conſequatur, & deinde rem reſtituat, *Menoch. lib. 4. præſumt. 62. nu. 1.* vbi infinitos auctores in hanc rem allegat. *Marcus Aquilin. in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. num. 72. Franc. Mantic. de coniectur. vltim. volunt. libr. 7. tit. 5. num. 10. Andr. Fachin. lib. 4. illuſtr. controuerſ. cap. 80. Vigl. in §. vel ſingulis, Inſtit. de pupill. ſubſtit. Did. Couar. in c. Raynutius, §. 8. num. 3. de teſtament. Oſaſc. deciſ. Pedemont. 110. nu. 12. Sfort. Odd. de exemplar. ſubſtit. part. 5. num. 9. Bart. in dict. l. Titia, §. Seia, num. 2. Bald. ibid. circa fin. Caſtrenſ. nu. 1. Alber. circa fin.* Hancque eſſe communem omnium ſententiam teſtantur idem Menoch. & Sfortia Odd.

Ratio huius definitionis eſt, quod ille, qui velit cõſequens, velit etiam omne neceſſarium antecedens, *l. illud 76. ff. de acquir. vel amittend. hered.* Cum enim teſtator ab illo poſtulet, vt totam hereditatem reſtituat, conſequenter quoq; ſubſtitutionem fideicommiſſariam induxiſſe videtur. Sed negotium faceſſit *l. ſi eius 34. ff. ad SC. Trebellian.* qua cauetur, quod ſi pater teſtamento complexus fuiſſet, vt qui nouiſſimus ex filiis moreretur, partem hereditatis propinquo reſtitueret, quod ſi ſimul fratres diem ſuum obiiſſent, propinquum plane repellẽdum, niſi oſtenderet quis vltimo exſpiraſſet, & matri in tota hereditate locus fiet: deinde *l. ſi pater 25. & l. vel ſingulis 37. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. & l. qui duos 42. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. pater filium, §. ex duob. ff. ad l. falcid.* ex quibus colligitur non videri mutuam ſubſtitutionem factã, quamuis nouiſſimo quis ſubſtituerit.

Pro diſſolutione prioris antinomiæ amplectimur ſolutionem gloſſæ, † *in dict. l. eius, qui nouiſſimus, in verb. conſtat*, quam ibidem etiam probant Bart. Ang. Caſtrenſ. & Alexand. Item Iacob. Cuiacius *in explicat. l. ex duobus 34. de vulg. & pupill. ſubſt. Item Anton. Faber coniectur. lib. 13. cap. 16. Franc. Duaren. in explicat. tit. de vulg. & pupill. ſubſtit. cap. 15.* intereſſe, an quis nouiſſimo in tota hereditate ſubſtitutus ſit, an vero pro parte dũtaxat? vt priori caſu fideicommiſſaria ſubſtitutio inducta videatur, ſi heredes ſcripti diuerſis temporibus moriãtur. Quod ſi vero vno & eodem tempore perierint, fluctibus fortaſſe obruti, vel ruina oppreſſi, ſubſtitutus ad vtriuſque hereditatem admittatur, *l. qui duos 42. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quod etiam locum habeat, quãuis pater ſupremo aliquem ſubſtituerit, quod ſupremus is intelligatur, poſtquem nemo eſt, quemadmodum proximus quem nullius præcedit, *l. ex duobus 34. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. qui duos 9. ff. de rebus dubiis.* Quod ſi vero nouiſſimus partem hereditatis reſtituere rogatus ſit, & huiuſmodi calamitas ſimul vtrumque obruerit, ſubſtitutus ex eo ſubmoueatur, quod intentionis ſuæ fundamentum probare non poſſit, *l. 1. & l. cum te, & l. actor, ſupra de probat.* & quod vt conqueritur Iuriſconſultus, *in l. duo ſunt Titii, ff. de teſtam. tutel.* ſæpe ita comparatum ſit, vt ius non deficiat, ſed probatio. Etenim ſi vel huius, vel alterius partem petat, ſemper probare cogitur hũc nouiſſime deceſſiſſe, quod cum facere nequeat, tota hereditas matri defertur. 26

Scrupulo, qui † ſecundo loco illatus eſt, 27 liberabimur, ſi cauſſam eorum, inter quos non eſt mutua ſucceſſio ab inteſtato, ſeparemus ab his, qui hoc iuris habent, & teſtamento condito illud mutare non poſſunt, vt ſunt impuberes filii, ſiue enim parens illis indefinite ſubſtituat, ſiue per dictionẽ collectiuam, ambo, vterque, *vt hac noſtra lege, & l. qui duos 42. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* ſiue nouiſſimo, *l. ſi pater impuberes 25. l. vel ſingulis 37. & Inſtit. de pupill. ſubſtit. §. vel ſingulis,* nulla inducitur fideicommiſſaria ſubſtitutio, vt repudiata opinione aliorũ recte pronuntiant Bald. *hic num. 6. & 7. Iacobus Menochius libr. 4. præſumt. 61. num. 11. Alciat. in l. vel ſingulis,*

Digitized by Google

ſingulis, ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. numer. 6. poſt Dynum Oldrad. Alberic. Angel. Panorm. & Caſtrenſ. in hanc ſententiam adductos. Franciſcus Duarenus de vulg. & pupill ſubſtitut. cap. 15. Iacobus Cuiacius in explicatione l. ex duobus 34. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. Anton. Fab. coniectur. lib. 13. cap. 15. Marc. Aquilin. in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, num. 78. Ratio illa eſt, quod cum ipſo iure muniti ſint, id eſt cum ex definitione legis duodecim tabularum ab inteſtato omnino ſint ſucceſſuri, *Inſtit. de legit. agnatorum ſucceſſ.* opus non fuerit, vt alio remedio iiſdem ſuccurreretur, *argum. l. in cauſſæ cognitione 16. ff. de minoribus in integ. reſtituend.*

Hinc exoritur alia quæſtio, quod cũ mater ſecundum definitionem Nouell. *118. §. conſequens, & §. ſequent.* item Senatuſcon-
28 ſulti † Orficiani hodie cum liberis ſuccedat, an inducenda ſit hæc ipſa interpretatio tacitæ ſubſtitutionis, vt mater excludatur, & ſiquidem parens duobus impuberibus ſimpliciter aliquem ſubſtituerit, nihil hoc caſu mutãdum eſſe, ſed ius legitimarum ſucceſſionũ adhuc manere, ita vt mater concurrat, docet Bartol. Item Raphal Cuman. *in d. l. vel ſingulis circa fi. Franc. Aret. nu. 4. circa fin. Alciat. ibid. nu. 5. Zanchius in d. §. cum ita, l. heredes, ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. in 6. part. num. 38. in noua editione, Did. in ca. Raynutius §. 8. num 5. de teſtam. Iacobus Menochius libro quarto, præſumt. 61. num. 12.* vbi plures
29 recenſet, ſin † autem addiderit, ſe nouiſſimo in totam hereditatem ſubſtituere, an hoc caſu mutua ſubſtitutio inducenda videatur, non perinde expeditum eſt, quod directę inſtitutiones, vel ſubſtitutiones non tam facile ex coniecturis conciliari ſolent, quemadmodum fideicommiſſariæ, *l. ex facto 19. ff. de heredibus inſtit.* item multis aliis legibus, quas perſequor in explicatione *l. Gallus, ff. de liber & poſthum. hered. inſtit. Caſtrenſ. hic num. 2. Bald. in l. vnic. infr. de caduc. tollend. § pro ſecundo, num. 8. Marc. Aquilin. in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, nu. 75. poſt Ruin. Alexand. Socin. Turniel. Coſtam in hanc ſententaim laudatos.* Deinde ꝙ ex hac noſtra l. intelligamus, dictionem collectiuam *vterq;*, ad huiuſmodi interpretationem transferri non poſſe. Et hanc opinionem ꝙ tacita ſubſtitutio ſubaudiẽda nõ ſit, defendũt Alciat. *in d. l. vel ſingulis, num. 6. poſt Dyn. Oldrad. Bald. Alberic. Ang. Roman. Caſtrenſ. in hanc ſententiam adductos, item Raph. Fulgoſ. qui auctor eſt, omnes veteres ita ſentire, Marcus Aquilin. in d. §. & quid ſi tantum, num. 65. & num. 86.*

Contrariam ſententiam probarunt Bart. *in dict. l. vel ſingulis circa fin. Raphael Cuman. verſ. ſed poſito quod hodie mater, Iohan. ab Imol. num. 2. Franciſcus Aretin. circa fin. Alexander in l. pater filiam, §. duobus, ff. ad leg. Falcid. num. quarto, Ripa in l. heredes mei, §. cum ita, num. 21. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. Did. Couar. in cap. Raynutius, §. 8. num. 6. de teſtam. Iacobus Menoch. lib. 4. præſumt. 61.* vbi in hanc ſententiam etiam adducit Herculan. Corneum Ang. Aretin. Socin. & nonnullos alios. Mouentur primo auctoritate *dict. l. Titia 87. §. Seia*, quod ibidem nouiſſimus in toto fundo ſit ſubſtitutus. Secundo expendi poteſt generalis regula, quod ſemper verba ita exaudienda ſint, vt aliquid operentur, *l. ſi quando, ff. de legat. 1.* Tertio huc pertinet *l. Iuliano 68. ff. de legat. 3.* vbi legando prædium Seianum, omne, eam quoque parte fundi legaſſe videtur, quam ex cauſſa pignoris nactus ſit, ſaluo ſcilicet iure debitoris.

In hoc opinionum certamine † mihi re- 30
ligio eſt a priori ſentẽtia diſcedere. Moueor primo ex rationibus ſupra allegatis, tum ꝙ ad inducendã hanc mutuã ſubſtitutionem, opus ſit verbis, quæ id expreſſe deſignẽt, *l. ſi pater impuberes 27. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* & quod, vbi certa forma præſcripta eſt, ibi voluntas non ſufficiat, *l. teſtandi, ſupra, de teſtamen. & l. nemo poteſt, ff. de legatis primo, l. 1. ff. de codicill.* Deinde, quod luctuoſa filii hereditas matri in dubio inuidenda non ſit, *l. fin. infra, de inſtitut. & ſubſtit.* Vltimo, quod non prohibeat hæc verba: *totam hereditatem*, ita intelligere, vt complectãtur ea omnia, quæ ad pupillum peruenerint, nam & in *l. heredes, §. cum ita, ff. ad Senatuſconſultum Treb.* totam hereditatem ad Claudiã peruenire voluit, & tamen certum eſt eam reſtituendam non eſſe, non ſolum in caſu qui ibidem refertur, ſed etiam ſi vterque filius vitam cum morte commutaſſet, cum ſemper ſaltem ſecundum iura Digeſtorum quartam ex Senatuſconſulto Trebelliano deducere potuerit, *l. 1. eodem titul.* Præterea ex *l. ſi Titius ex parte 69. ff. de legat. 3. item l. Titius 83. ff. ad legem Falcidiam* apparet, pronuntiatione hereditatis, quam quis iuſſus eſt reſtituere, ſignificari portionẽ ſibi ex inſtitutione quæſitam. Nec eſt, quod nos ſolicitent argumenta, quæ cõtrariæ parti ſuffragari videntur. Etenim *l. Titia, §. Seia*, in fideicommiſſaria ſubſtitutione procedit, non aũt directa, deinde nõ tam inuidioſum eſſe videtur adi-

mere heredi facultatem inſtituendi heredis extranei, quã matrem excludere a propria ſucceſſione filii, *d. l. fin ſupr. tit. prox.* Secundum & tertium argumentũ parum momenti facient, ſi obſeruemus, quod vbi certa forma præſcripta eſt, ibi coniecturæ voluntatis non admittantur *d. l. ex facto 19. ff. de hered. l. ex facto 19. ff. de hered. inſtit.* præſertim cum voluntas ipſius dubia eſt, nam ſi de ea cõſtaret, adhuc obiici poſſet, teſtatorem voluiſſe, quod non potuerit, & contra detrectaſſe. quod facultate ipſius cõtinebatur, *l. 1. de codicill. & l. multum intereſt ſupr. de rebus alien. non alienand.*

Hæc ſi quis in tota hereditate ſubſtitutus
31 ſit. Quod ſi vero teſtator verbis † precariis ſimpliciter petierit, vt nouiſſimus hereditatẽ ſuam Meuio reſtitueret, an hoc caſu reciproca quædã ſubſtitutio inter heredes ſcriptos verſetur, ſatis cõtrouerſum eſt. Etenim
32 hoc † defendunt Curt. Iunior *in hac noſtra lege, nu. 13. Ripa. in l. heredes mei, §. cum ita, nu. 18. & ibid. Fab. num. 12. Vigl. in §. vel ſingulis, Inſtit. de pupill. ſubſtit. num. 3. Decian. conſ. 3. nu. 70. lib. 1. Sfortia Odd. de compendioſ. ſubſtit. part. 5. artic. 5. num. 16. quos refert & ſequitur Iacob. Menoch. libr. 4. præſumt. 62. num. 2. accedunt Ferdinand. Vaſq. de ſucceſſion. progreſ. libr. 3. §. 25. num. 24. Did. Couar. c. Raynutius §. 8. num. 3. de teſtam. Cephal. conſ. 166. num. 26. libr. 2. Marian. Socin. conſ. 110. num. 83. Item Eraſmus Muſculus in theſaur. commun. opin. in verb. ſubſtitutio. num. 16.*

Primò, quod illud confirmet, *l. Titio Seio 87. §. Seia, ff. de legat. 2.* cum ibidem nullum ſignum vniuerſale deprehendatur, ſed fundi duntaxat indefinite mentio fiat.

Secundo, quod ex *l. ſi ita 43. & l. ſi plurib. 44. ff. de leg. 2.* cõſtet indefinitam orationem tantum poſſe & complecti quantum vniuerſalem.

Tertiò auctoritate *l. codicillis, ff. de vſufruct. legat.* vbi qui nouiſſimus moreretur, ſimpliciter, iuſſus eſt fundum reſtituere, & tamen ibidem huiuſmodi ſubſtitutio contracta intelligitur.

Quarto, quod qui ſimpliciter iuſſus eſt aliquid reſtituere in eadem cauſſa cenſeatur, atque ſi integraliter hoc facere iuſſus eſſet, cum rei ſimpliciter prolatæ appellatione tota res ſignificetur, *l. Meuio 41. ff. de legat. 2. & l. coniunctim 80. ff. de legat. 3. l. ſi ſeparatim, ff. de condit. & demonſtrat. l. ſi ita ſcriptum, in verb. ex aſſe, ff. de heredibus inſtituend. l. 1. §. final. in verb. totius, ff. de vſufruct. accreſ. & l. inde Neratius in verb. in ſolidum, eodem tit. l. ſi alii, & l. ſi Titio, ff. de vſufruct. legat.*

Quinto, quod abſurdum videatur, ſi dicamus nouiſſimum ad hoc duntaxat teneri, vt partem ſuam reſtitueret, cum in pari conditione heredum, non videatur eſſe ratio, hunc magis onerandi, quam reliquos, & dictio nouiſſimus ſui natura hoc complecti videatur, vt quis inuitatus cẽſeatur ad ceterorum portiones, *l. ex duobus 34. & l. qui duos 42. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit.*

Contrariam ſententiã † defendunt Zan- 33
chus *in d. l. heredes, §. cum ita, in 6. part. n. 157. qui in aliis libris eſt, num. 606. Iaſ. in l. poteſt, nu. 12. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. Alexand. ibid. num. 3. Alciat. ibid. num. 16. Marc. Aquilin. in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. num. 82. praterea Socin. ſenior, conſ. 69. circa fin. lib. 3. Ruin. conſ. 126. nu. 7. quos refert Andr. Fachin. lib. 4. c. 80.* Eodemq; pertinet doctrina Baldi *in l. Lucius 126. ff. de legat. 1. Iohan. ab Imol. num. 1. Caſtrenſ. num. 2. Alexand. in l. Titia 83. ff. ad l. Falcid. num. 2.* quod ſi teſtator teſtamẽto ſuo comprehenderit, peto a vobis, *vt ſi quis veſtrum deceſſerit ſine liberis, vt hereditatem meam diſtribuat inter pauperes,* quod appellatione hereditatis nihil aliud deſignari videatur, quàm portio ibidem relicta.

Hanc opinionem certis argumentis defendere conantur. Primo, quod indefinita ex proprietate ſermonis non æquipolleat vniuerſali, *l. ſi ſeruitus, ff. de ſeruitut. præd. vrban. Bart. in l. ſi pluribus, ff. de legat. 2. Panormitan. in c. auditis, de præſcriptionibus, num. 16. Felyn. num. 24. Marc. Aquilin. in d. l. Gallus, §. & quid ſi tantum, num. 84.* vbi infinitos in hãc materiam accumulat. Secundo, quod id coarguant diuerſæ leges, vbi appellatione hereditatis duntaxat portio quæſita contineatur *l. ſi Titius ex parte 96. ff. de legat. 3. l. Titia 83 ff. ad leg. Falcid. l. Lucius, 123. in princ. ff. de legat. 2.* vbi illud gloſſa & alii doctores obſeruarunt. Tertio, quod illud videatur demonſtrare, *l. ſi eius 34. ff. ad SCtum. Trebellian.* Quarto, mouet conſideratio ſupra a nobis propoſita, quod hic ceſſet neceſſaria cõſequentia, ex quo enim illum non iuſſit totam hereditatem reſtituere, defungi poterit partis ſolutione, & ſic tacita ſubſtitutio locum non habebit, cum ea pro neceſſario antecedenti reputari nequeat. Quinto, quod cum coheredum portiones ad eum peruenire nequeant, niſi ex fideicommiſſo, & appellatione hereditatis legata & fideicommiſ-

Digitized by Google

commiſſa non contineantur, *d. l. ſi Titius ex parte 96.* quod conſequenter quoque quis non teneatur ad huius portionis reſtitutionem.

34 In hac interpretationis † varietate And. Fachin. *d. c. 80. lib. 4.* quandã conciliationem tradere conatur, vt ſcilicet interſit, an portiones reliquorum ad nouiſſimũ peruenerint ex ſucceſſione ab inteſtato, an vero ex teſtamento, vt hic vltima ſententia procedat, quod pronuntiatione hereditatis fideicommiſſa non contineantur, vt dictum eſt, *d. l. ſi Titius ex parte*, illic vero prior defendẽda videatur, *arg. l. vel ſingulorũ 37. ff. de vulg.*

35 *& pupill. ſubſtit.* Quamuis itaque hæc † ſolutio ingenioſa eſſe videatur, tamen circa primum diſtinctionis membrum, ex eo mihi probari non potuit, quod *l. vel ſingulorum*, de ſucceſſione impuberum loquatur, quæ neceſſariam habet conſequentiam, quod ſane in iis, qui iam puberes ſunt, dici nõ poteſt, cum per teſtamẽtum portionem ſuam in alios transferre queant, *Crauett. conſ. 113. num. 4. Marc. Aquilin. in d. §. & quid ſi tantum, num. 168.* vbi plurimos idem ſentientes refert. Porro certum eſt, eum onerari nõ poſſe, qui non iudicio teſtatoris, ſed fortuito caſu hereditatis emolumentum nactus ſit, *l. 1. §. illud, & l. 6. §. ſic autem, ff. de legat. 3.* Cum itaque expreſſa voluntas teſtatoris hoc inducere nequeat, multo minus poterunt incertæ voluntatis coniecturæ.

Idem quoque circa vltimum diſtinctionis membrum accidere animaduerto. Tametſi enim, *vt recte idem Fachineus obſeruauit*, differentia ſit in cauſſa prælegatorum & fideicommiſſorum, & dictio vniuerſalis, quæ enixam teſtatoris voluntatem coarguat eadem *l. cum virum, infr. de fideicommiſſ.* comprehendat, tamen hæc conſideratio ad præſentem materiam conuenienter transferri nequit.

Quod ipſum vt tãto couenitius demonſtremus, ſingulis argumentis ſuas ſolutiones accomodabimus. An indefinita oratio ex proprietate ſermonis, vim vniuerſalis enuntiationis obtineat, an vero illud ex benigniori interpretatione accidat, in præſentia diſputare ſuperuacuum eſt, cum in fideicõmiſ-

36 ſis non ſemper verborum † proprietatem ſpectemus, ſed potius volũtatem teſtatoris, *l. proponebatur 64. ff. de leg. 2. l. in conditionibus 19. ff. de cond. & demõſtr. l. heredes 57. §. cum ita, ff. ad SC. Treb.* ſufficit itaq; quod vbi eadem eſt ratio, ibi de oratione infinita idem ſtatuamus, quod de vniuerſali *dict. l. ſi pluribus.*

Quod dictio *hereditatis*, nonnullis in locis pro portione ex hereditate quæſita intelligatur, id aſſertioni noſtræ præiudicium inferre non poteſt, † cum in *d. l. ſi Titius ex* 37 *parte, ff. de legat. 3. item l. Titia, ff. ad l. Falc. l. Lucius, ff. de leg. 1.* nulla quæſtio ſit, de eo qui rogatus eſt hereditatem teſtatoris reſtituere, ſi nouiſſimus eſſet, ſed duntaxat ſimpliciter, quo caſu iniquum eſſet, illum compelli ad reſtitutionẽ maioris quantitatis, quam ipſe accepiſſet, contra *l. Imperator 70. ff. de legat. 2.* duplex itaque differentia hos caſus dirimit, quod ibidẽ certus rogatus ſit reſtituere hereditatem, hic autem incertus atq; nouiſſimus, quæ diſpoſitio alio pertinere non poſſit, quã vt portiones ab aliis ex tacito fideicommiſſo relatas, etiam cum ſua parte reſtituat. Deinde obſeruãdum eſt in legibus, de quibus mẽtionem fecimus, teſtatorem non vti demonſtratione pronominis *mea*, veluti nouiſſimus hereditatem meã reſtituat, aut ſemiſſem hereditatis meæ in Titium transferat. Quæ conſideratio quoq; ſubmouere poterit, ꝙ ab vltimo obice diſcriminis eſt, cum hæ duæ differentiæ ibidem interueniant, & expreſſa prouiſio a teſtatore facta, tacitam prouiſionem ſiue ſubſtitutionẽ excludat, *arg. l. cum ex filio, §. 1. ff. de vulg. & pupil. ſubſt. item l. ſi. C. de pact. conuent. inter vir. & uxor.* Accedit quod ex eadẽ illa lege non appareat, an plures coheredes fuerint, an vnus, item an totum, an partem per fideicommiſſum reliquerit: deinde ibidẽ incertum erat, an heres fideicommiſſo, vt hereditatem reſtitueret, portionem hereditatis conſecuturus eſſet, *l. heres meus 79. ff. de cond. & demonſt.* an minus. Hic autem ex certo ipſius teſtatoris iudicio ante mortem ſuam omnia referre debebat, vnde iuſtiori ex cauſſa fideicommiſſo obligari poterat, *l. 6. §. 1. ff. de leg. 3.*

His expoſitis non eſt quod quidquã offenſionis præbeat, *l. eius 34. ff. ad SC. Trebell.* cum ſuperius ex ſententia gloſſæ & aliorum oſtendimus, illam legem accipiendam eſſe de eo, qui in partẽ nouiſſimi duntaxat ſubſtitutus fuit.

Cum appellatione hereditatis meæ in dubio totum ſignificetur, *l. nuper 85. ff. de legat. 3. l. Titia Seio 87. §. Seia, ff. de leg. 2. & multis aliis legib. quas ſupra perſecutus ſum*, & comparatio nouiſſimi cũ prioribus, hic plane idem ſuadeat, ꝙ obtineret, ſi ſignum vniuerſale adiectum fuiſſet, recte dicimus, & hic neceſſariam quandam conſequentiã intercedere.

Digitized by Google

38 Ex his itaque apparet † priorem ſententiam veriorem eſſe, quam etiam amplectũtur Marian. Socin. Iunior *in d. §. cum ita. nu. 18. Fran. Mantic. lib. 7. de coniectur vlt. volunt. tit. 5. num. 12.* eo caſu, quo teſtator hac demonſtratione vſus eſſet, peto, vt nouiſſime moriens hereditatẽ meam Titio reſtituat, vim in dictione mea, conſtituentes.

39 His itaque explicatis, conſequens † eſt, vt reſpondeamus ad *l. codicillis, ff. de vſu & vſufruct. legat.* vbi tanto promtior ſolutio futura erit, quod nouiſſimus oneratus proponatur, & expreſſim a teſtatore cautum fuerit, vt decedẽtium portiones reliquis accreſcerent. Porro, quamuis in diſceptationem reuocetur, an hæ conditiones pp dictionem, hoc amplius in ſecũdo reſponſo ſubaudiendæ videãtur, idque fieri non debere multis oſtendere nitatur Marc. Aquilin. *in d. l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. num. 41.* tamen illa conſideratio ex eo noſtræ concluſioni nocere nõ poteſt, quod ex interpretatione Bartoli *ibid. num. 3. Iaſon hic n. 9. Coraſ. circa fin. Gloſſ. Oldrad. Dyn. Alberic. Ang. Alciat. relatorum a Marco Aquilino in d. §. & quid ſi tantum, nu. 40.* hoc ipſum reſponſum locũ habeat in vſufructu, quod per ius accreſcendi vel non accreſcendi, vt exiſtimat idem Aquilin. *num. 35.* ceteris tam diu ſaluum manet, quoad vltimus in legato deſignatus, moriatur.

His cognitis non eſt, quod nos torqueãt tertio, quarto, quinto & ſexto loco adducta

40 contraria iuris ſubſidia. Certum enim † eſt, quod ſi tractetur de emolumento eius, qui nouiſſimo ſubſtitutus eſt, an ſcilicet is, in deficientium locum ita ſuccedat, vt & primi & ſecundi portionem conſequatur, illum admittendum eſſe, *l. ſi ex pluribus, ff. de ſuis & legitim. hered. & l. vnic. quand. non petent. Menochius libro quarto, præſumt. 62. num. 2. Sfort. Odd in tractat. de compendioſ. ſubſtit. in 5. part.* adeo vt hic non referat an iure ſubſtitutionis, *dict. l. ſi Titius 27. item l. coheredi 41. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit* an iure accreſcendi, *vt dict. l. ſi ex pluribus* hoc commodi conſequatur. Nec diſtinguitur, an inſtitut᷒ prior ante ſubſtitutum, an vero poſt eundẽ fato conceſſerit, *l. coheredi 41. in princip.* Et quamuis

41 aduerſari videantur † §. *cum pater, ea d. leg. cocoheredi, & l. qui habebat 47. ff. de vulgari & pupill. ſubſtit.* vbi ſi ordo conditionis in ſubſtitutione expreſſus non reſpondeat, ipſa ſubſtitutio extincta videtur tñ facile conciliationi locũ dabũt. Etenim loquũtur de pupillari ſubſtitutione, vbi iᵃ hereditatis legitimæ locũ habere ſolet, *vt d. §. cũ pater,* ſi coniungatur cum *l. vel ſingulis 37. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit.* aut diſerta ſubſtitutione opus eſt, *l. ſi pater 25. & dict. leg. qui habebat, ff. eod. titul.* neque ius accreſcendi quippe adita hereditate, *l poſt aditam, h. t.* quidquam poteſt.

Hæc ſi de vltimo ſubſtituto quæratur, nam ſi de ipſis inſtitutis tractetur, † veluti cum duo heredes Titius & Sempronius 42 eſſent inſtituti, teſtator his verbis ſubſtituerit, *Si Titius & Sempronius heredes non erunt, Meuium ſubſtituo*, an mortuo Titio ante aditam hereditatem, Sempronius quaſi ex tacita ſubſtitutione admittendus ſit, vt excludat Meuium, admodum controuerſum eſt: Id enim † fieri exiſtimat Bartolus *hic numer. 3. Alexand. nu. 7.* qui hanc opinionem communem dicit, Corn. *num. 14 & 15. Ripa* 43 *in l heredes, §. cum ita, num. 59. Ferdin. Vaſquius de ſucceſ. progreſ. lib. 3. §. 24. nu. 7. & 19.* idque argumen *l. quamuis hoc noſtro tit. item, l. quidam teſtamento 31. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* præterea, *l. qui ducenta, §. item ſi pater, & ibi d. Caſtr. ff. de reb. dub. n. 3.* Mouentur deinde ratione *l. generaliter, ſupr. de inſtit & ſubſtit. & noſtræ legis,* q nemo videatur per ſubſtitutionẽ velle excludere pſonam magis dilectã.

Contrariam † ſententiam defendit Bar- 44 thol. Socynus *in dict. leg. ſi is, qui ducenta, §. item ſi pater. numero nono & decimo*, & multi alii, quos idem, & Ripa in loco ſupra commemorato deſignant, *argumento dict. §. qui ius ſingulare continere videatur*, item quod ſubſtitutio in dubio non credatur facta *l. ex facto 19. ff. de heredibus inſtituendis.* Eodemque pertinent *l. Lucius, §. Gaio, ff. ad Senatuſconſultum Trebellianum* & ſimiles ſupra a nobis allegatæ, item quod ſubſtitutus regulariter excludat coniunctum, *l. ſecunda, §. ſi duo, ff. de bonorum poſſeſſ. ſecundum tabul.* Qua de cauſſa Ferdinandus Vaſquius in loco ſupra commemorato, confutatis argumentis Bartoli & aliorum, pro ſuſtinenda tamen eius opinione allegat *l. Si Titius, item, l. coheredi, l ſi mater, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. item §. ſed ſi inſtituto, Inſt. de vulg. ſubſtit. l. cum in teſtamento ff. de hered inſti* Sed ſane, quod ad *l. Si Titius, & l. coheredi, itẽ §. ſed ſi inſtituto,* attinet, illæ loquuntur de vltimo ſubſtituto, qui duplici iure nitatur, & ſubſtitutionis & accreſcendi, & quem nullus impediat aut impedire poteſt. Lex autẽ *ſi mater, § fin. item l. cum in teſtamento.* duntaxat de vno herede inſtituto mentionem faciunt, ita vt in argumentum

45 mentum deduci non queant, quare priora argumenta † potiora eſſe duco, & addo *l. Lucius 85. ff. de heredib. inſtituend.* ſecundum ea quæ perſecutus ſum *in l. generaliter, §. 1. ſupra de inſtit. & ſubſtit.*

His ita enucleatis, minime operæ pretiũ eſſe ſtatuo, vt argumenta tertio, quarto & quinto loco in cauſſam deducta, diluã; cum eadẽ in præſenti quæſtione ſoluta ſint. Sextum argumentum non infirmat, ſed potius confirmat noſtram ſententiã, quod ex cauſſis *d. l. quidam teſtamento,* cõprehenſis, id peculiari iure receptũ eſſe intelligamus. Traditio Socini ſeptimo loco allegata in præſenti inſpectione parum momenti adferre poteſt, quod ne dictio quidem collectiua, *vterque,* ius ſubſtitutionis pupillaris inducat, ratio illa eſt, quam dudum expendimus, ꝙ
46 impuberes † ipſo iure, idq; ab inteſtato muniti ſint, *l. vel ſingulis 27. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.*

Lex finalis.

SVMMARIA.

1 *Si quis duobus heredibus inſtitutis, & filio impubere ita ſubſtituerit, quiſquis mihi heres erit, & Titius filio meo heres eſto, hereditas in tres portiones diuidetur, vt Titius trientẽ duntaxat conſequatur.*

2 *Repugnantia quædam l. ſi pater, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. cum præſenti lege.*

3 *Conciliatio Bartoli & aliorum interpretum.*

4 *An ſi Rectori & vniuerſitati concedatur poteſtas eligendi tabellionem, vox Rectoris tantum poſſit, quantum totius vniuerſitatis.*

5 *Quid iuris ſit ſi Princeps præſidi & conſiliariis ipſius aliquid committat, & quam vim vox præſidis habeat.*

6 *Repudiata ſententia noſtrorum interpretum, & certis argumentis oſtenſum, quod vox Rectoris & præſidis pro vnius voto duntaxat accipienda ſit.*

7 *Quando teſtator vtitur dictione diſtributiua* quiſque, *tum coniunctio copulatiua, &. æqualiter non diſterminat, vt heredes pro vno habeatur, & tantum duntaxat habeãt, quantum Titius illis coniunctus.*

8 *Idem admittendũ eſſe, ſi adiecta fuerit dictio* æque.

9 *Tertia declaratio circa regulam, quod vox collectiua vnius vicem ſuſtineat, ex l. 7. ff. de reb. dub.*

10 *Intellectus l. qui cum plures, ff. de vulg. & pup. ſubſt.*

11 *Noua declaratio l. Lucius, § Lucius Titius, ff. de leg. 2. reiectis aliorum interpretationibus.*

12 *Cur in præſenti diſpoſitione ſubſtitutio videatur facta pro virili portione.*

13 *Si quis Titium, item Meuium cum ſuis liberis heredes inſtituat, Titius dimidiam, Meuius cum ſuis liberis aliam dimidiam hereditatis duntaxat ſunt habituri.*

14 *An idem etiam procedat in perſona matris, ſi cum prolibus ſuis inſtituta ſit.*

15 *Intellectus l. ſi quis Attio, ff. de vſufr. accreſ.*

DVo pronũtiata ex præſentis legis diſpoſitione eliciuntur. Primum eſt, quod ſi quis duobus heredibus inſtitutis, & filio im-
pubere, ita † ſubſtituerit, *quiſquis mihi heres* 1
erit, & Titius filio meo heres eſto, diuidendã hereditatem in tres portiones, vt Titius trientem duntaxat conſequatur. Secundum eſt, quod ſi quis Titiũ vna cum filiis ſuis & Semproniũ heredes inſtituerit, ꝙ Sempronius dimidiam, & Titius quoque non plus, quam aliam partem hereditatis conſequãtur. Primum noſtræ legis reſponſum ex eo pericli-
tari videtur, ꝙ † *l. ſi pater 9. ff. de vulg. & pupil.* 2
ſubſt. caueatur, *quod ſi quis filio impuberi eoſdẽ, quos ſibi, & te vnum præterea heredem inſtituat, quod tu dimidiam bonorum filii, ceteri aũt patris heredes ita cõmuniter dimidiã habeant, vt vnus ſemis apud te maneat, alterius ſemiſſis pro his partibus inter heredes paternos diuiſio fiat, quibus ex partibus hereditatem paternam haberent.* Definitio n. huius legis quam retulimus, duplici ex cauſſa repugnat. Primo, ꝙ hæc lex Titio duntaxat virilem portionem adſcribat, illa dimidium hereditatis: deinde ꝙ hoc reſcriptũ etiã patris heredes ad viriles portiones inuitet, illa aũt hereditarias portiones attri-
buat. Vt obicẽ † primo loco occurrentẽ in- 3
terpretes noſtri, *vt Bart. hic n. 3. Bald. n. 5. Ang. n. 1. Caſtr. n. 1. Salyc. n. 2. Franc. Aret. Fulgoſ. nu. 1. Alex. n. 1. Iaſ. in prin. Dec. n. 3. Corn. n. 3. Cyn. n. 1. Alberic. n. 3.* ſubmoueant, repudiata opinione gloſſæ, conſtituunt definitionẽ *d. l. ſi pater,* locum habere, cũ ſubſtitutio fit per nomen collectiuũ, veluti ſi non deſignent ſubſtitutos per nomina propria, ſed per dictionem *heredes filios,* &c. veluti heredes meos, & Titium ſubſtituo filio meo impuberi, *l. ſi quis Attio, ff. de iur. accreſcend. & l. interdum 13. ff. de hered. inſtit.* vel hoc modo *ſubſtituo filio meo eoſdem heredes, quos mihi, & Titium,* dictionem enim, *quos,* relatiuã eſſe, & vocem collectiuã heredes reponere, & cõſequenter illis nõ plus iuris deferre q̃ Titio, qui per coniunctionem & his heredib. adiiciatur, *d. ſi pater 9. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Ceterum quia hæc ſolutio in multas antinomias incidere videtur. Primo, *l. qui complures 32 ff. de vulg. & pup. ſubſt. item l. antepen. Lucius 88. §. Lucius Titius teſtamento, ff. de leg. 2* deinde *l. vtrum 7. ff. de reb. dub.* idcirco pro tollendis huiuſmodi difficultatibus, cõſtituemus vna cum doctorib. ſupra cõmemoratis, maxime autem Caſtrenſ. *hic n. 3. & 4. Corn. n. 4. Iaſ. n. 5. Zaſ. in d. l. ſi pater, ff. de vulg. & pup. ſubſtit. nu. 4. Curt. Iun. num. 1. Coraſ. n. 5. Iacob. Menoch. lib. 4. præ-*

Digitized by Google

ſumt.18.n.10. quod ſi in aliqua diſpoſitione, quidam vocati fuerint ſub nomine collectiuo, quidā aūt ſingulariter, vt illi, qui nomine collectiuo deſignati ſunt, tm̄ duntaxat conſequantur, quantum ſinguli ſpecialiter diſtincta oratione nominati, *d.l. ſi pater 9. ff. de vulg. & pup. ſubſtitut. & d.l. ſi quis Attio 7. ff. de iur accreſcend.* Dixi, *diſtincta oratione*, nam ſi per copulam, *&*, aut ſimilem dictionem coniungātur, a generali regula non ſeparabuntur, *l. liber homo 59. ff. de hered. inſtit.* §. *Titius*, in verb. ſequentia. *Titius heres eſto, Seius & Meuius heredes ſunto*, duo enim ſemiſſes fient, quorum alter Titio, alter duobus con-
4 iunctim datur. Hinc † inferunt Angel. *in d.l. liber homo,* §. *Titius, n.1. Io. ab Imol. n.6. Iaſ. nu.7. Coraſ. n.5. Zaſ. in d.l. ſi pater, nu. 4. Alex. n.2. Iacob. Menoch. d. praeſ. 18. n.13.* qui in hanc ſententiam allegat Socinū ſeniorem Pariſ. Dec. & Rotam Rom. quod ſi Rectori & Vniuerſitati concedatur poteſtas eligendi tabellionem, bedellū, vel ſimiles, ꝙ in cauſſa electionis tantū poterit vox vnius Rectoris, quantum totius Vniuerſitatis. Idque argumento legum iam deſignatarum, & *c. poſtulaſti, de conceſ. præb. Item Clem. ſi plures, de iure patron.* Præterea ſi pœna irrogetur, ſeniorib. & præſidi, dimidum præſidem inferre de-
5 bere. Deinde † quod ſi aliquid committatur prætori, & ſenioribus, aut conſiliariis, ꝙ votum ipſius prætoris eādem vim habebit, quam omnium ſeniorum. Adducūt præter argumenta ſuperiora, *l. quoniam 21. C. de appell.* quæ tn̄ de pœna dūtaxat loquitur, quam Iudices ex officio præſtare cogantur. Hæ &
6 ſimiles illationes † quas apud Iaſonem videre eſt, licet fundamento non careant, interpretationem tn̄ ſuam recipiunt. Nō poſſum enim adduci, Principis cōſtituentis, vt prętor, & conſiliarii, quid decidant, illam deliberationem eſſe, vt ſolus prætor ſua definitione tantum poſſit, quantū ſententiæ multorum. Quamuis n. prætor aut præſes principem in ſenatu locum habeat, & propterea ſeparatim deſignari ſoleat, tamen in dicendis ſententiis, ius exquirendi quid quiſque probet, duntaxat habet, & vnius vocem obtinet, cum ſenatui vt ſenator intereſſe intelligatur, quo caſu quid iuris ſit, apparet ex *d. c. poſtulaſtis, de conceſſione præbend.* Eodemque pertinet *l. inter pares, ff. de iudic. & ratio c. prudentiam, de reſcript.* quod illud ſolidum ſit iudicium, quod multorum ſententiis confirmetur. Accedit conſuetudo pene omnium curiarum, vbi ſi de ſuffragiorum auctoritate quæratur, vox præſidis vnius loco computatur: Cum tamen in omni reſcripto vel diſpoſitione Principis, ipſius interpretatio deſideretur *l. ex facto 43. ff. de vulg. & pup. ſubſti. l. Neratius, ff. de reg. iur.* Ita etiā & hic ad Principem, ſi de ſententię aut ſuffragii a prætore vel præſide interpoſiti viribus quæreretur, confugiendum exiſtimarem.

Hæc igitur regula ad modum, quem intelleximus locupletata, certas declarationes admittit, & prima quidē peti poteſt ex præſenti lege, non procedere hāc definitionē,
ſi teſtator † vſus ſit verbo diſtributiuo, *quiſ-* 7
quis, quod illo cōſilio feciſſe videatur, vt ſingulorum conditionē exæquaret, quo etiam referri pōt, *l. hoc articulo 29. ff. de hered. inſtit.*

Secundam exceptionem † ſuppeditat *l.* 8
interdum 13. ff. de hered. inſtituend. veluti ſi teſtator ita ſcripſerit, *primus & fratris mei filii, æque heredes ſunto*: Nam dictio *æque*, oſtendit teſtatori propoſitum fuiſſe, vt ſinguli filii, & primus æquales portiones conſequerentur.

Tertia declaratio ſecundum Iaſonem
Corneum & alios traditur † *in l. 7. ff. de rebus* 9
dub. ſi quis Titium & poſthumum ſuum vel alienum heredem inſtituerit, & plures naſcantur, omnes pro virili portione inſtituti cenſebuntur. Ratio eſt, quod diſtinguendum ſit inter illos, qui nondum nati ſunt, & qui tempore teſtamenti editi erant, & propterea demonſtrari potuerint. Accedit quod ignorantia euentus futuri, *vt l. antiqui ff. ſi pars hereditat. petat.* eundem excuſare videatur. Item, quod interrogatus, quid de pluribus ſi nati eſſent, fieri vellet, veriſimiliter ſingulos inſtituturus fuiſſe credatur, *argumen. l. ſi filiabus 17.* §. *primo, ff. de legat. primo, item l. ſi ita ſcriptum 13. ff. de liber. præter. l. Clemens patronus 81. ff. de heredibus inſtituendis.* Sed non animaduero, quomodo hæc definitio aut regulis, aut exceptionibus adſcribi queat, cum dictio *poſthumus*, inter nomina collectiua recenſer nequeat, ſed cum ſit ſingularis numeri, & propterea ex vi verborum duntaxat, ad vnum accomodari poſſit, *l. fin. ff. ad SC. Trebellian.* tamen ex præſumta voluntate teſtatoris, & ex cauſſa incertitudinis ad plures, qui præter opinionē fortaſſe nati ſunt, referatur.

Quarta declaratio petenda eſt, † ex *l. qui* 10
complures, ff. de vulgar. & pupil. ſubſtit. vbi cum teſtator complures ex diſparibus partibus heredes inſtituiſſet, & in his Attium, & ſi non adiſſet Attius, ceteros ex eiſdem partibus

Digitized by Google

tibus, quibus inſtituti erant, ſubſtituiſſet, & ſi non adiſſet, coheredē Titium his, qui ſubſtituti erāt, dediſſet, & quæreretur, quā partem is, quam vero ceteri habituri eſſent, reſpondit Iulian. Titium virilem, ceteros hereditarias partes habituros. Differentiæ rationem Bart. *ibid. in princ. Bald. verſ. ego dico, quod lex iſta, Ang. nu 1. Caſtrenſ. n. 1. Zaſ. num. 4. Alex. nu. 1. Raph. Cumanus paulo ante nu. 1. Io. ab Imol. verſ. in ea gloſſa ibi coniunctim, Iaſon. hic nu. 3. Fulgoſ. n. 2. Franc. Aret. in d. l. ſi pater, ff. de vulgar. & pup. ſubſtit. n. 2.* inde metiuntur, ꝙ heredes inſtitutos ex diſparibus partib. expreſſim poſtea ſubſtituerit ex iiſdē partibus, allegant in fulcimentum huius opinionis, *l. ſi ita quis 66. ff. de hered. inſtit.* accedit *l. re coniuncti 89. ff. de legat. 3.* quod ex quo partes expreſſim comprehenduntur, non videatur coniunctio verborum intercedere. Huc etiam pertinet *l. interdum 13. ff. de hered. inſtit.* Præterea puto etiam obſeruanda eſſe ICti. verba, quod eiſdem Titium coheredē dederit, aliud n. eſſe videtur, inſtituere eo modo, qui deſignatur *in l. pater 9 ff. de vulg. & pupil. ſubſtit.* aliud vero coheredem dare, cum pro virili datus intelligatur, *arg. §. ſi plures, Inſtit. de here. inſtit.* Quinta declaratio a noſtris
11 doctorib. depromitur ex *l. Lucius 88. §. † Luc. Titius teſtamēto, ff. de leg 2.* in verb. ſequentia: *Lucius Titius teſtamento ita cauit, Prædiolū meū dari volo libertis libertabuſque meis, & quos hoc ſtamento manumiſi, & Seiæ alumnæ meæ, ita ne de nomine familiæ meæ exeat, donec ad vnū proprietas perueniat. Quæro an Seia in cōmune cum libertis habeat portionem, an vero ſibi partem dimidiam eius prædioli vindicare poſſit? reſpondi perſpicuum eſſe teſtantis voluntatem, omnes ad viriles partes vocantis.*

Sunt enim, qui ex hoc §. tres moderationes colligant. Etenim Bartolus, hic item Iaſon *in 3. limitat. Decius in fine, Curtius Iunior num. 14.* conſtituunt, regulam non procedere, ſi ꝓhibita ſit alienatio prædii relicti. Porro, idem Bartolus *in dict. §. Lucius Titius*, pronuntiat, illud propterea ibidem admitti, ꝙ teſtator vſus ſit dictione relatiua, *quos*, veluti quos teſtamento manumiſi, contendens hanc dictionem vim diſtributionis habere. Porro Cuman, *in d. §. Lucius Titius. Franciſcus Aretinus in l. ſi pater, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. numer. 2. Philip. Decius hic num. 5.* declarāt eundem §. locum habere, quando in ea perſona, quæ ſpecialiter nominata eſt, idem ius, ſiue eadem qualitas, quæ nomine collectiuo inſinuabatur, deprehenditur, veluti in exemplo propoſito, vbi ſtatuunt, Seiam alumnam etiam libertam fuiſſe. Ego autem exiſtimo, vix vllam ex tribus obſeruationibus procedere: non primam, quamuis illa magis ad ſcopum attingat, quod de prohibita alienatione in textu expreſſa mētio non fiat, ſed verba eius ad aliam conſiderationem pertineant, vt mox intelligemus: non ſecundam, quod refellatur, *per legem ſi pater 9. ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* non vltimam quod meram diuinationem contineat. Qua de cauſſa rem ipſam paulo aliter digerendam conſtituo, vt duæ cauſſæ nullo modo a noſtris allegatæ, id impetraſſe intelligantur.

Prima, quod ex repetitione copulæ *&*, tertio facta, dum ait, *libertis libertabuſq; meis, & quos teſtamento manumiſi, & Seiæ alumnæ meæ dari volo prædiolum, &c.* facile colligamus teſtatoris conſilium fuiſſe, vt omnium conditionē exæquaret: non vt quatuor partes, quemadmodum nonnulli ſatis inconſiderate arbitrantur, cōſtitueret, vt primam habeant liberti, ſecundam libertæ, tertiam qui teſtamento manumiſſi ſunt, quartam Seia alumna, quod ſane teſtatori propoſitum non fuit, cum ad remouendam dubitationem etiam libertarū, & quos teſtamento manumiſerat, mentionem fecerit, ne omiſſi viderentur, vt alias facere ſolent, *& l. quæſitum, §. ſi quis fundum, ff. de inſtruct. & inſtrumen. legat.* Cum itaque præcedentia declarent ſequentia, *l. ſi ſeruus 50. §. fin. ff. de legat. 1. l. 4. §. fin. ff. de pact.* conſectarium videri, vt quod in coniunctione copulæ iam ſecundo repetitæ, teſtator ſenſerat, idē quoq; in vltima cōiunctione intellexiſſe videatur.

Secunda cauſſa eſt, quod cum prædium ſine vlla diſtinctione voluerit tandē ad nouiſſimum pertinere, & ita omnium conditionem hoc caſu exæquauerit, intelligatur quoque initio illud feciſſe. Qua enim ratione præcedens inſtitutio declarat ſubſtitutionem *l. 1. hoc tit.* vbi de hac quæſtione copioſe diſſeruimus, & generaliter, quemadmodum præcedentia tollunt dubitationem in ſequentibus, *l. Titia 124. §. Paulus reſpondit, ff. de verb. obl.* ita quoque ſubmouent ſequentia ambiguitatē, quæ ex præcedentibus oriatur *l. qui non militabat 78. §. 1. ff. de hered. inſtituend. l. ſi cum fundum 126. ff. de verb. ſignificat.* Ex his itaque apparet prohibitionem alienationis, de qua altum in hac lege ſilentium, illud non conciliaſſe, ſed has duas rationes, quas perſecutus ſum, ex

quibus vt Scæuola Iuriſconſultus infert, perſpicua teſtantis voluntas redditur, quod omnes ad viriles portiones vocarit. Nam ſi ſtatueremus alienationem ſimpliciter prohibitam fuiſſe, illa vel vt nudum præceptum nullius momenti eſſet, *l. 114. §. diui, ff. de legat. 1.* vel incertos nos dimitteret, an Seia inde aliquid compendii, & pro quota parte ſibi polliceri poſſit, quam difficultatem relata prouiſio ſuſtulit. Plures declarationes perſequitur Iacob. Menochius *in dict. præſumt. 18. lib. 4* quas eo conſilio omitto, quod peti poterunt ex legis primæ *hoc tit.* explicatione.

12 Reliqua eſt † difficultas, *cur in præſenti noſtra lege ſubſtitutio videatur facta pro virili portione contra definitionem l. 9. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. item l. 1. hoc tit.* vbi concordantes leges exhibemus. Hac in re omiſſis aliorum explicationibus, conſtituo Iuſtinianum pro certo habuiſſe, quod heredes ex æqualibus portionibus ſcripti eſſent, idque coarguunt verba, quibus vtitur in legis noſtræ ingreſſu, *ſi quis duobus heredibus inſtitutis*, &c. omnis inſtitutio in dubio ſemper intelligitur pro portione virili, *§. ſi plures, Inſtit. de hered. inſtit. l. interdum, ff. eod. tit.*

Hæc de prima theſi, quam ex diſpoſitione præſentis reſcripti excerpſimus ſuffecerint: reliquum eſt, vt nonnihil diſſeramus de ſecunda poſitione, quãdo pater vna cum

13 filiis & tertio inſtituitur. Intelligimus † enim ex definitione ipſius Iuſtiniani, patrem cum filiis non niſi dimidiam partem hereditatis conſequi: cuius rei hanc rationem reddit, quod pater & filius eadem pene perſona intelligantur, ſecundum quam conſiderationem Coraſ. *hic numer. 20. Antonius Gomeſ. in §. actiones, Inſtit. de actionibus, Iacob. Menochius, libr. quarto, præſumt. 18. numer. 39.* poſt Ruinum, Hieron. Gabriel. Baldum & Ronochegallum in hanc partem adductos, exiſtimant hanc definitionem locum non habere ſi mater vna cum liberis inſtituatur, quod eoſdem in poteſtate non habeat, &

14 conſequenter ceſſet † ratio, quam expendit Iuſtinianus, imo quod magis eſt, idem Menochius hoc quoque admittit in patre, qui cum filiis emancipatis inſtituatur, vt ſcilicet ceſſante ratione noſtræ legis pater & & filii ſeparatam portionem conſequantur, & ita hereditas in tres partes diuidatur. Sed ſane hæc traditio mihi ſuſpecta eſt, quamuis enim ceſſet ratio præſentis legis, nõ tamen ceſſat conſideratio *l. liber homo 59. §. Titius, ff. de heredibus inſtitut.* quod ſcilicet vno orationis complexu deſignentur. Si enim in hac inſtitutione: *Titius heres eſto. Seius & Meuius heredes ſunto,* Seius & Meuius duntaxat dimidiam partem hereditatis conſequantur, dimidiam vero Titius, non animaduerto qua ratione patri, qui cum hac coniunctione inſtitutus ſit, maiorem partẽ adſcribere velimus, quod & ipſum quoque confirmari videtur, *l. ſi mulieri 8. l. ſi proprietas 9. ff. de vſufruct. accreſcend.* Vnde deprehendi põſt error gloſſæ noſtræ *in præſenti lege*, & Bartoli *num. 3.* exiſtimantium † *l. ſi quis Attio, alias incipit, ſi quis Titio 7. ff. eod. tit* ita conceptam: *Si quis Attio & heredib. ſuis vſumfructum legauerit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt,* pronuntiatione heredũ contineri heredes legatarii non teſtatoris, cum abſurdum ſit, vt recte Iaſon hic animaduertit, ꝙ viuo heredes adſcribamus. Intelligẽdus itaque hic textus eſt de heredibus defuncti, vt Iuriſconſultus ſeipſum declarat, dum ait, *quod ſi ita ſcriptum ſit, Attio & Seio cum heredibus meis,* tres partes fient, vt vnam habeant heredes, tertiam Attius, tertiã Seius. Porro, ſi proponeremus plane extraneos per huiuſmodi dictionem, *cum,* alteri coniungi, hoc caſu conſideratio Menochii locum habere poſſet, idque argumento *d. l. ſi quis Attio in verba ſequentia.* Nec enim intereſt, ita legetur, *illi & ill cum Meuio,* an *illi & illi & Meuio,* quamuis & hic ſubſiſtam, quod duplex repetitio copulæ, *Et*, id conciliaſſe videatur. Referre n. puto, an quis ita ſcribat, *Titium vna cum Meuio heredẽ inſtituo, Item Seium heredem inſtituo,* an vero hoc modo: *Titium & Seium cum Meuio heredem inſtituo*, cum hoc modo non tam coniunxiſſe, quam celerius dixiſſe videatur, *argum. l. ſi ita quis, ff. de heredib. inſtit.* cum alioquin hæc lex non facile conciliari poſſet, cum *d. l. liber homo, §. ſi Titius, ff. de heredibus inſtituend.* 15

De liberis præteritis vel exheredatis.

TITVLVS XXVIII.

Præludia.

SVMMARIA.

1 *Diuerſæ inſcriptiones huius tituli ad quem finem tendant.*

2 *Ratio quod parens filios inſtituere vel exheredare cogatur.*

3 *Conſideratio Bartoli quod filius quodammodo dominus bonorum parentis illo viuo exiſtimetur.*

4 *Alia*

4 *Alia obſeruatio Angeli, Alexandri, &c. quod lex hoc pro forma requirat.*
5 *Tertia conſideratio auctoris.*
6 *Conditiones, quæ pro forma in cauſſa exheredationis requirantur.*

1 QVamuis inſcriptiones † Digeſtorum,
Inſtitutionum, & Codicis non eodem
modo conceptæ ſint: tamen ſi rem ipſam &
conſilium legiſlatorum ſpectare velimus, in
idem recidere deprehendētur, vt ſi quis te-
ſtamentum ſubſiſtere velit, præter alias ob-
ſeruationes, de quibus tractauimus *in l. hac
conſultiſſima, ſupr. de teſtam.* cogatur liberos
ſuos vel inſtituere, vel exheredes ſcribere.
Circa inquiſitionem, quæ cauſſa Imperato-
2 ribus hortamēto † eſſe potuerit, vt hoc lege
confirmarent, non idem noſtris Interpreti-
bus iudicium eſſe deprehendo. Enimuero
Bart. *in l. in ſuis, ff. de lib. & poſthum. hered. in-
ſtit. num 7. & 8. Iaſ. ibid. num. 39. & ſeq. Thobias
Nonius Inſt. de exhered. liber. in princ. nu. 1. poſt
Imol. Portium, & alios in ſuam ſententiam lau-
datos. Ferdinand. Vaſquius de ſucceſſ. creat. lib. 2.*
§. *19. requiſito 29. num. 48. Vulteius Inſtit. de ex-
her. liber. in princ. num 15. Iaſon d. l. in ſuis, num.
38.* pronuntiant huius rei fundamentum in
3 eo verſari, quod † filius etiam viuo patre,
quodammodo dominus bonorum paren-
tis eſſe exiſtimaretur, & propterea dominiū
in ipſius perſona cōtinuaretur, adeo, vt poſt
mortem patris non hereditatem percipere
videantur, ſed magis liberam bonorum poſ-
ſeſſionem *d. l. in ſuis 12. ff. de liber. & poſthum.
hered. inſtit.* vbi ſubnectit Iuriſconſultus hæc
verba, ad propoſitum plurimum pertinen-
tia. Hac ex cauſſa licet non ſint heredes in-
ſtituti, domini tamen ſunt. Cum autem he-
res etiam dominus conſtituatur §. *pro here-
de, Inſtit. de hered. qualitat. & different.* atque
duo domini in ſolidum eſſe nequeant, *l. ſi vt
certo 5. § fin. ff. commodat.* patri incumbere, vt
ſi quidem ſecure teſtari, & alium filio præ-
ferre velit, vt illum vna cum filio inſtituat,
vel nominatim exheredet, vt hoc modo
dominium, quod filius ex morte patris nan-
ciſci poſſet, impediatur. Ceterum hanc con-
ſiderationem Bartoli, Doctores, vt Angel.
Alexand. *d. l. in ſuis, & plures alii, quos refert
Iaſon nu. 38.* quaſi communi calculo damna-
re videntur. Primo, quod pater inſtituens fi-
lium in legitima portione, extraneū heredē
in reliqua parte facere poſſit: deinde, quod
ſi pater filium inſtituat, & extraneos heredes
ſubſtituat, & filius omittat hereditatem pa-
ternam: tamen extranei heredes eſſe non
poſſent, contra *l. ſi poſthumus 14.* §. *quod vul-
go, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtituend.* Ter-
tio, quod cum ceſſante ratione ceſſet effe-
ctus *l. in omni, ſupr. de adoptionib.* & propterea
filio ante patrem mortuo, omnis dominii
continuandi ſpes in eo præcidatur, teſta-
mentū, in quo filius præteritus fuerat, con-
ualeſceret, contra *l. ſi filius, ff. de liber. & poſth.
hered. inſtit.*

His & ſimilibus rationibus, quas plures
numero adducit Alexand. *d. l. in ſuis*, ſubdu-
ctis. † Ang. *d. l. in ſuis*, Paul. de Caſtr. Raphael 4
Cuman. Fulgoſ. & Romanus, quos refert &
ſequitur ibidem Alexand. *num. 10. & 11.* con-
ſtituunt huiuſmodi teſtamentum propter-
ea irritum cenſeri, quod lex pro forma re-
quirat, vt filii heredes inſtituantur, vel exhe-
redentur, *l. inter cetera 30. ff. de liber. & poſth.
hered. inſtit. Inſt. de exhered. liber.* Sed ſane vt
etiam Iaſon animaduertit *d. l. in ſuis, ff. de li-
ber. & poſthum. hered. inſtit. num. 41.* hæc ratio
aliud fundamentum, quo nitatur, requirit.
Sciendum itaque eſt, legiſlatores † præſcri- 5
pto naturæ obtemperantes, quæ liberos
in ſpem ſucceſſionis erigeret, *l. cum ratio, ff.
de bon. damnat. l. ſcripto 6. ff. vnde liber.* quæ in
Pandectis Florentinis legitur ſub titulo, *ſi ta-
bulæ teſtamenti nullæ exſtabunt, l. nam etſi 15. ff.
de inoffi. teſtam. l. & quia, ff. pro ſocio,* quod illud
voto parentum conueniret *d. l. cum etſi*, & ad
propagationem generis humani magnope-
re pertineret, *l. liberorum 220. ff. de verborum
ſignific.* §. *fin.* vt pietatis officia naturæ inſtin-
ctu inter patrem & filium conſtituta, legis
auctoritate ſtabilirentur, recte atque ordine
ſtatuiſſe, vt filii etiam viuis parentibus, de-
negata tamen adminiſtratione, quodam-
modo domini bonorum parētis cenſeren-
tur, & verum dominium poſt mortem pa-
rentis, quaſi ex continuatione in illos tranſ-
funderetur, *d. l. in ſuis*, item vt patri neceſſi-
tas incumberet, liberos aut inſtituendi, aut
exheredādi. Quemadmodum enim filius
parenti non ſolum obſequia debet, *l. prima,
& tot. tit. de obſeq. parentib. præſtand.* ſed etiam
vix quidquam proprii ſibi aſſerere poſſit, in
quo pater ius non habeat, *l. cum oportet, & l.
non ſolum, ff. de bon. quæ liber.* ita ſane æquum
videatur, vt parens bona & facultates ſuas
moriendo in neminem potius conferret,
quam filium ſuum.

Quæ cum ita † ſe habeāt, hic obiter dun- 6
taxat attingemus, quæ ad cauſſam & formā
exheredationis neceſſaria videantur. Et pri-
mo quidem exigitur, vt exheredatio nomi-

Digitized by Google

natim interponatur *l. 1. & 2. ff. de libe. & poſthum. hered. inſtit.* Secundo, vt id pure fiat, *l. 3. §. pure, ff. de exhered. liber.* cum certo iudicio ab his, quæ naturali ex ratione debebantur, ſubmoueri debeant. Tertio oportet, vt ad minus ab vno gradu ſucceſſionis exheredētur. Nam ſi ab vna perſona exheredauerit, huiuſmodi exheredatio nullius momenti erit, *l. 3. §. filius, verſic. niſi, ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit.* Quarto requiritur, vt a tota hereditate exheres ſcribatur. Nam ſi a certa parte vel re illud factum eſt, veluti, *ſi cum filio decem legaſſet*, adiecerit, *a cetera parte exheres eſto*, hæc exheredatio quoque non valebit. Quinto, quod nō exheredetur poſt aditam hereditatem, veluti, *quiſquis mihi heres erit, filius exheres eſto*, perinde eſt, ac ſi diceret, *ſi quis mihi heres erit, d. l. 3. §. filius*, cum, vt ibi ſubiicit Iuriſconſultus, impoſſibile ſit, vt aliquis heres ſit ex teſtamento, in quo filius eſt præteritus, *l. inter cetera 30. ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit.* Sexta conditio eſt, quam noua conſtitutione *115. §. aliud autem capitulum Iuſtinianus induxit, vt cauſſa exheredationis nominatim exprimatur*, *Henricus Caniſius, in ſuo ſumma, tit. de teſtam. ſect. 4.* de qua re ſuo loco copioſius.

Porro, ne hæc res auctoritate careat, ſubiicio idem conſtituentes Cyn. *in l. 1. n. 1. Fulgoſ. n. 3. Franc. Aret. n. 2. Duaren. ff. ad tit. de poſthum. hered. inſtit. Ferd. Vaſq. de ſucceſſion. creat. §. 20. part. 1. requiſit. 29. decl. 1. nu. 48. 73. & ſeqq. Mich. Graſſ. in theſauro comm. opin. in dictione teſtamentum, q. 38. & ſeq. Franc. Conan. lib. comment. 10. c. 2.* qui & ſeptimam cōditionem inſinuare videntur, vt ſcilicet adeatur hereditas, *l. filium, §. ſed cum exheredatio, ff. de bonor. poſſ. contra tabul.* Sed hęc conditio magis pertinet ad effectum ipſius exheredationis, quā ad formam, quæ ab initio interuenire debeat.

Lex prima.

SVMMARIA.

1 *Si exheredatio inſtitutionem & ſubſtitutionem præcedat, filius ab omnibus ſummotus intelligitur.*

2 *An idem obtineat, ſi poſt omnes heredum gradus exheredatio facta ſit?*

3 *Clauſula præcedens maioris ſolet eſſe efficaciæ, quam illa, quæ ſequitur.*

4 *Intellectus noſtræ legis ſecundum Fulgoſium & Donellum.*

5 *Auctores, qui defendant, nedum exheredationem, ſed etiam generaliter omnem clauſulam in fine poſitam ad præcedentia omnia referri, cum argumentis.*

6 *Confirmata hac ipſa definitio per modum regulæ.*

7 *Prima exceptio a præcedenti regula, vt ſi ratione contrarietatis ad vnum caput duntaxat referri debeat, ad proximiora referatur.*

8 *Alia declaratio, ſi in præcedentibus ſpecialis prouiſio ſit facta.*

9 *Tertia declaratio, ſi ex tali relatione diſpoſitio præcedens inutilis redderetur.*

10 *Quarta declaratio, ſi ex huiuſmodi repetitione aliqua abſurditas naſceretur, vel legum correctio.*

11 *Quinta declaratio, ſi non principaliter interpoſita ſit, ſed vt certa qualitate vltimum pronuntiatum definiat.*

12 *Sexta declaratio, vt non referatur ad ea, quæ incidenter in diſpoſitione prolata ſunt.*

13 *Vltima declaratio, clauſulam finalem ad omnia præcedentia non referri, quando huius rei probabilis ratio reddi poteſt.*

14 *Repudiata ſententia gloſſæ, quæ contra præſumtionem noſtræ legis nullam probationem contrariam admittat.*

CVm teſtator filium ſuum ab vno gradu ſucceſſionis exheredare poſſit, *l. 3. §. filius, & l. ſi poſthumus 14 ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit.* ita vt huiuſmodi exheredatio illis, qui alterius gradus ſunt, non ſuffragetur, & præterea etiam poſſit id facere ab omni heredum gradu, in diſceptationem venire cœpit, quando videatur illum ab omnibus, vel vno duntaxat exheredaſſe? Et quidem † res 1
controuerſiam non habet, quod ſi ante heredis inſtitutionē exheredatus ſit, illum ab omni gradu tam inſtitutionis, q̄ ſubſtitutionis ſubmotum videri, *l. etſi pepercerit 3. §. ante, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* Sed an idem † obtineat, ſi poſt omnes heredum gradus 2
illud faciat, nō perinde expeditum eſt. Mouet, quod præcedens † clauſula maioris vi- 3
deatur eſſe efficaciæ, quam illa, quæ ſequatur, *l. talis 30. in princ. & §. fin. cum l. ſeq. ff. de legat. 1. l. quiſquis 95. ff. de legat. 3. l. ſi quis, §. ſi initium, ff. de edend.* De qua re Maſcardus *concluſ. 301. num. 5 Speculat. tit. de inſtrum. edit. §. nunc autem, num. 8. Gloſſ. in d. l. quiſquis, & ibidem Bart. Iacob. Menoch. lib. 2. arbitr. quæſtion. caſu 64. numer. 20. idem Menoch. lib. præſumt. 1. quæſt. 28. num. 14. Andr. Tiraquell. in tractat. de retract. gentilit. §. 1. gloſſ. 14. numer. 25.* vbi plures more ſuo accumulat, *Fulgoſius hic numero 3. Iaſon num. 5.* Accedit, quod noſtra lex id tunc demum admittere videatur, ſi appareat eo conſilio ſcriptum, vt ab omnibus exheredaret, quæ teſtatoris deliberatio inde colligēda videatur, vt vltimū legis noſtræ reſponſum inſinuat, quod iidem eſſent ſubſtituti, qui inſtituti fuerant. Qua de † cauſſa 4
etiam Fulgoſius *hic numero 2.* Donellus *numero 3.* illud niſi concurrentibus huiuſmodi cir-

di circumſtantiis locum habere negant.

Hæ tamen & ſimiles rationes, quæ in eandem cauſſam expendi poterant aut debebant, impetrare non potuerunt, quo minus doctores noſtri contrariam regulam conſti-
5 tuerent, vt ne dum exheredatio † in fine poſita, ad omnes gradus præcedentes referretur, ſed etiam generaliter definirent clauſulam in calce cuiuſque diſpoſitionis, aut ſcripturæ adiectam, quæcunque præcederent moderari; Ita enim concludunt glo. *in verb. conſilium, & verb. nulla, Bart. hic n. 3. Cyn. nu. 2. Alberic. n. 2. Bald. n. 5. Caſtr. n. 1. & 2. Franc. Aretin. num. 3. Alex. num 2. Iaſ. num. 4. Sichard. n. 5. & 6. Felin. in c. cum cauſſam, extr. de reſcript. nu. 4. poſt Ang. Batr. Andr. Sic. & alios ab eo in hanc rem adductos.* Mouentur primo auctoritate noſtræ legis, neq; obſtare, quod iidem ſubſtituti fuerint, qui antea erant inſtituti, cum quæ caſu eueniunt, aut quæ exempli cauſſa ponuntur, legem non reſtringant, *l. 1. § quod vulgo, ff. de vi & vi armat. l. item veniunt, ff. de hered. petit. § ait Senatus.* Secundo accedit definitio generalis *d. l. talis ſcriptura, §. fin. ff. de legat. 1.* quod qua ratione clauſula præcedens ad ſequentia referatur, ita etiam illa, quæ in finem reiecta eſt, præcedentia determinet, *d. §. final. & l. ſequent. item l. fin. ff. de rebus dub. leg. penult. ſupr. de inſt. t. & ſubſtitut. ſub cond fact.* Tertio, quod cum exheredatio inter duos gradus interiecta, hanc vim habeat, vt ab vtroque gradu filium ſubmoueat, *l. 3. §. inter duos, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtitue id.* idemque generaliter in omni clauſula conſtitui videatur, *c. ſecundo requiris 41. de appellat.* vbi Pontifex in hæc verba prorumpit: *Nihil enim intereſt, vtrum inhibeatur, primo, an ſecundo, medio, an in fine: cum (ſicut vtriuſque iuris argumenta nos docent) ea, quæ in principio, ad medium & finem, illa vero, quæ in medio ad finem atque principium ſæpe referri contingat.* Quarto, quod de hac quæſtione videatur eſſe expreſſus textus *in cap. inquiſitionis 71.* quod etiam ſubiicio: *Inquiſitioni tuæ taliter reſpondemus, quod quoties clauſula, per quã tollitur appellationis remedium, in medio literarum ponitur, ſi ſint plura negotia, ſe minime contingentia, tantum præmiſſa complectitur, niſi forte in fine literarum præmiſſa clauſula iteretur.* Quinto, quod cum in dubio primo inſtitutos teſtator magis diligere videatur, *l. Publius, §. 1. ff. de condit. & demonſtrat.* quod non poſſit intelligi ſubſtitutis potius cõſulere voluiſſe, exheredatione adſcripta, quam ipſis inſtitutis.

Quanquam in hac expoſitionis diuerſitate primam ſententiam magis † probabi- 6
lem ducam, quod eam definitio noſtræ legis ſatis euidenter confirmet, quodque ad argumenta contraria reſponderi poſſet, quæ etiam odia interpretatione adiuuanda non ſint: tamen quod periculoſum ſit, temere a recepta interpretatione recedere, conſtituo ex auctoritate ſcribentium regulã, clauſulam in fine poſitam, ad omnia præcedentia capita referri, *d. l. talis 30. §. fin. ff. de legat. 1. item l. final. ff. de rebus dub. c. inquiſitioni, de appellat.*

Hæc enuntiatio † aliquot declarationes 7
admittit, quarum prima eſt, ſi ratione contrarietatis ad vnum caput duntaxat referri debeat, tunc enim accommodabitur ad proximiora, *l. ſi idem, in eodem §. fin. ff. de iuriſdictione omnium iud. & ibidem Decius nu. 9. Bartholom Socin. nu 3. l. 1. §. deinde, ff. de poſtuland. Bartol. in l. talis, §. fin. n. 3. Felin. in d. c. cauſſam quæ, extr. de reſcript. n. 4. limit. 2. Iaſ. hic nu. 8 Franc. Aretin. nu. 3* quod tamen intelligendum eſt, niſi probabilis aliqua cauſſa occurreret, quare magis ad remotiora aptari deberet, *Alexand. in d. l. ſi idem, num. 3. arg. l. qui in adoptione, in fin. ff. de adoptionib. Felin. in d. c. cauſſam.*

Secunda † declaratio eſt, ſi in præceden- 8
tibus ſpecialis prouiſio facta ſit, *cap. cum dilecti, extr. de donation. l. ſed etſi per Prætorem, §. deinde, ff. ex quibus cauſſis maior. in integrum reſtituant. l. coheredi 41. §. qui patrem, ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut. l. 1. §. deinde. ff. de poſtul. l. legatorum, §. qui plures, ff. de legat. 2. Caſtrenſis hic num. 2 Salyc. num. 1. Sichard. num. 6. Bartol. in d. l. talis ſcriptura, numero 3. Speculator libro 2. part. 2. titul. de inſtrument. edit. numero 8.*

Tertia declaratio eſt, ſi ex tali relatione diſpoſitio præcedens † inutilis redderetur, 9
Caſtrenſ. hic numero 2. argum. l. ſi quis a filio, ff. de legat. 1. Iaſon numero 9. Bartolus in d. l. talis, argumento l. cum vulgari. ff. de dot. prælegat.

Quarta declaratio † eſt, quod ſi ex hu- 10
iuſmodi repetitione aliqua abſurditas naſceretur, vel legum correctio, quod tunc ad omnia referri non debeat, vt apparet ex canon. *quia propter 42. de electio.* vbi clauſula aliter electio facta non valet, fini eiuſdem canonis adſcripta, ad omnes ibidem propoſitas qualitates non refertur, ne multorũ canonum antiquatio inducatur, vt apparet ex *c. eccleſia 57.* vbi illud Panor. obſeruauit *nu. 5.*

Digitized by Google

Felin.d.cap. cauſſam, numero 4.limitat.5. Iaſon hic num.9.

11 Quinta declaratio † eſt, ꝙ clauſula in fine poſita, eandē vim nō habeat, ſi non principaliter interpoſita ſit, ſed vt certa qualitate vltimum pronuntiatum definiat, *l.filium 27.ff.quand.dies legat.ced.Iaſon hic num.9. Bartolus in l.final.ff.de reb.dub. Alexand. in l.talis 30.ff.de legat.1.num.9. Felin.in d.c.cauſſam, extra de reſcript.num.4. limit.3.poſt gloſſam Butr. & Panorm. in ſuam ſententiam laudatos, Caſtr. hic n.2.Iaſ.n.9.limit.6.*

12 Sexta declaratio † eſt, vt non referatur ad ea, quæ incidenter in diſpoſitione prolata ſunt, *l.fin.§.Titia,ff.de liberat.legat.* vbi illud obſeruauit Bartol. Alexand.*in l.ſi idem,§.fin. n.4.Felin.d.c.cauſſam,n.4.limit.4, Iaſon hic nu. 9.limit.4.*

Plures declarationes ſi quis requirat, is adire poterit Iaſonem in præſenti lege, Felin.& Alexand.in allegat.locis. Nos autem regulariter ſecundum Bart. *in d.l. talis, ff. de legat.1. §.fin.num.3. Caſtrenſ. hic num.2. Franc. Aretin.num.3.Sichard.num.5.& 6.*definimus,
13 clauſulam ad omnia † præcedentia nō referri, quando concludens vel probabilis ratio reddi poteſt, quare magis ad vnum, quam reliquum accommodari debeat.

Conſtituit gloſſ.*in verb.nulla*,adeo efficacem eſſe hanc iuris definitionem, quod ex-
14 heredatio † in fine poſita de omnibus gradibus intelligatur, vt ne quidem probatio in contrarium admittenda ſit. Sed hæc gloſſæ opinio merito ab aliis, *vt Bart.hic num.6. Cyno num 4. Alberic. num.4. Corn.num.3. Iaſ.nu. 2.Alex.num.1.*reiicitur *argum.l.3 §.fin ff.de liber.& poſthum.hered.inſtit.l.in teſtamento, ſup. de teſtam.mil.t.* Ego propius vrgere cōſtituo diſpoſitionem præſentis *l.in verb.appareat tamen cum hoc conſilio ſcripſiſſe,&c.*

Lex, Si auus,2.

SVMMARIA.

1 *Intellectus horum verborum,* ſine impedimento l.Velleiæ, *ſecundum gloſſam, Bartolum, & alios doctores.*

2 *Alia interpretatio Caſtrenſis & Donelli.*

3 *Lex Velleia tunc demum teſtamentum rumpi vetat, quo nepotes in filiorum locum ſuccedentes inſtituti ſint.*

QVamuis præſens reſcriptum ſatis accuratam expoſitionem exigere videatur, tamen quod *in l.Gallus.ff.de liber. & poſthum. hered.inſtit.* enarratione id mihi faciendum eſſe animaduertam, abſtinendum interea ab huiuſmodi conatu exiſtimaui; ſatis eſſe cōſtituens, ſi in præſentia ſuſtulero difficultatē, quæ ex verbis præſentis reſcripti: *Sine* † 1
impedimento legis Velleiæ, naſci videatur. Quæ verba, gloſſ.noſtra, vim eiſdem inferendo, & gloſſam ſecutus Bartol.*in princ.* Alexand. *num.1.* Salycet.*num.2.* Fulgoſ.*num.1.* vbi talem expoſitionem communem dicit, ita accipiunt, quaſi inuerſa ſignificatione accipienda eſſent, lege Velleia hoc concedente. Quæ explicatio ne dū aliena eſt, ſed ne ipſi quidem Accurſio, quamuis ceteri eandem conſtanter probent, ſatis placuit, cum aliis ſolutionib. excogitatis, huic difficultati mederi niteretur. Præferenda † itaq; interpre- 2
tatio Caſtrenſ. eſt *hic num.2. Donell nu.2. Iaſ. num.1.* quod cum legis Velleiæ, de qua *in leg. Gallus,ff.de liber. & poſthu.hered. inſtit. §. nunc de lege Velleia*, cōſilium eo pertineat, vt teſtamenta conſeruet, vel, vt loquitur ipſe Iuriſconſult.*in d.l.Gallus,§.ille caſus*, vt vetet rumpi teſtamentum, recte Imperator Alexand. hic ſcripſiſſe cenſendus eſt, quod nihil prohibente legis Velleiæ conſtitutione, nepos, qui ab auo præteritus erat, cum pater ipſius vna cum nouerca inſtituti fuiſſent, ſuccedendo in locum patris, qui viuo adhuc auo defunctus erat, teſtamentum auitum infirmet, & totam hereditatem excluſa nouerca, conſequatur. Quamuis enim lex Velleia teſtamentum † rumpi vetet, etiam illo caſu, 3
quo nepotes in filiorū locum viuo auo ſuccederent: tamen id cum ea cōditione conſtituit, qua nepos in hunc euentum inſtitutus eſſet, quod ab auo hic omiſſum eſſe proponitur.

Lex, Si quis filium,3.

SVMMARIA.

1 *Anxiam & ſcrupuloſam antiquitus fuiſſe teſtandi rationem.*

2 *An parent, qui filium inſtituere debet, aut exheredare, exheredationis verbo tanquam formali aſtrictus videatur?*

3 *Valere huiuſmodi exheredationem, filius ſubſtantia mea alienus eſto.*

COnſtat ex diſpoſitione *l. quoniam indignum 15.item l.ambiguitatis 24.l.præpoſteri, & l.in teſtamentis, ſupr.de teſtament.* quam anxia & ſcrupuloſa † fuerit teſtādi ratio, ade- 1
o, vt ipſa inſtitutio niſi verbis directis interponi non potuerit, *d.l.quoniam indignum*, & in conceptione teſtamenti formalia verba in obſeruatione fuerint, *d.l. cum in teſtamentis*, hinc nata illa quæſtio eſt: an cum pater filium

lium ſuum heredem inſtituere, aut nominatim exheredare cogatur, *l. inter cetera 30.*
2 *ff. de lib. & poſth hered. inſtit.* parens † exheredationis verbo, tanquam formali aſtrictus videatur, adeo, vt hæc verborum conceptio, filius alienus meæ ſubſtantiæ ſit, non poſſit hoc munus ſuſtinere, quod prima fronte quis exiſtimauerit, cum etiam exheredatio a re certa, *l. cum quidam 19.* item à certa perſona, *l. etſi pepercerit*, §. *filius etiam* nullius momẽti cẽſeatur, *d. tit.* quod, vt Scæuola *d. l. cum quoſdam*, odia interpretatione adiuuanda non ſint. Contrarium tamen re-
3 ſpondet † Iuſtinianus, quod cum teſtatoris ſenſus manifeſtiſſimus ſit, non debeamus committere, vt ſuperſtitioſam verborum interpretationem potiorem eſſe ducamus, quam verum eorum, quæ enuntiata eſſent, intellectum.

Lex, Maximum vitium. 4.

SVMMARIA.

1 *Mediam iuriſprudentiam ſubtilem, & parum liberalem differentiam in ſucceſſione liberorum maſculini & fœminini ſexus induxiſſe.*

2 *Diuerſæ cauſſæ, ex quibus melior fuerit conditio filiorum in cauſſa inſtitutionis & exheredationis, quam filiarum.*

3 *Plus iuris antiquitus habuiſſe filios, quam nepotes, etiam ex maſculino ſexu deſcendentes.*

4 *Etiam in poſthumis aliud iuris in maſculis, aliud vero in fœminis fuiſſe.*

5 *An maior portio relinquenda fuerit maſculis, quam fœminis?*

6 *Iuſtinianum in præſenti lege duntaxat de vitiis exheredationis & præteritionis loqui.*

7. *Rationes quatuor notatæ, ex quibus Iuſtinianus veteris iuris duritiem mitigauit.*

8 *Iuſtinianum non vnum antiquæ ſubtilitatis vitium, ſed quinque ſuſtuliſſe, & ibidem examinata textus noſtri verba.*

9 *An præſens conſtitutio etiam procedat in nepotibus ex fœminini ſexus perſonis deſcendentibus?*

10 *Prætorem nepotes ex fœminis deſcendentes non vocaſſe ad ſucceſſionem eo iure & gradu, quo illos, qui ex maſculis progeniti erant.*

11 *Differentiam inſtitutionis & exheredationis in perſonis nepotum, qui ex fœminis nati ſint, ſublatam non eſſe.*

12 *Intellectus l. ſi quis in ſuo. §. legis, ſup. de inoff. teſt. an nimirum alias leges permittẽtes, quod poſthumus exheredari poſſit, abrogauerit.*

13 *Abſurdum eſſe, ſi dicamus, quod priora derogent poſterioribus.*

14 *An poſt Nouell. 115. §. aliud autem capitulum, poſthumus adhuc exheredari poſſit?*

NEminem, qui prima rudimenta in Iuſtiniani Inſtitutionibus poſuerit, fugere
1 poteſt, quam † ſubtilem, & parum liberalem differentiam, media Iuriſprudentia in ſucceſſione liberorum, maſculini & fœminini ſexus, tam in teſtamentis, §. *ſed hæc quidem vetuſtas, Inſtit. de exheredat. liber.* quam ab inteſtato, §. *item vetuſtas*, *Inſtit. de hered. quæ ab inteſtat. defer.* introduxerit. Et quidem quæ ab inteſtato obtinuerint, non eſt præſentis loci diſſerere, ſed authenticæ *in ſucceſſione, infr. de ſuis & legit. liber.* In teſtamento autem melior conditio filiorum † diuerſis ex cauſſis 2
fuit. Primo, quod filii nominatim eſſent inſtituendi, vel exheredandi, *d. l. inter cetera, ff. de liber. & poſthu. hered. inſtit.* Filiæ autem inter ceteros exheredari poterant, veluti ceteri mei liberi exheredes ſint, *Inſtit. de exheredat. liber. in prin. & hac noſtra lege.* Secundo, quod filii præteriti irritum teſtamentum ab initio conſtituebant, *d. l. inter cetera, item l. Gallus*, §. *in omnibus, ff. de liber. & poſthum hered. inſtit.* Filiæ autem quamuis mentio illarum facta non eſſet, non infirmabant teſtamentum, ſed duntaxat ius accreſcendi vſq; ad certam portionem habebant, vt ſcilicet ſuis heredibus ſcriptis, virilem portionem conſequerentur, extraneis vero inſtitutis, ſemiſſem, vt hac noſtra *l. verſic. cum enim, per contra tabulas*, & licet ibidem duntaxat ſemiſſis mentio inferatur, tamen hæc diſtinctio cõprobari videtur auctoritate eorum, quæ ſcripta reliquit Caius, *Inſtitut. lib. 2. tit 3. Vlpian. in fragment. tit. 22. §. ſcriptis, cum ſeqq. item Paul. lib. 3. ſentent. c. 4. §. filio, & vtrobique Cuiac. Theophilus Inſtit de exheredat. liberor. in princ. Harmenop. lib. 5. epitom. tit. 5. cap. de teſtamentis, quod pro parte rumpitur, Viglius Inſtitut. de exhered. liber. Hotoman. ibidem in verb. ius autem accreſcendi, Borchold. in princip. Fran. Conan. lib. 10. ſuorum comment. tit. 2. n. 1.* Tertio, quod eædem filiæ ex conſtitutione Magni Antonini, etiam intẽtata bonorum poſſeſſione cõtra tabulas, nihil aliud cõſequebantur, quam quod iure accreſcendi referre poterant, *vt hac lege, verſ. conſtitutio aũt.* Quarto eadẽ iniquitas, ne dũ in filiabus, & † per eam 3
deſcendentibus perſonis, ſed etiã in nepotibus ex maſculo procreatis deprehendebatur, vt ſcilicet inter ceteros exheredari poſſent. *Inſtitut. de exheredat. liberor. in princip. verſ. ſed non ita de filiabus, & hac noſtra lege,* & omnibus illis incommodis conflictabantur, quæ in perſona filiæ deſignauimus. Quintum antiquæ ſubtilitatis vitium † circa poſt- 4
humos verſabatur, in quibus etiam aliud iuris in fœminis poſthumis ſtatuebatur, quam maſculis, cum hi nominatim exhe-

Digitized by Google

redandi fuerint, §. *poſthumi, Inſtit. de exhered. liber. & hac noſtra leg. in fine.* Illæ autem inter ceteros exheredes ſcribi potuerint, modo tamen aliquid illis legaretur, ne per obliuionem omiſſæ viderentur. Præter hæc vitia gloſſ. *in dictione in fœminis, Cynus hic numer. 1. Alberic. num. 1. Bartol. in princ. Alexand. num. 1. Iaſon in princip.* conſtituunt etiam aliud vitium, illudque ſextum hac noſtra lege inſinuari, in verb. quæ putauit, alia iura eſſe obſeruanda in ſucceſſione parentum, ſi ex teſtamento veniant, in maſculis, & alia in fœminis, cum ab inteſtato ſimile ius vtrique ſexui ſeruauerit, vt ſcilicet ex definitione iuris antiqui, de quo, vt profitetur Alexander, atque Iaſon in legibus noſtris non appareat,
5 maior portio fuerit † relinquenda maſculis, quam fœminis.

Ceterum ſi rem accurate perpendere velimus, hos ipſos Interpretes ſcopum non attigiſſe deprehendemus: nam, vt concedam inter maſculos & fœminas etiam ratione portionis relinquendæ aliquid diſcriminis fuiſſe, vt apparet ex *l. ſi defunctus, infr. de ſuis & legitim. liber.* ita ſane Iuſtinianum in præſenti conſtitutione nihil de huiuſmodi iure diſpoſuiſſe, inde quis euincere poteſt, quod demum Nouell. *18. de trient. & ſemiſſ. §. de illo,* hæc iuris inæqualitas ſublata ſit. Dein-
6 de † ipſa tituli inſcriptio coarguit Iuſtinianum de exheredationis & præteritionis vitiis duntaxat loqui. Vltimo illud, ex ipſa Iuſtiniani declaratione aperte conſtat. Cum enim hæc verba, quæ ſupra complexi ſumus, per modum propoſitionis Iuſtinianus protuliſſet, mox quinque caſus loco minoris ſubnectit, in quibus media Iuriſprudentia alia iura inter maſculos & fœminas, item inter filios & nepotes, & denique poſthumos inuexiſſet.

Qua de cauſſa etiam Iuſtinianus ſecutus veſtigia humanioris interpretationis, quibus niti cœperat, idem & æquale ius in cauſſa exheredationis & præteritionis, in filiis & filiabus, item nepotibus per maſculinum ſexum deſcendentibus, & omnibus poſthu-
7 mis confirmandum eſſe duxit, quatuor † rationibus ad id faciendum impulſus. Primo, quod maſculus & fœmina, in procreatione hominum eodem naturæ munere funguntur, adeo, vt tam illiberalem differentiam introducentes, ſe naturæ accuſatores præbere videantur, quod non totos maſculos edidiſſet, vt vnde amplius generarentur, nō exſiſterent, *vt hac noſtr. leg. verſic. qui enim tales, Inſtit. de exheredat. liber. §. ſed hæc quidem vetuſtas.* Secundo, quod lex duodecim tabular. omnes liberos, ſiue maſculos, ſiue fœminas ſimiliter ad ſucceſſionem vocauerit, *d. §. ſed hæc quidem vetuſtas, item hac noſtra lege. verſic. nam hoc corrigentes.* Tertio, quod Prætores in dāda bonorum poſſeſſione, vel ab inteſtato, *vt toto tit. ſupr. unde liber. & ff. eodem tit. vel contra tabulas, l. 1. & tot. tit. de bonorum poſſeſſ. contra tabul. item l. emancipata, qui admitt. ad bonorum poſſeſſ. poſſ. l. iuris ignorantiam, eodem tit.* ſexum non ſeparauerint. Quarto, quod hanc interpretationem maxima abſurditas conſequeretur, quod filia præterita, & ſolo accreſcendi iure ſubnixa minus referre poſſet, quam filia exheredata. Etenim cum ſemiſſem duntaxat reciperet, iſque legatis & fideicommiſſis vſque ad dodrantem exhauriri poſſet, §. *1. & 2. Inſt. de l. Falcid.* nihil amplius, quam ſeſcunciam ſibi debitæ portionis retinebat, *vt hac noſtra leg. verſ. ſcimus, & verſ. cum enim.* Cum tamen filia exheredata integro quadrāte potiretur, *§. final. Inſtit. de inoffic. teſtam. l. Papinianus 8. §. igitur 4. ff. eodem tit.*

His bene ſubductis † animaduertimus, 8
Iuſtinianum quinq; illa vitia ſuſtuliſſe. Nec torquere nos debet, quod ab initio vnius vitii antiquæ ſubtilitatis dūtaxat mentionem faciat: nam ſi principalem enuntiationem intueamur, maximum eſt vitium, quod media Iuriſprudentia inter liberos in cauſſa exheredationis & præteritionis diuerſa iura introduxerit. Si autē ſpectare velimus, quænam illa iura ſint, quinque caſus deprehenduntur. Conſequens itaque eſt, vt nedum filii, ſed & filiæ nominatim exheredentur. Secundo, vt nedum filii, ſed etiam filiæ præteritæ, teſtamentum ipſo iure ſubuertant. Tertio, vt quemadmodum filii habent bonorum poſſeſſionem in ſolidum, ita etiam filiæ. Quarto, vt quod iuris in his tribus caſibus habeāt filii, idē etiam deferatur nepotibus per maſculini ſexus perſonas deſcendentibus. Sed antequam ad quintum effectum perueniam, obſeruandum eſt, quod hic exoriatur ſcrupulus ſatis infeſtus, † quid 9
probandum ſit in nepotibus, vel pronepotibus, qui ex fœminini ſexus perſonis naſcantur, an & illæ huiuſmodi prærogatiuam habeant. Et ſane textus contrarium innuere videtur in verbis ſequentibus: *Et hoc non ſolum in filiabus obtinere, ſed etiam in nepotibus & neptibus, & deinceps obſeruari cenſemus, ſi tamen ex maſculis progeniti ſunt.* Vr-

gent

Digitized by Google

gent tamen in contrarium illæ rationes,
quas ſupra pro confirmatione præſentis le-
gis conſiderauimus, cum etiam hic ſaltem
pro inſigni parte interueniant. Qua de
cauſſa Accurſius in dictione *progenitt*, con-
ſtituit, legem noſtram intelligendam eſſe
de tertiæ partis diminutione, quæ maſcu-
lis in ſucceſſione deſcendentium loco præ-
rogatiuæ deferri ſolet, de qua mentio fiat,
l. illam, & authent. ſequent. ſupr. de collation. quo
referri poſſunt §. *item vetuſtas, Inſtit. de here-
ditat. quæ ab inteſtat. defer. item l. ſi defunctus,
infr. de ſuis & legitim. liber.* Et quamuis hæc
Accurſii conſideratio non incolorata vi-
deatur: tamen eandem propterea probare
non poſſum, quod ſupra oſtenderim, Iuſti-
nianum duntaxat loqui de exheredatione
& præteritione, quod & ipſum demonſtrat
§. *ſed hæc quidem vetuſtas, Inſtit. de exheredat.
liber. in verb. noſtra vero conſtitutio*, inter ma-
ſculos & fœminas in hoc iure nihil intereſ-
ſe exiſtimans, vbi verba, *in hoc iure*, de alio
exaudiri non poſſunt, quam iure exhere-
dationis & præteritionis. Accedit, quod lex
10 duodecim tabular. item Prætor has † perſo-
nas ad ſucceſſionem non eo iure, aut gra-
du vocauerint, quo filios, aut ex maſculis
deſcendentes, §. *item vetuſtas, Inſtit. de here-
dit. quæ ab inteſtat. defer. item* §. *ſi cui, eodem tit.*
vbi hereditas ab inteſtato illis duntaxat de-
ferri videtur, qui in poteſtate morientis fue-
rint. Statuo itaque, Iuſtinianum intelligen-
11 dum † eſſe de ipſa exheredatione & præte-
ritione, vt antiqua differentia ex cauſſis iam
intellectis, adhuc de iure Codicis proce-
dat. Nam quid iure Nouellarum conſtitu-
tum ſit, poſtea cognoſcemus.

Cum in fine noſtræ conſtitutionis ſan-
ciatur, poſthumum exheredari poſſe, modo
nominatim illud fiat, in quo iure etiam filio
tam poſthumus, quam poſthuma, idq; quin-
to comparatur, cœpit a nonnullis Interpre-
tibus in controuerſiam vocari, an cum *l. ſi
12 quis in ſuo 33.* † §. *legis, ſupr. de inoffic. teſtament.*
negetur, infantem ex culpa paterna exhe-
redari poſſe, eaque conſideratio iuſtiori ex
cauſſa in perſona poſthumi procedat, defi-
nitio præſentis legis, & aliarum, quæ permit-
tunt, vt poſthumus exheredari queat, *vt l. 2.
ſupra de bonor. poſſeſſ. contra tabul. item l. ſi poſt-
humus, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. l. poſt-
humi, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſta.* §. *poſt-
humus, Inſt. de exhered. liber. per d. l. ſi quis in ſuo,*
§. *fin.* abrogatæ cenſeantur, quod videtur in-
nuere gloſſ. *hic in verb. poſthumus*. Item Bart.
Bald. Iaſ. *in d. §. fin. in ſuis ſummariis*, vt eas ac-
cipit Ferdinandus Vaſquius *lib. 2. de ſucceſſ.
creat.* §. *20. requiſito 29. numer. 191.* ſed parum
conſiderate, quod *dict. l. ſi quis in ſuo*, pro-
mulgata ſit 12. Calend. Octobr. Decio V.
C. Conſ. anno 529. † præſens reſcriptum 13
editum eſt ipſis Calendis Septembr. poſt
conſulatum Lampadii & Oreſtis, anno 531.
accedit, quod *dict. l. ſi quis in ſuo, §. final.* non
conſtituat, teſtamentum propterea irritum
eſſe, vt arbitrantur noſtri Interpretes, ſed
negat, hanc cauſſam ſufficere, cum alieno o-
dio alius prægrauari nõ debeat: Tenebit ita-
que teſtamentum; ſed per inofficioſi que-
relam expugnari poterit, quod coarguit ti-
tulus, in quo eadẽ lex deprehenditur, item
aliæ leges ſupra allegatæ, quæ nullam cauſſæ
expreſſionem deſiderare videntur, *ita Ful-
goſ. hic nu. 9. circa finem, Alciatus lib. 4. paradox.
cap. 10. Cuiacius lib. 4. ff. de liber. & poſthum. he-* 14
*red. inſtituend. Ferdinand. Vaſq. in loco ſupra al-
legato.* An autem per Nouellam conſtitutio-
nem † *115. §. aliud autem capitulum*, vbi certæ
cauſſæ enumerantur, ex quibus filius exhe-
redari poſſit, quarum nulla in poſthumo
conſiderari poſſit, id emendatum ſit, com-
modius exſequemur *in authentica ſequent. &
l. 1. infr. tit. de poſthum. hered. inſtit.*

Authentica, Non licet.

Svmmaria.

1 *Præſentem authenticam multa iura vetera emen-
dare.*

2 *Parens filium amplius exheredare non poteſt, reli-
cta quarta portione iure legati, vel fideicommiſſi.*

3 *Pater filium amplius præterire non poteſt.*

4 *Heredes teſtatoris coguntur probare, filios exhere-
datos ingratos fuiſſe.*

5 *Cauſſæ ingratitudinis nominatim teſtamento inſe-
rendæ ſunt.*

6 *An ſufficiat ad exheredationis confirmationem,
quod heres doceat filium ingratum fuiſſe, quamuis
cauſſa teſtamento adſcripta non ſit.*

7 *Affirmatiua ſententia Angeli, cum argumentis.*

8 *Excuſſa Bartoli doctrina quid obtineat in caſu con-
trario, ſi cauſſa ingratitudinis inſerta ſit, & exhe-
redatio omiſſa & n. 11.*

9 *Defenſores negatiuæ ſententiæ, quod non ſufficiat
ingratitudinis cauſſam citra formam hic præſcri-
ptam docuiſſe, cum ſuis fundamentis.*

10 *Confutata ſententia Angeli.*

12 *Non ſatis eſt, ingratitudinis cauſſas teſtamento in-
ſeruiſſe, niſi inter quatuordecim noua conſtitutio-
ne relatas contineatur.*

13 *An præter quatuordecim cauſſas ingratitudinis, a-
liæ ſimiles, aut grauiores admittendæ ſint? in v-
tramque partem diſputatum.*

14 *Aſſertores negatiuæ ſententiæ cum nouem argu-
mentis.*

15 *Affirmatiuæ ſententiæ defenſores cum duodecim argumentis contrariis.*
16 *Diſtinctio auctoris.*
17 *Exheredationem conſulendi animo factam, etiam iure hodierno procedere.*
18 *Nedum illos filios exheredari poſſe, quæ vnã ex quatuordecim cauſſis in perſona propria commiſerint, ſed etiam illos, qui eiuſdem ſceleris ſocietate mandando, cõducendo, inſtigando, opem ferendo, ſe obſtrinxerint, & ratio.*
19 *An filius proditor patriæ a patre ſuo propterea exheredari poſſit? cum argumentis dubitandi.*
20 *Noua ratione confirmata receptior ſententia, quod poſſit.*
21 *Filium etiam exheredari poſſe a patre, quod vxori ipſius, ſiue matri, ſiue nouercæ manus intulerit.*
22 *In eadem cauſſa eſt, qui matrem veneficam appellet.*
23 *Filium ex eo recte exheredari, quod accuſatorẽ patris aduocatione, vel teſtimonio ſuo inſtruxerit.*
24 *Cur filius patrem ex his criminibus, quæ contra patriam, vel rempublicam ſunt, accuſare poſſit?*
25 *Non naſcimur ſolum parentibus, ſed etiam reipublicæ.*
26 *An ſi filia intra vigeſimumquintum ætatis annum matrimonium inuito patre contraxerit, exheredari poſſit?*
27 *Exceptiones declarare regulam.*
28 *Ratio, quod Iuſtinianus indulſerit, quod filia poſt vigeſimum quintum annum in negligentia patris nuptias contrahere poſſit.*
29 *Quid obtineat de iure canonico, an filia minor contractis nuptiis, inuito patre exheredari poſſit.*
30 *Sententia Caſtrenſis, quod patri hoc ius adhuc ſaluum ſit.*
31 *Contraria ſententia Panor. Hoſtienſ. Felini.*
32 *Caſtrẽſis ſententiam eo caſu probabilem videri, quo filia turpi & indigno nupſiſſet, idq́; multis argumentis confirmatum.*
33 *Sæpe aliquid per conniuentiã admittitur, & tamen debita pœna coercetur.*
34 *Non intelliguntur eſſe aliæ cauſſæ, quas par ratio & æquitas admittit.*
35 *Exceptio ita regulam non confirmat, vt caſus eadem ratione ſubnixus excludat.*
36 *In cuius iuris reſponſis cauſſæ ingratitudinis diſperſæ fuerint.*
37 *Quatuordecim cauſſas non ex verbis, ſed ex ratione conſtituendas eſſe*
38 *Etiam pœnalis conſtitutio refertur ad ea, quæ plane eandem rationem habent.*
39 *Correctoriæ leges non reſpuunt illam interpretationem, quam eadem ratio natura ſui concedit.*
40 *Illa expoſitio fauorabilis cenſeri debet, quæ ius antiquum reuehere ſolet.*
41 *Conſtitutionem Iuſtiniani non eo pertinere, vt illos filios muniat, qui grauiorem ingratitudinis culpam contraxerint, ſed ne paſſim ex minoribus cauſſis filii ab hereditate parentum ſubmouerentur.*

1 HÆc authentica paucis †verbis cõcepta, in multis definitionem veteris iuris immutat, præcipue autem in quinque caſibus. Enimuero iure antiquo parentes filium exheredare poterant, quarta portione iure legati, vel fideicommiſſi relicta, *l. Papinianus, §. quoniam 4. ff. de inoff. teſtam.* Nunc †autem ti- 2
tulo inſtitutionis illum proſequi cogũtur, *§. ceterum, Nouell. 115.* & hac noſtra authentica, de qua quæſtione copioſe diſſerui *in authen. nouiſſima, ſupr. de inoff. teſtam.* & an hoc in filio in poteſtate antea obtinuerit, in authentica ſequenti ſuo loco tractabitur.

Secundo matris præteritio †erat pro ex- 3
heredatione *§. fin. Inſt. de exhered. liber.* quod & ipſum quoque abrogatum eſt, *vt hac noſt. auth. & Nouell. 115. §. aliud aũt capitulum, & ibid. Bart. n. 3. Ang. Peruſ. in ſuo ſummar. Ang. Aret. in §. ſed hæc quidem vetuſtas, Inſt. de exheredat. liber. n. 3. verſ. ſecundo caſu principali, Mynſ. in §. fin. n. 5. Vulteius ibid. n. 3. Iul. Clar. lib. 3. ſent. §. teſtamentum, q 47.* vbi hanc ſententiã cõmunem dicit, *Ant. Gomez. var. reſol. tom. 1. c. 11. n. 35. Ferd. Vaſq. de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 20. part 1. n. 24. Mich. Graſſ. in theſaur. comm. opin. in dictio. teſtamentum, q. 44. num. 2.* de qua tamen quæſtione videnda ſunt illa, quæ perſequemur *in ſeq. auth. noſtra.*

Tertio emendatio noſtræ authenticæ, in
cauſſa probationis vim ſuam †exſerit: vt enim 4
filii in querela inofficioſi teſtamẽti obtinere poſſent, ipſi cogebantur allegationis ſuæ, quod immerentes, atque adeo indigne præteriti & exheredatione ſubmoti eſſent, *l. nã & his 5. ff. de inoff. teſtam.* fidem implere, *l. liberi 28. ſup. de inoff. teſtam.* Nũc vero huius probationis onus in heredẽ reiicitur, *vt hac noſtra authent. item gloſſ. in verb. probetur, Bald. in princ. Franc. Aret. in princ. Caſtr. num. 1. Salyc. n. 1. Nouell. 115. §. ſiue igitur, & ibid. Bart. num. 1. Ang. nu. 16. Cuiac. Nouell. 18. verſ. his vero cauſſis enumeratis, Franc. Duar. in explicat. tit. de liber. & poſth. hered. inſtit. c. 3. verſ. ſeptimo vulgo dicitur, Ant. Gomez. var. reſol. tom. 1. c. 11. num. 10. Eman. Soarez. in theſaur. comm. opin. ſub liter. E. num. 210.* idque defendi poteſt primo auctoritate noſtræ authent. deinde d. *Nouell. 115. §. ſiue igitur, item l. omni modo, ſup. de inoff. teſta. l. ſi quis filium, eod. tit.*

Quarta cauſſa, in qua veteris iuris diſpo-
ſitio corrigitur, eſt, quod cauſſæ ingratitu- 5
dinis †nominatim teſtamento comprehendendæ ſint, *vt hac noſtra authentica, in verbo, & ingratitudinis cauſſas nominatim teſtamento inſerat, item d. Nouell. 115. §. aliud*, dũ ait: *niſi forſitan probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſſas parẽtes ſuo inſeruerint teſtamẽto:* vnde q̃ſtionis eſt, *an ſatis ſit,*

ſi heres

Digitized by Google

6 *ſi heres* † *docere poſſit, filium ſe huiuſmodi ingratitudinis cauſſa obſtrinxiſſe, quamuis pater in ipſa exheredatione cauſſam non expreſſerit.* Etenim
7 † Ang. *in Nouell. 22. de nuptiis, in verb. ingratitudinem, n. 64. Corſet. in ſuis ſingular. in verb. ingratitudo, Iaſ. hic n. 10. limitat. 7.* id defendunt, & hoc ipſum probare conantur. Primo arg. *d. §. ingratitudinem, Nouell. 22.* ex quo videatur colligi, quod ſine vlla allegatione cauſſæ ingratitudinis, in ipſo teſtamento ſufficiat docere, quod quis huiuſmodi culpam contraxerit. Deinde quod conſtet ex *l. 3. ff. de adimend. legat. §. final.* ex cauſſa inimicitiarum, quæ naſcãtur inter teſtatorem, & eum, cui teſtamẽto aliquid adſcriptum eſt, quem indignũ reddi his, quæ relicta ſunt. Tertio, quod ſecundum opinionem Bartol. *in authent. ex cauſſa, quæ mox ſequitur num 12. Salyc. num. 6. Iaſ. num. 1. Caſtrenſ. num. 5. Curt. Iunior num. 39. Angel. in hac noſtr. authent. num. 1. & 2. Lancellot. Galliaul. in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, num. 46. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtituend.* quorum ſententiam cõmunem conſtituit eſſe Vaſquius *lib. 3. de ſucceſſ. creat. §. 30.*
8 *limitat. 34. numer. 177.* vbi plures † recenſet, idem procedat in contrario caſu, vt ſi omiſſa ſit exheredatio, cauſſa tamen ingratitudinis teſtamento comprehendatur, eaque ab herede probetur, id ad repellendum filium ſufficiat. Et quamuis multi horum doctorum innuant huiuſmodi teſtamentum ab initio nullum eſſe, ſed ex poſtfacto, & ex cauſſa probationis confirmari: tamen Fran. Aret. *in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtituend. num. 20. Cynus hic num 1. circ fin. Corn. in authent. ſeq num. 28. Didac. Couarr. in c. Raynutius, num. 3.* huiuſmodi teſtamentum etiam ab initio valere conſtituũt, quod parum intereſſe videatur, an quis teſtamento ſcribat, ſe filium propterea non inſtituere, aut ex ea cauſſa præterire, quod manus impias in illum intuliſſet, an vero complectatur, quod filius propterea a ſua ſubſtantia alienus eſſe debeat, *l. ſi quis filium, hoc titul.* cum æquipollentium ſit idem iudicium, de qua quæſtione *in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtituend.*

9 Contrarium tamen, † quod ad principalem concluſionem attinet, defendunt Bartol. *in l. filio præterito, num. 14. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. Curtius Iunior hic numero 17. Alexand. in authent. ex cauſſa, Didac. Couarr. in cap. Raynutius, num 8. Ferdinand. Vaſquius de ſucceſſ. creat. libro 3. §. 30. limitat. 34. in repetit. l. omni modo, num. 179.* vbi in hanc ſententiam refert, Bald. Angel. Salycet. Caſtrenſ. Emanuel. a Coſta, Rip. Garron. Accedunt Anton. Gomez. *variarum reſolutio. tom. 1. cap. 11. num. 11.* & ibidem Emanuel Soar. *in addition. Franc. Mantic. de coniectur. vltim. volunt. lib. 4. tit. 11. numer. 37. Michael Graſſ. in verbo teſtamentum, quæſt. 41. num. 8. Fran. Aretin. de liber. & poſthum. hered. l. 3. §. ſi filius, num. 8. Iaſon l. in arenam, ſupr. de inoffic. teſtam. num. 1. Didac. de Spin. in ſuo ſpecul. de teſtam. tit. de exhered. n. 62.*

Pro confirmatione huius ſententiæ expendi poteſt d. Nouell. *115. §. aliud, in verb. niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas ingratitudinis cauſſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento.* Certum autem eſt, quotieſcunque formæ loco aliquid præſcribitur, ſi huic non pareatur, vitiari omnia, quæ agimus, *l. teſtandi, ſupr. de teſtam. l. nemo poteſt 55. ff. de legat. 2.* item quod ſi plura ad ſolemnitatem alicuius rei definita ſint, non ſufficere, ſi partem adhibeamus, *l. 4. §. docere, ff. de vi bonorum raptor. l. 5. §. docere, ff. ne quis eum qui in ius vocat. eſt vi exim. cap. porro, extr. de reſcript.*

Secundo confirmant hanc ſententiam etiam aliæ leges, in quibus aperte requiritur, vt cauſſam ingratitudinis teſtator ſuis elogiis adſcribat, & filios inſuper exheredet, *l. final. ſupr. de ſecund. nupt. l. omni modo, ſupra de inoffic. teſtam.* Hinc etiam animaduertimus, ſucceſſionis viam ex eo interſeptam nõ eſſe, quod quis teſtatorem accuſauerit, *l. ſi cognatus, ff. vnde cognat.* niſi teſtator in teſtamento ſuo illud comprehendiſſet: Ita intelligo Didac. Couarr. & Ferdinandum Vaſquium, qui hanc legem in cauſſam deducunt, quamuis lex ſimpliciter concepta ſit, & aliam interpretationem recipere poſſit.

Tertio commendat hanc aſſertionem notiſſima iuris noſtri definitio, exheredationes tanquam odioſas non eſſe adiuuandas interpretatione, *l. cum quidam, ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit.*

Quarto huc referri poteſt *l. Prætor 7. ff. de iniur. in princ. præterea l. item exigit, ff. de dolo mal.* eum, qui iniuriam ſe accepiſſe dicat, vel dolo quid commiſſum eſſe aſſerat, debere nominatim complecti, qua iniuria affectus ſit, quidve dolo commiſſum proponat: ex quo enim pater generaliter loquitur, vel nullam ingratitudinis cauſſam deſignat, non poteſt intelligi, quam iniuriam ad animum reuocauerit, cum tamen diſſimulatione omnis iniuria aboleatur, *l.*

Digitized by Google

non ſolum 11. §. 1. ff. de iniur. Et quamuis hæc conſideratio per ſe ſola non ſufficiat, quod illa abſurditas conſequeretur, vt poſt anni ſpatium, cauſſæ ingratitudinis filio nocere non poſſint, *l. ſi non conuitii, Cod. de iniur.* quæ mens iuris noſtri nequaquam eſſe intelligitur, *l. filio quem pater 23. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* tamen eo proficere videtur, vt heredes certi ſint, de qua iniuria teſtator ſenſerit.

10 Quibus cognitis, non eſt, † quod reformidemus ea, quæ ex aduerſo ponderata ſunt, §. *ſi enim ingratitudinem, de nupt.* in peculiarem caſum ſucceſſionis conceptus eſt, eorum ſcilicet, qui a latere nobis coniuncti eſſent: deinde ſi de exheredatione filiorum loqueretur, parum præiudicij conſiderationi noſtræ inferre poſſet, quod hæc forma exheredationis poſtea a Iuſtiniano propoſita ſit: vnde cum poſteriora derogent prioribus, *l. nouiſſima, C. de pact.* facile aſſequimur, hanc collectionem vitioſam eſſe.

Cum pater certo iudicio filium exheredare debeat, *l. 3. §. pure ff. de liber. & poſthu. hered. inſtit.* & propterea in caſus fortuitos exheredatio concipi nequeat, recte infertur, *l. 3. §. fin. ff. de adim. legat.* cum noſtra quæſtione nihil commune habere. Non enim ſatis eſt, quod pater poſt teſtamentum factum læſus ſit, ſed opus eſt expreſſa exheredatione, *d. §. aliud autem capitulum*, & per conſequens nouo teſtamento, & diſerta huius cauſſæ commemoratione, *l. heredes palam 21. §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Plus negotij
11 erit † cum tertia conſideratione. Et quamuis nobis vna cum Curtio Iun. *hic n. 15.* item Alexand. *n. 11.* Franc. Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib. 4. tit. 11. n. 25.* Mich. Graſſ. *in verb. teſtamentum quæſt. 49. n. 2. Ferd.* Vaſq. *de ſucceſſ. creat. §. 30. n. 177.* liceret contendere, idem & hic probandum eſſe, quod in principali concluſione: tamen ſi præteritio ita concepta ſit, quemadmodum nos eam formauimus, non video quare a communi ſententia diſcedendum ſit, cum alia ſit ratio eius, qui filium per verba quæ idem præſtarent, ac ſi verbo exheredationis vſus eſſet, ſubmouerit ab hereditate ſua, alia demum qui illud plane omiſerit, aut verba, quæ eo deflecti nequeant, protulerit, *d. l. ſi quis filium hoc tit.* quam ſi nullam ingratitudinis cauſſam expreſſiſſet, quod abſurdum ſit illum pœnas præteritionis pati, qui filium non præterierit, *l. fin. inf. tit. prox.* nam & ipſe Did. Couarr. loco ſupra allegato fatetur, quod ſi teſtator inſerendo cauſſam ingratitudinis his verbis vſus eſſet, quæ non accederent ad cauſſam exheredationis, veluti ſi ſcripſiſſet, *quia filius me graui & inhoneſta iniuria affecit, idcirco ipſi centum florenos duntaxat lego*, aliud obtinere, cum verbum legandi cum inſtitutione aut exheredatione nihil commune habeat.

Quinto noſtra authentica † etiam illo caſu ius nouum introducere deprehenditur, 12
quo certas ingratitudinis cauſſas, illaſque quatuordecim numero, ex quibus liberi exheredari poſſint, eſſe conſtituit: cum antiquitus variæ fuerint, & multo plures quam hic recenſeantur. Etenim filius antiquitus ob culpam paternam exheredari potuit, *l. 3. §. ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſeſſ. cont. tabul.* imo ne quidem infantis ratio habebatur, *l. ſi quis in ſuo §. legis, ſup. de inoff. teſtamen.* Præterea filius ſubmoueri poterat ab hereditate paterna, quod amicitiam cum inimicis parentis ſui inſtituiſſet, *leg. liberi, ſup. de inoff. teſtamen.* Deinde filius generaliter exheredari potuit, quarta portione quouis titulo relicta, *l. Papinianus §. quoniam ff. de inoff. teſtamen. §. fin. Inſtit. eod. tit.* Huc pertinet quod & poſthumi ſine vlla cauſſa exheredari potuerint, *vt ſup. l. maximum vitium circ. fin.* quod ius vtrum emendatum ſit, exſequemur *in authent. prox. ſeq.*

Cum itaque Iuſtinianus quatuordecim cauſſas, ex quibus filius exheredari poſſit, definierit, diſceptationis eſt, an nullæ aliæ
† cauſſæ, quæ ſimiles ſint, aut grauioris cul- 13
pæ admittendæ videantur. Non † eſſe de- 14
fendunt Alexand. *hic n. 4.* Viglius Zuichemus *Inſtitut. de exheredat. liber. circ. fin.* Martin. Laudenſ. *in l. 1. §. fin. ff. de iuſtitia & iur.* Rodoric. Soares *ad l. ſecundam fori, de matrimon. n. 28.* Hieronym. Schurff. *conſ. 97. n. 4. cent. 2.* Franc. Conan. *lib. comment. 10. n. 6.* Herman. Vulteius *Inſtitut. de inoff. teſtam. in præfat. n. 14.* Et hæc ſententia multis argumentis defendi poſſe videtur. Primo, quod ex quo certæ cauſſæ enumeratæ ſint, ex quibus hoc ius exerceri poſſit, reliquæ cauſſæ repudiatæ intelligantur. Hinc videmus quod cum certæ actiones, quæ ſint bonæ fidei recenſeantur, *in §. actionum, Inſtit. de actionibus*, aliæ in eadem cauſſa conſtitui non poſſint, quamuis eodem iure nitantur, vt ſunt fideicommiſſaria hereditatis petitio, item poſſeſſoria hereditatis peti-

petitio, de quibus *tit. 5. & 6. ff.* quamuis conſtet, petitionem hereditatis eſſe actionem bonæ fidei.

Secundo, quod Iuſtinianus *dict. Nouell. 115. §. aliud autem capitulum*, aperte declaret, præter has quatuordecim cauſſas nulli licere, ex alia lege, ingratitudinis cauſſas opponere, niſi quæ in eiuſdem conſtitutionis ſerie continerentur. Certum autem eſt, ſermonem vniuerſalem, maxime, qui negatiuis verbis conceptus ſit, vniuerſaliter intelligendum eſſe, *l. ſi is qui ducenta, ff. de rebus dub. §. vtrum, item l. neceſſarias 8. §. ſi annua, ff. de pignoratit. action.*

Tertio, quod cum exceptio confirmet regulam *l. quæſitum, §. denique, ff. de instruct. & inſtrum. legat. Nouell. 7. de non alienand. eccleſ. reb. §. vt autem*, & hic quatuordecim exceptiones proponantur, quod nullæ aliæ videantur eſſe admittendæ, maxime, cum Iuſtinianus ſtatuat, non eſſe ingratitudinis cauſſas ex alia lege opponendas.

Quarto, quod abſurdũ videatur, ſi. cum Iuſtinianus eodem §. *aliud autem capitulum*, profiteatur, ſe cauſſas, ex quibus liberi ingrati debeãt iudicari, in diuerſis legibus diſperſas, & non aperte declaratas, quarum aliquæ nec dignæ eidem ad ingratitudinẽ viderentur, aliquæ vero, quæ dignæ erant, tamẽ prætermiſſæ eſſent, eo conſilio ſua lege cõprehendiſſe, ne amplius dubitandi occaſio eſſet, aut aliæ cauſſæ admitterentur: Nos priuata interpretatione deliberationem ipſius Iuſtiniani ſubuertere velimus, pro quatuordecim cauſſis alias infinitas inducendo, & legem quodammodo circumueniendo, *l. non dubium eſt, ſupr. de legib. l. contra 29. cum l. ſeq. ff. de legib.*

Quinto, quod ex definitione eiuſdẽ Nouellæ §. *ſi autem hæc obſeruata non fuerint*, intelligamus, hæc formæ nomine præſcripta eſſe. Certum autem eſt, eum, qui a forma recedit, nihil agere, *l. hac conſultiſſima, ſupr. qui teſtam. facere poſſ. l. ſi vnus, & l. teſtandi, ſupra de teſtament.*

Sexto, quod de his, quæ formæ nomine præfinita ſunt, non liceat nobis quidquam mutare, quamuis maior ratio in caſu omiſſo interueniat, *l. ſi pupillorum 7. §. ſi Prætor, ff. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cura ſunt*, vbi tutor, cui permiſſum eſt, vendere prædium pupillare, nõ poteſt hoc oppignorare, *l. fin. C. de præd. decur. ſine decret. non alien.* vbi curiales prædia ſua donare ſine decreto poſſunt, vendere non poſſunt, quo referre licet *c. cui de ſacerdotal. & cap. cum illis, de præbend. in 6. c. inter corporalia, de translat. epiſcop.*

Septimo, quod ex multis legibus edoceamur, odia nõ eſſe adiuuanda interpretatione, *l. cum quidam, ff. de lib. & poſth. hered. inſtit.* ſed potius reſtringenda, *l. ſi preces 32. & l. interpretatione 42. ff. de pœn.* exheredationem autem odioſam eſſe, apparet *ex d. l. cũ quidã.*

Octauo, quod cum hæc lex, vt inſtãt doctores, ſit correctoria, ad alios caſus produci non debeat, *l. præcipimus, circa fin. C. de appellat.* maxime cum idem etiam in illis legibus ſit, quas limitatorias vocant, *l. ſi vero, §. de viro, ff. ſolut. matrim.*

Nono, quod cum hic duæ cauſſæ cumulentur, ſcilicet, ꝙ lex correctoria ſit, & etiam pœnalis, ꝙ tunc extẽſioni locus nulla ratione ſit, *gloſſ. in Clem. vt hi qui, in verb. diſtributionum, de ætat. & qualitat. ordinand. & ibidem alii doctor. Roman. conſ. 129.* licet magna apud me fuerit dubitatio. *Nic. Euerh. in loco a ratione legis larga, n. 24.*

Contrariæ ſententiæ † auctores, quod ſcilicet etiam ex ſimilibus cauſſis, & grauiorib. quis exheredari poſſit, ſunt Ang. *in l. lex Cornelia, ff. de iniur. nu. 3. Iaſ. in hac noſtra auth. n. 7. Curt. Iun. nu. 23. Did. Couarr. in c. Raynutius, in prin. n. 16. Ant. Gomez. variar. reſol. tom. 1. c. 11. n. 12. Emanuel a Coſt. in l. Gallus, § & quid ſi tantum, part. 3. n. 175. Iulius Clar. lib. 3. ſent. §. teſtamentum, quæſt. 41. num. 2. Crotus conſ. 115. n. 19. lib. 2. Curt. Iun. conſ. 182. num. 10. Ripa in rubr. de iudic. num. 20. Hippolyt. ſingul. 78. Guiliel. Bened. in c. Raynutius, in verb. in eodem teſtamento, nu. 19. Ferdinand. Vaſq. de ſucceſſ. progreſſ. §. 17. num. 101. Nicol. Euerhard. in loco ab exceptione ad regul. num. 8. verſic. quinimo iſtud poteſt induci, Panormit. in §. Quinis uallis, extr. de iureiuran. num. 4. Aluarott. in §. prædictis, quæ fuit prima cauſſa beneficii amittendi, num. 3. Alexand. ſibi contrarius conſil. 202. num. 6. lib. 2. item l. ſi quis id quod, ff. de iuriſdict. omnium iudic. numer. 18. Bald. in l. ſolo, de liber. cauſſ. Decius in c. cum ſpeciali, de appellat. num. 5. Michael Graſſ. in verb. teſtamentum, quæſt. 42. num. 2. Emanuel Soarez in theſaur. commun. opin. ſub litera E. nume. 205. Viuius lib. 1. opin. 128. Matth. de Afflict. in §. ſed quia, quæ fuit prima cauſſ. benefic. amittend. numero 8. Gerard. in ſuis ſingularib. ſingul. 1. Bartholom. Chaſſan. ad conſuetud Burgund. titul. de ſucceſſionib. rubric. non poſſunt exheredare, §. 2. verſicul. ſed quæro, Matth. Weſenbec. in ſuis parat. tit. de liber. & poſthum. hered. inſtituend. numero 5. Menoch. lib. 2. de arbitrar. iudic. quæſtionib. centur. 2. caſu 130. numer. 4. & caſu 267.* 15

num.5. Rota Romana, deciſ.61. num.1. in ſecund. part. in nouiſſimis, Carol. Molin. ad conſuetud. Pariſienſ. tit.1. §.30. nu.138. Laurent. Kirchou. in theſaur. commun. opin. in verb. exheredari liberi poſſunt, Petrus Surdus in tractat. de aliment. quæſt.64. numer.20. Ludolph. Schrad. in ſuo tractat. feudal. part.9. cap.9. num.20. Lup. in rubric. de donation. §.16. numero 10. Henricus a Roſenthal. in ſua ſynopſ. feudal. cap.10. concluſio.14. nu.4. Riminald. in §.1. Inſtit. de donat. num.538. Cuiac. Nouell.18. de trient. & ſemiſſ. verſ. quo exemplo comprobari poteſt.

Hæc ſententia ex ſequentibus argumentis confirmari poſſe videtur. Principio auctoritate *l. non debet 21. ff. de regul. iuris*, quod non debet ei, cui quod plus eſt, licet, quod minus eſt, non licere, *l. nec in ea 22. §.3. ff. ad legem Iuliam de adult. l. videamus 5. §.1. ff. de in litem iurand. l. in ſuis, circa finem, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtituend. l.1. C. ne fideiuſſ. dot. dent. l. qui poteſt 26. & l. cuius eſt 163. ff. de regul. iuris.* Si igitur pater hoc auctoritatis habet, vt filium ex ea cauſſa exheredare poſſit, quod arenarius ſit factus, & conſequenter infamia laboret, iuſtiori ex cauſſa hanc facultatem habebit, ſi ex publico iudicio infamis ſit redditus, *leg. infamem, ff. de public. iudic.* vel vt doctores exemplum proponunt, ſi proditor patriæ factus ſit.

Secundo, quod regulariter videamus definiri, quod etiam in his diſpoſitionibus, quę iure ſpeciali conceſſa ſunt, illi caſus excluſi non videantur, qui eadem ratione ſubnixi ſint, *cap. cum dilecta, de confirmand. vtil. vel inutili.*

Tertio, quod etiam dictiones taxatiuæ, ita reliquos caſus ſubmoueant, vt qui ſimiles ſint, aut eandem rationem habeant, plane includant, Clement. *exiui de paradiſo, §. deinde, verſicul. cum autem, l. contractus, ff. de regul. iur.* dum ait, quod actio depoſiti dolum malum duntaxat recipiat, conſtat enim ex *l.1. §. fin. ff. depoſit. & ſequent. item l. quod Nerua 32. eodem titul.* etiam latam culdam ab eo præſtari, quod lata culpa dolo comparetur, de qua re etiam alius textus eſt *in l.1. §.1. ff. ſi menſor falſ. mod. dix. Nicol. Euerhard. in loco a natura diction. taxatiuarum, numero 4.*

Quarto, quod de hac re videatur eſſe textus expreſſus in *§. porro, verſic. ſed quia natura, quæ fuit prima cauſſa benefic. amitt. de feud.* vbi conſtituitur, quod quamuis certæ cauſſæ definitæ ſint, ex quibus quis feudo mulctetur, quod tamen nihil prohibeat, quo minus iudex ad ſimiles caſus procedere poſſit.

Quinto, quod edoceamur ex *l. his ſolis, infr. de reuocand. donatio.* quod quamuis lege cautum fuiſſet, quod mater haberet ius reuocandæ donationis, ex cauſſa ingratitudinis, excepta illa, quæ ad ſecundas nuptias conuolaſſet, nulla vero mentio de his facta eſſet, quæ impudicis cõplexibus teneretur: tamẽ textus ſtatuat, tacite de illis cautum videri, quod eadem vel maior ratio in his mulieribus vrgeret: captas enim illecebris amaſiorum, ita facile traduci poſſe ad huiuſmodi conſilia, quemadmodũ ſi maritus ſecundus id perſuadere conaretur.

Sexto, quod licet certæ cauſſæ *l. final. C. de reuoc. don.* comprehendantur, ex quibus donatio reſcindi poſſit, nihil autem cõmemoretur, quid iuris ſit, ſi donator poſtea proles ſuſceperit, quod tamen cõmuni calculo cõcludatur, definitionem *l. ſi vnquam, eod. tit.* ſublatam non eſſe, ꝙ ſcilicet ibidem æque manifeſta & vrgens ratio retractandæ donationis cõtineatur, *vt in l. fin.* de qua quæſtione ibidem copioſe Tiraq. imo quod magis eſt, legem conceptam in perſonam liberti, præcipui doctores, quos recenſet ibid. Tiraquell. *in verb. libertis, n.41.* affirmant. Intelligunt etiã de perſonis extraneis, & eandem interpretationem practica atq; vſus communis plane confirmauit, Tiraq. *in d. l. ſi vnquam, §. libertis, num.84.*

Septimo hanc concluſionem commendant omnes illæ rationes, quas in enarratione authenticæ, *quas actiones, titul. de ſacroſanct. eccleſ. c.8. nu.18. & ſeq.* ordine complexi ſumus, circa definitionem eius quæſtionis, an in legibus, quas correctorias vocant, eadem, vel vrgentior ratio admittenda ſit.

Octauo, quod magna rerum abſurditas hanc expoſitionem conſecutura ſit, ſi is, qui cum maleficis verſaretur, exheredari ex hac cauſſa poſſit: & tamen qui eo crimine ſe vere obſtrinxerit, exheredari nequeat, quamuis iam amplius cum aliis maleficis non verſetur, aut ſi is hac nota perſtringi queat, qui commercium habeat cum patris concubina, ſi ille, qui eandem, vel nouercam ſuam occidat, aut qui rem cum propria matre habeat, in ea cauſſa cenſeri non debeat.

Nono, quod cum is, qui facinus aliquod mandat, *l. non ideo minus, infr. qui accuſar. poſſ. l. non ſolum, ff. de iniur. §. ſi mandatu, l. ſed ſi vnius*

Digitized by Google

vnius 17. §. ſi iuſſu,eodem titul.c.mulieres, extr. de ſenten.excommun. opem fert, *l. vnic. infr. de raptoribus,l. ſi ſciente 7. & l. vtrum,ff. ad l. Pompei de ſicar.* ad aliquod facinus impellit, *l. prima,ad Senatuſconſultum Turpillian. §. penult. & c. ſicut dignum,extr. de homicid.* eadem pœnæ grauitate coerceatur, qua illi qui huiuſmodi flagitium deſignarũt,quamuis nominatim de his cautum non ſit:alienum iudicari debeat, ſi filii qui huiuſmodi criminis ſocietate ſe cõtaminent, euadere patris ſeueritatem eo prætextu poſſent, quod Iuſtinianus nullam de mandantibus, inſtigantibus,& opem ferentibus mentionẽ feciſſet.

Decimo,quod parum conueniens videatur, ſi pater a filio certo in loco deſtitutus, mendicare coactus fuerit,aut fame, ſiti, nuditate, horrore aut ſimili ex cauſſa, cum filius ſubuenire poſſet,pene perierit,ſi is poſtea ad ſua reuerſus, vel auctis fortunæ beneficio,facultatibus, exheredare filium ex eã cauſſa nequeat, quod a Iuſtiniano nulla mentio in deſignandis ingratitudinis cauſſis huius rei facta ſit: cum negare non poſſimus,etiam heredi extraneo tanquam indigno, ex hac conſideratione hereditatem auferri, *l. 3. ff. de his quibus vt indign.* Deinde dominum ex huiuſmodi cauſſa,ſerui ſui dominium amittere, *l. 1. §. ſcimus. infra de latin. libert. tollend.*

Vndecimo, quod ſecundum definitionem Iuriſconſulti *in l. multi 18. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. vel exhered. item l. ſi patronus 12. §. ſi quis ff. de bon. lib.* multi non notæ cauſſa filios ſuos exheredent, ſed vt illis conſulant. Vnde ſi pater filium prodigum exheredauerit,& nepotes ex eo heredes eſſe iuſſerit, eique quod ſufficeret alimentorum nomine reliquerit,addita cauſſa neceſſitateque iudicii ſui, *l. ſi furioſo 16. §. potuit, ff. de curator. furioſ.* abſurdum eſſet, ſi huiuſmodi exheredatio ex eo repudiari poſſet, quod cauſſis quatuordecim adſcripta non ſit, *Bar. in l. cum ex filio, ff. de vulg. & pupill ſubſtit. gloſſ. in l. ſancimus, §. repletionem, & §. ſequent. Cod. de inoffic. teſtament. Cuiacius in dict. leg. multi 18 ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. & ibid. Iaſon. num. 8.* poſt Angel Imol. Alexand. & alios ab eodem allegatos,aſſerens hanc ſententiam communem eſſe, gloſſæ atque Bartoli, qui aliter eodem loco ſentire viſi ſint,inconſtantiam redarguens, Franciſcus Duarenus *in explicatione eiuſdem titul. capit. tertio, verſ. ſeptimo, vulgo dicitur, Rodericus Soares in repetition. l. quoniam, in prioribus, ſupra de inoffic. teſtament. limitat. prima, numero quarto.*

Duodecimo, quod Iuſtinianus interrogatus,an mandantes, opem ferentes, inſtigantes ad illa facta, quorum mentionem fecit, item grandiora cõmittentes, vellet ad ſeueritatem ſuæ legis pertinere, veriſimiliter reſponſurus fuiſſe videatur, ſe velle, vnde ſuccedit definitio, *l. tale 40. §. final. ff. de pactis.*

Pro dirimenda itaque contentione, qua noſtros † interpretes tantopere conflictari 16
videmus,putarim ita rem moderandam eſſe, vt ſiquidem non notæ cauſſa, ſed † con- 17
ſulendi animo exheredatio facta eſſet,illam valere dicamus, *dict. l. multi non notæ 18. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. & dict. l. ſi furioſo 16. §. potuit, ff. de curat. furioſ. item dict. l. 12. §. ſi quis non mala mente, ff. de bon. libert.* quo referri etiam poſſunt, *l. ſi mater 33. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. l. Seius Saturninus 46. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. l. 3. §. cum Pollidius, ff. de vſur. l. filius matrem 25. ſupr. de inoffic teſtamen.* adeo vt propterea nõ vitietur, quod inter quatuordecim cauſſas non recenſeatur, cum illæ accipiendæ ſint, de cauſſis ex quibus propter culpam commiſſam filius exheredari poſſit: quę inſpectio ab hac conſideratione ſeparata eſt. Neq; enim dicendum eſt, Iuſtinianum illa abrogaſſe, de quibus veriſimiliter non cogitauerit, *l. qui cum tutoribus, §. fin. ff. de tranſaction.* Accedit generalis regula, quod nominatim mutatum non ſit, id ſtare non prohiberi, *l. ſancimus, ſupra de teſtamen. & l. præcipimus, §. final. ff. de teſtamen.*

Quod ſi vero exheredatio notãdi & coercendi filii conſilio, vt regulariter ſolet, ſuſcepta ſit, & tractetur de filiis, qui propria manu huiuſmodi facta aut flagitia, de quibus in quatuordecim illis cauſſis, non conceperint, tamen ſe eiuſdem ſceleris † ſocie- 18
tate, mandando, conducendo, inſtigando, opem ferendo, obſtrinxerint, non animaduerto, cur ex huiuſmodi cauſſis exheredari nequeant, præſertim cum hic non tractetur de alia cauſſa, ſed plane eadem, & ad facinus committendũ nihil interſit, vtrũ quis manu ſua illud deſignet, an vero cauſſam eius perpetrandi præbeat, *l. nihil intereſt, ff. ad leg. Cornel. de ſicar.* ſiue mandando, *c. mulieres, de ſenten. excommun.* ſiue conducendo, *cap. pro humani, de homicid. in ſexto.* ſiue inſtigando, *l. 1. §. incidit, ff. ad Senatuſconſultum Turpillian.* ſiue opem ferendo, *l. item Mela 11. §. ſi alius,*

Digitized by Google

ff.ad l,Aquil.l.ſi ſciente,ff.ad leg.Pomp.de parricid. huiuſmodi flagitia contracta ſint. Neq; nobis committendum eſt, vt viam fraudib. aperiamus, quibus mens & voluntas legis circumueniatur, *l.non dubium eſt,ſupr. de leg. l. contra legem, ff.eodem tit. l.ſcire, §.1.ff.de tutoribus dat.ab his, c.quanto extr.de priuileg. cap. quanquam, de vſur. in 6.*

Porro, ſi de aliis criminibus tractetur, ve-
19 luti in caſu a doctoribus propoſito, ſi † crimen læſæ maieſtatis cõtraxerit, vel patriam ſuam prodiderit, an parens ex huiuſmodi cauſſis illum exheredare poſſit, ſubſiſto. Primo, quod hæc cauſſa non pertineat ad patris iniuriam. Secundo, quod vindicta publica ſufficere videatur, *l. Titia 134.ff de verb. oblig. l. omnes, infr. de pœn.* Tertio, quod ſuperuacuum eſſe videatur de exheredatione diſſerere, cum tam nefarii homines pœnæ ſuæ idque mature debeantur, *l. cum reis 18. infr. de pœn.* & viuentis patris nulla ſit hereditas, *l.nec nos præteriit, infr. de capt. & poſtlim. reuerſ.* ſed tamen, quia euenire poteſt, vt pœnam euadat, quod quamuis Principes proditores amare non ſoleant, ſed ipſas proditiones, tamen plerunque eoſdem incolumes præſtent: Item quod non prohibeat vtrumque patrem & filium in alio loco morari, vbi pater multas facultates habeat, de quarum ſucceſſione tractetur, hic ſane non
20 video, quare a communi † ſententia recedendum ſit, cũ hæc cauſſa ad ſugillationem paterni nominis, & totius familiæ pertineat, *arg l.1.& 2.ff.de liber.cauſ.item l. lex Cornelia, ff. de iniur.* cum nedum nobis, ſed & patriæ nati ſimus, *l.vt patri, ff. de iuſtit. & iur.* & propterea pater ex tali facto atrociter lædi videatur. Si enim arenarius ex cauſſa infamiæ *l.in arenam, C.de inoffic. teſtam. item d. Nouell. 115.§. aliud autem capitolum*, exheredari poteſt, quid cauſſæ erit, quod hunc exheredari poſſe negemus, cuius infamia omne dedecus ſuperare videtur. Idem igitur in aliis criminibus, quæ ad ignominiam totius familiæ pertinere poſſunt, dicendum videtur. Nec mouere puto, ꝙ Iuſtinianus nullam de his mentionem fecerit, cum enim ratio ſit tacita lex, *l.cum ratio, ff.de bon.damnat.* eaque ſemper loquatur, vt oſtendimus *in authent. quas actiones, c.8.de ſacroſanct.eccleſ.numer. 18.* propterea ſpeciali prouiſione opus non fuerit: Accedit quod eo tempore, quo Iuſtinianus rerum potiebatur, illa incommoda, de quibus mentionem feci, vt facinoroſi homines, improbitati debitam vindictam euaderent, non facile locum inuenire potuerint, quod diuerſa regna & ditiones, quo confugere poſſent, non eſſent, ſed maior pars Chriſtiani nominis ipſius imperio teneretur, & de eo, qui ad hoſtes transfugit, laborandum non ſit, *l. transfugam 51. §. 1.ff. de acquir.rer.domin.l. qui deficiunt, ff. de cap.diminut.*

Secundum hanc definitionem, † quod 21
cauſſæ ſimiles & grauiores admittendæ ſint, infero, no ſolum filium exheredari poſſe, ſi patri, ſed etiam ſi matri, aut auo, aut auiæ, impias manus intuliſſet, cum parentib. par pietas debeatur, licet poteſtas inæqualis ſit, *l.1.in princ. & §. 1. 2. 3 & tot. tit. ff.de obſeq. parentib.præſtand.l.furioſa, ff.de cura furioſ.* Quo etiam pertinet præceptum decalogi, *honora patrem tuum, & matrẽ tuam*, item Exod. c.21. *qui percuſſerit patrem ſuum aut matrem ſuam, morte moriatur.* Sed quæſtionis eſt: an propterea exheredari poſſit, quod nouercæ manus intulerit, quod ſane exiſtimat Did. Couar *in cap. Raynut. nu.14.* Sed animaduertendum eſt, hoc patri ex eo capite concedendum non eſſe, quod ſe verberantem filium exheredare poſſit, & conſequenter idem admittendum eſſe in perſona nouercæ videatur, ſed quod graui & indecenti iniuria affici intelligatur, ex quo contumelia vxori illata, in illum redundet, *l.1.§.fin. & penult.ff.de iniuriis.*

Secundo infertur, quod † non ſolum is 22
qui patrem, ſed etiam qui matrẽ veneficam aut maleficam appellat, exheredatione dignus ſit, *l. 1.§.fin.ff. de obſeq. parentib. præſtan.* cum iniuriæ grauitatem, de qua in ſecunda cauſſa, etiam ex verborum inſigni contumelia, vel delicti obiecti atrocitate metiamur.

Tertio, ex eodẽ fonte deducimus, quod non ſolum is filius exheredari poſſit, qui patrem criminaliter accuſauerint, quãuis verum ſit, patrem huiuſmodi facinus commiſiſſe, *dict. Nouell.115.in verb. ſi eos in criminalibus cauſſis accuſauerit, quæ nõ ſunt aduerſus Principem, ſiue Rempublicam*, ſed † etiamſi aduo- 23
catum ſe accuſatori præbuerit, aut ſponte teſtimonium in eum dixerit *arg. l. qui cum maior 14.§.ſi nõ accuſauerit, item l.poſt legatum 5 ff.de his quib.vt indign.§.ſunt qui putant*, vt idem etiam traditur in fideiuſſore in verb. ſequenti: *Sunt qui putant, & recte, & ei denegandam actionem, qui accuſatori adfuit, vel qui fideiuſſor pro eo exſtiterit, Rip.in leg.fin. infra de reuocand.donat.quæſt 9.Didac.Couar. in c. Raynutius*

Digitized by Google

nutius de teſtam. num. 15. Quod autem cauſſa
24 Principis & Reipub. excipiatur, † abſurdum
videri nõ debet, quamuis enim parenti pietatis officia debeamus; tñ non minus, imo iuſtiori ex cauſſa patriæ obligati ſumus, cuius ſalute noſtra incolumitas & fortunæ cõtineãtur, *l. poſtliminium, §. filius, ff. de poſtlim. reuerſ. l. minime, ff. de relig. & ſumt. fun. l. 1. §. & generaliter, ff. de vent. in poſſeſſ. mitten.* in verb.
25 ſeq. *Qui etſi † non tantum parenti, cuius eſſe dicitur, verum etiam reipub. naſcitur. Panormit. in c. peruenit. extr. de immun. eccleſ. Dec. in c. quæ in eccleſiarum, de conſtit. nu. 14. Did. Couar. in d. c. Raynutius num. 13. Aul. Gellius noct. Attic. lib. 2. cap. 7. Alberic. in l. veluti. ff. de iuſtit. & iur. nu. 17. & ſeq.* Quo pertinent etiam verba Tullii Ciceronis in lib. de offic. *Omnium ſocietatum nulla eſt gratior, nulla carior, quã ea, quæ cum republica eſt vnicuiq; noſtrum. Cari ſunt parentes, liberi, propinqui, familiares, ſed omnes omniũ caritates patria vna cõplexa eſt, pro qua quis non dubitat mortem oppetere ſi patriæ ſit profuturus.*

Liceret nobis circa ſingulas quatuordecim cauſſas ſimilia exempla proponere, in quib. veriſimiliter de caſu ad caſum ꝓgredi & argumentari poſſemus, ſed eadẽ miſſa facimus, quod ſint in procliui. Exiſtimauimus tñ operæ pretium eſſe, vt de 11. cauſſa nonnihil diſſereremus: ſtatuitur enim, ꝙ filia exheredari poſſit, ſi cum parens ei maritum dare vellet, & dotem ſecundũ vires ſubſtantiæ ſuæ, illa non conſenſerit, ſed turpẽ vitam elegerit. Si vero vſque ad 25. annorum ætatem peruenerit filia, & parentes diſtulerint eam marito copulare, & forſitan ex hoc cõtigerit, in ſuum corpus eam peccare, aut ſine conſenſu parentum, marito ſe libero tñ, coniungere, hoc ad ingratitudinem illi non debere imputari. Quærendum itaque videtur, *an ſi filia † intra hanc ætatem matrimonium*
26 *inuito patre cõtraxerit, exheredari poſſit.* Dubitandi cauſſam præbet, quod eadem conſtitutio non videatur loqui niſi de filia, quę extra legem matrimonii peccarit, & turpem, vel vt vulgaris translatio habet, luxurioſam vitam degere cœperit. Deinde quod coniugium ſine voluntate parentis a filia contractum, nullius videatur eſſe momenti, ſiue filiæ ſint in poteſtate, quo caſu non poteſt eſſe dubium, *l. nuptiæ, ff. de rit. nupt. l. 1. & l. nec filium, l. ſi vt proponis, ſupr. de nupt.* ſed etiam, ſi in eius poteſtate non verſentur, *l. viduæ, & l. in coniunctione, C. eo. tit.* His tamen dubitandi cauſſis nihil prohibentibus, Cuiac. *in Nouell. 18, Caſtr. in l. ſi filiam, ſupr. de inoff. teſta. nu. 2. Iaſ. in authen. ſed ſi poſt, eod. tit. nu. 1. & 2. Salyc. in l. qui liberos ff. de rit. nupt. al. as incipit, capit. 35. Decius in l. nuptias. ff. de reg. iur.* ꝓnuntiãt, illam poſſe exheredari. Decidẽdi cauſſa depromitur ex ſubiecta † exceptione ne- 27
dum filiam ſtupri compertam poſt annum 25. ætatis ſuæ non poſſe exheredari, ſed libero marito ſe poſt eam ætatẽ coniungentem, adeo vt etiam hæc conſideratio vltimam enuntiationem confirmet. Dum n. Iuſtinianus in comprehendenda vndecima cauſſa duntaxat mentionem facit filiæ obſcœnam vitam eligẽtis, non tñ propterea videtur ius exheredationis parenti adimere, ſi filia ſeruilis matrimonii complexib. ſe polluerit, cõtra *l. vnic. de mulierib. quæ prop. ſeruis ſe iunx.* aut ſi ꝓpria auctoritate ante ætatẽ deſignatã cum libero homine nuptias contraxerit, ꝙ illud plane videatur cõtra verecundiã huic ſexui cõuenientem, *c. honorãtur 32. q. 2. facit l. 1. inf. ad l. Iul. de adult.* Vnde colligimus maiorem honeſtatem requiri in fœmina q̃ in maſculo. Porro cũ matrimonia nõ facile ꝓhibenda ſint, ꝙ interſit reipub. vt eadem liberam facultatem habeant, *l. 1. ff. ſol. matr. l. Titia 134. ff. de verb. obl. c. Gemma, de ſponſal.* & difficile ſit naturæ ſtimulos ſemper cohibere, videtur Iuſtin. etiã cum p̄iudicio patriæ poteſtatis, hoc indulſiſſe, vt poſt 25. † ætatis 28
annũ in magna patris negligentia, aſpirare ad nuptias poſſit, vt & ratæ ſint, & filiã pater ex hac cã exheredare nequeat. Si n. ea, q̃ libidini alienæ poſt eã ætatem obſequitur, ad hanc ſeueritatẽ non pertinet, multo minus illud in ea locũ habebit, q̃ honeſta connubii lege ſe obſtrinxerit, *arg. l. his ſolis, inf. de reuoc. don.* Sed quæſtionis eſt, *an cũ † ſecundũ iuris* 29
canonici definitionẽ filia inuito patre nubere non prohibeatur, c. cũ ad ſedẽ, de ſponſalibus. c. cum cã 6. de raptorib. c. ſufficiat 27. q. 1. idq; ex decreto concil. Trident. *ſeſſio 24. c. 1.* nunc tp̄is extra controuerſiã ſit, an filia ante 25. ann. intempeſtiuas nuptias, reluctante patre affectans, ex huiuſmodi cã adhuc exheredari poſſit? Qua in † diſceptatione quamuis Paulus de 30
Caſtr. *l. ſi filiam 19. num. 2. ſupr. de inoff. teſtam. Bald. Nouel in tract. de dote. par. 6. priuil. 16. n. 6.* conſtituant patrem hoc iuris nihilominus habere, & ab hac ſententia non ſit alienus Fulgoſ. *vt refert ipſe Caſtr.* tñ illorum † ſen- 31
tentia ab aliis refellitur, a Panormit. *in c. 1. de ſponſalib. impub. n. 5.* poſt Hoſtienſem a ſe relatum, Felin. *in c. eccleſia ſanct. Mariæ, n. 59 Deci. n. 39. extr. de conſtit. Iaſon auth. ſed ſi poſt, nu. 5. ſupr. de inoffic. teſtamen. Philip. Decio, in l. nu-*

ptias 30.ff.de reg.iur.num.10.Did. Couar. in ſua epitom.lib.4.decretal.par.2.§.8.n.5. vbi plures idem ſentiente refert. Mouentur his potiſſimum argumentis. Primo, quod ſublato principali,id eſt, conſenſus paterni neceſſitate,acceſſoriũ,id eſt pœna exheredationis, quoque ſublatum videatur,*c.non debet,de cõſang.& affinit.c.de gradibus 35.q.5.* Secundo, quod ea quę iure permittente fiũt, pœnam non mereantur,*l.Gracchus,infr. ad l.Iul.de adult.* Tertio,quod indirecte prohiberi non debeat,quod directe non conceditur,*capit. quanto,de priuil.& exceſſ.prælat. l. non dubium eſt,ſupr.de legibus.*

Non eſt mihi in præſentia propoſitum in hanc vel illam traditionẽ inquirere, exiſti-
32 marim tamen † Caſtrenſis ſententiam eo
caſu defendi poſſe,quo filia turpi & indigno nupſiſſet,*arg. l. ſi filiam 19. ſupr. de inoff. teſta.* vbi mater filiam,quod turpiter & cum flagitioſa fœditate viuat, a ſua ſucceſſione repellere poteſt,item *l.3.§.ſi emancipatus,ff. de bonor.poſſ.contr. tab.* vbi idem etiam permittitur in filio emancipato. Tertio arg. *l. humilem,C.de inceſt. nupt.* Quarto,quod etiam ius canonicum exſecretur factum illorum, qui inuitis parentibus ad huiuſmodi nuptias animum adiiciant,*c. honorantur 32.q.2. ca. aliter,& c.noſtrates 30.q.5. item c.1.ſeſſion.24.concil.Tridentini.* Quinto, quod tã filius quam filia, ignominioſis nuptiis ſe cõtaminando, patrem graui & indecẽti iniuria afficere videantur, quæ inter cauſſas ingratitudinis recenſentur, quodq; arenarius ob infamiam ſuam etiã hac nota percelli poſſit, & huiuſmodi nuptiæ æque magnam turpitudinem conciliare videantur,*d.l.humilem, item dict. l.3.§.ſi emancipatus,ff.de bonor.poſſeſſ.cõtr. tab.* quod ipſum defendunt *gloſſ.in authent.ſed ſi poſt.C.de inoff.teſtam.& ibid.Caſt. num. 2.gloſſ. in c. de raptoribus 36.q. 1.Archidiac. & Ant. de Butr.item Bart. relati a Iaſone,ibid. nu. 5. Rodoric. Soares.in l.2.fori de matrimon.Pariſ. conſ. 29.vol.3.num.34.poſt Claudium Baldum, Philip.Franc.Baldum,Nouellum,Salyc.& Fulgoſ.in hanc ſententiam laudatos.* Nec obſtare putamus illa argumenta, quæ fulciendæ contrariæ ſententiæ gratia adducta ſunt. Etenim *c. non debet de conſang.* potius confirmat noſtram opinionẽ: Si enim huiuſmodi acceſſorium plane ſublatum fuiſſet, quid opus erat eius capitis prouiſione. Etenim exſtant notiſſima nedum iuris noſtri, *vt l. 1. §. fin.ff. de his.quibus vt indign.* ſed etiam iuris canonici,*vt c.ſicut 22. & c.ſi inter 31.de ſponſalibus,*
vbi ſponſalia de præſenti contracta rata † eſ- 33
ſe pronũtiantur, quamuis iuramentum interceſſiſſet de aliis nuptiis cõtrahendis, imponitur tamen eis pœna ratione violatæ fidei. Deinde, quamuis neceſſitas conſenſus paterni, auctoritate iuris canonici, remiſſa ſit,tamen honeſtas ſublata nõ fuit, imo potius præſcripta, *d.c.honorantur, d.conſil. Trident.ſeſſion. 24.cap.1.* Cuius reſponſionis põdere & impetu proſterni poterunt ſecundo loco acceſſita ſubſidia, negamus enim vllũ iuris ciuilis aut canonici caput proferri poſſe,quo id permiſſum ſit:aliud enim eſt coniuere ad illud,quod factum,ratione matrimonii contracti reſcindi non poteſt, aliud vero ſimpliciter permittere.

Quibus cognitis non magni negotii fuerit contraria argumenta principalis noſtræ enuntiationis ordine diluiſſe. Nam quod ad primum & ſecundum attinet,illa ex ea conſideratione ceſſabunt,quod non intelligan-
tur † eſſe aliæ cauſſæ, quas par ratio & æqui- 34
tas admittit,& ſeparari non patitur,cum, *vt ante dictum eſt*, ratio ipſa legem cõmendet, *c. conſuetudo,diſt. 1.* & eandem etiam augeat & reſtringat ſine diſtinctione, vtrum leges ſint correctoriæ,an vero limitatoriæ, vt noſtri interpretes eaſdem vocant, quorum in numero Iaſon *d. Nouell. 115. §. aliud.* verſari conſtituit,vt apparet ex *l.his ſolis,infra. de reuoc.donat,& c.cum dilecta,de confirmat.vtil.& inutil.& ex his,quæ perſecuti ſumus, in authent. quas actiones,ſupr. de ſacroſanct. eccleſ.c. 8.n.18. & ſeq.*vnde etiam dictio vniuerſalis non intelligitur excludere illos caſus, qui vi rationis includuntur, *dict. cl. exiui. de paradiſo, §. deinde.*

Eadem conſideratio,etiam telum tertio
loco excuſſum,retũdet, quamuis enim † ex- 35
ceptio regulam confirmet, tamen caſus eadem ratione ſubnixos non excludit, vt conſtat ex *l. 1.ff. de eo, cui mand. eſt iuriſdict.* facta comparatione,cum *l. ſi longius,ff. de iudiciis, item l.contractus 23.* ſi cõiungatur cum *l. quod Nerua,ff.depoſit.& d.cl.exiui de paradiſo, §.deinde,item c. qui ad agendum,de procurator.in 6. & cl.non poteſt,eod.*

Quamuis Iuſtinianus cauſſas † toto iure 36
diſperſas in vnum coegerit,& alias opponi vetuerit, non tamen meo iudicio intelligi poteſt de noſtris pandectis aut Codice, ſed etiam de veteris iuris reſponſis,quæ cum in ipſos Digeſtorum & Codicis libros non omnia fuerint collata,præbuit illam difficultatem,de qua Iuſtinianus mentionem facit,

adeo

adeo vt iudici quodammodo arbitrariũ eſ-
ſet,ex quib. cauſſis querelã admitteret, aut
contra repudiaret,*arg.l.3.4.5.ff.de inoff.teſta.*
item l.liberi,ſupr.de inoff.teſtam. officii itaque
ſui eſſe exiſtimauit, vt hanc iniquitatem ſua
conſtitutione vindicaret, & certis cãis atq;
illis cohęrentibus rationibus promiſcuã ex-
heredandi facultatem circumſcriberet.

Quæ quinto & ſexto de forma & obſer-
uatione cõmemorantur nos in p̃ſentia op-
pugnare non volumus, ſed negamus in ad-
ſcriptione 14. cauſſarum, ita vt prima fron-
te conceptæ videntur, formam conſiſtere:
37 Cum 14.cauſſæ, † non ex verbis, ſed ex ra-
tione metiendæ ſint,quod demonſtrãt duæ
illæ conſiderationes, quas in eadem conſti-
tutione Iuſtinianus in conſilium adhibuit,
quæ in ipſa ſectione, *ſi autẽ hæc obſeruata non*
fuerint,deprehẽdere licet,ne liberi falſis ac-
cuſationibus condemnentur, vel aliquam
circumſcriptionem in parentum ſubſtãtiis
patiantur,& rurſum *in §.hæc autem,ead. conſt.*
dum ait, *hæc autem diſpoſuimus, vt parentes &*
filios a teſtatorum iniuria liberos reddamus.

Concedimus odia, vt ſeptimo ingeritur,
interpretatione non eſſe prouehenda. Por-
ro hæc conſideratio non prohibet, quomi-
38 nus pœnalis † conſtitutio ad eas diſpoſitio-
nes referatur, quæ plane eandem rationem
habent, *l.non ſolum,§ ſi mandatu .ff. de iniu-*
riis,l. ſi ſciente 7.ff.ad leg. Pompe. de parricid.l.ſi
quis id.ff.de iuriſd.omn.iud.§ fin. cum ſimilibus
legibus ſupra commemoratis.
39 Quamuis leges † correctoriæ non ſoleãt
latiorem intterpretationẽ accipere, tñ non
reſpuunt illam expoſitionem quam eadem
ratio, natura ſui cõcedit, *vt oſtendimus in au-*
then.quas actiones ſupr.de ſacroſ.eccleſ.c 8.nu.18.
& ſeq. Sed ſane non animaduertimus, quo-
modo hæ leges aut correctoriæ, aut limita-
toriæ appellari poſſint, cum nulla certa iuris
definitio abrogetur, ſed illud q᷑ antea vi-
detur fuiſſe arbitrariũ, certa ratione expli-
cetur, *arg.l 3.4.& 5.ff de inoff.teſtam.* Deinde
ſi cõnſtituamus, illis hanc facultatem liberi
arbitrii tollere & antiquare, abſurdũ tamen
cenſeri debet, ſi 14. cauſſarũ conuenientem
propagationem, in ea cauſſa cõſtituere ve-
limus, cum hoc modo ius antiquum non læ-
datur, ſed potius reuehatur, aut in ſuis caſib.
ſtabiliatur, quæ interpretatio † fauorabilis
40 eſſe ſolet, *l. ſi vnus.§.pactus.ff.de pactis.*

Hæc conſideratio quoque nobis præſta-
bit ab vltima impreſſione, circa cuius inſpe-
ctionẽ tñ obſeruãdum eſt, conſtitutionem
115.in cuius enarratione verſamur, inanem
dici non poſſe, cum eo conſilio † promul- 41
gata non ſit, vt cauſſam exheredationis ad-
iuuet, ſed vt effuſam eius licentiã, in his cauſ-
ſis, quæ illam culpæ grauitatem non conti-
neant, vt dignæ huiuſmodi nota videantur,
cohibeat.

Auth.Ex cauſſa.

Svmmaria.

1 *Magna controuerſia inter noſtros interpretes, quomodo intelligenda ſint verba authentica, ex cauſſa exheredationis vel præteritionis irritum eſſe teſtamentum, quantum ad inſtitutiones.*
2 *Sententia Azonis Odofredi Fulgoſii exiſtimantium verbũ præteritionis de contextu tollendum, vel de præteritione materna exaudiendum.*
3 *Argumenta quibus hæc opinio cõfirmari videatur.*
4 *Defenſores contrariæ ſententiæ cum vndecim huius opinionis fundamentis.*
5 *Conſideratio auctoris.*
6 *Clauſula in fine poſita ad præcedentia non refertur, ſi inde legum aliqua antiquatio naſceretur.*
7 *Non facile a proprietate verborum diſcedendum, eſſe, niſi euidens cauſſa interueniat.*
8 *An filius a matre præteritus legata & fideicommiſſa præſtare cogatur.*
9 *Diſtinctio Bartoli inter ſcientem & ignorantem.*
10 *An præſens authentica etiam de poſthumo intelligenda ſit cum auctoribus & argumentis ſententia affirmatiuæ.*
11 *Propugnatores contrariæ ſententiæ cũ fundamentis.*
12 *Conciliatio Bartoli & multorum interpretum inter patrem qui ſciat vxorem prægnantem eſſe, & qui illud ignoret, cum duodecim argumentis.*
13 *Contraria ſententia Baldi & ipſi ſubſcribentium, cum legum & rationem ſubſidiis.*
14 *Sententia auctoris circa præcedentem controuerſiam.*
15 *Intellectus l. cum mater, ff. de inoff. teſtam.*
16 *An ſecundum iura hodierna, ſi filios mater per ignorantiam præterierit, legata & fideicommiſſa præſtanda ſint.*
17 *Quid obtineat, ſi legata ſint modica.*
18 *Declarata l. ſi.ff.de hered inſtit.*
19 *Enucleatio l.ab inteſtato.ff. de iure codicll.*
20 *Ex particularibus nihil recte infertur.*
21 *Pater in dubio non videtur filium nimis multis legatis onerare voluiſſe.*
22 *Verba ambigua ita potius accipienda eſſe, vt vitetur legum correctio.*
23 *An clauſula codicillaris teſtamento adiecta repetitionem ab inteſtato contineat, etiã in perſona poſthumi. ardua quæſtio.*
24 *Confirmata ſententia negatiua.*
25 *Explicatio l.gneeraliter,§ ex teſt.ff de fideicõ.liber.*
26 *An præſens authentica de filiis emancipatis intelligi debeat, in vtramque partem diſputatum cum argumentis negatiuæ ſententiæ.*
27 *Defenſores & argumenta contrariæ opinionis.*
28 *Confutata argumenta negatiuæ ſententiæ.*
29 *Quare diui principes inofficioſi querelã induxerint.*

Digitized by Google

30 *Quamuis filii in ipſa emancipatione plerumque partem ſuam conſequantur, tamen quæ hoc modo cõſecuti ſunt, conferre coguntur.*

31 *Titulum de legatis præſtandis, item de bonorum poſſeſſione contra tabulas adhuc ſaluum eſſe, & quomodo illud intelligendum.*

32 *Suus ſi a patre prætereatur teſtamentum nullum dicit, neque vlla legata præſtet, emancipatus autem petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas & legata duntaxat certis perſonis præſtare debet.*

33 *Quid iuris ſit, ſi pater filium emancipatum ignorans præterierit.*

34 *An præſens authentica procedat in perſona militis, cum auctoribus & argumentis aientis ſententiæ.*

35 *Diuerſæ ſententiæ propugnatores, cum ſuis fundamentis.*

36 *Diſtinctio auctoris intereſſe vtrum miles in expeditione teſtamentum ſuum conficiat, an vero domi ſuæ agens.*

37 *Quid obtineat in querela inofficioſi teſtamenti.*

38 *Verba generalia interpretationem a ſpeciali definitione recipere.*

39 *Intellectus §. & hæc quidem, Nouell. 115.*

40 *Ibi ſpeciali derogatione opus eſt, vbi verba generalia non ſufficiunt.*

41 *Intellectus horum verborum*, cetera namque firma permanent.

42 *An fideicommiſſa vniuerſalia, etiam ſub huiuſmodi verbis comprehendantur.*

43 *An in caſu noſtræ authenticæ ſubſtitutiones quoque vitientur, diuerſæ doctorum ſententiæ cum argumentis.*

44 *Traditio Caſtrẽſis, intereſſe an filius præteritus ſubſtitutus ſit, an vero extraneus.*

45 *Conſideratio auctoris.*

46 *An ſi filio exheredato quædã legata adſcripta ſint, hæc conſequatur.*

MAgna inter doctores noſtros † cõcer-
1 tatio eſt, quem intellectũm verba noſtræ authenticæ: *ex cauſſa exheredationis vel præteritionis irritum eſſe teſtamentum quantum ad inſtitutiones, cetera autem firma permanere*, recipiant. Etenim gloſſa *in d. Nouel. 115 §. aliud aũt capitulũ*, in dictione *præterire*, † Azo
2 *in explicat. h. t. Dyn. in magna additon. ad legem Gallus*, Iac. de Butr. relati hic a Bar. *n. 2. Odofr. in verb. præteritionis, Fulg. n. 4. & 5. Bened. de Plumbin. l. vxorem, C de manumiſ. teſtam. Oldr. conſ. 138. incip. thema tale eſt, Durandus habens quatuor filios, n. 1. & 3 Raph. Cuma. l. filio præterito, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. nu 3. Alciat. in l. ſi filius, ff. de liber. & poſth. here. inſti. n. 15.* qui *n. 18.* in hanc ſententiã adducit Cynum, Suzarium, Beſutium, Igneum, & nonnullos alios ſupra a me deſignatos, *Cuiac. in explic. nouel. 18. verſ. his vero cauſſis enumeratis, Io. ab Imol. in l. filio præterito, ff de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt n. 13. Godofred. in ſuis gloſſis, ad l. filio præterito, in dictione præſtantur, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* auctores ſunt, verbum præteritionis de pręteritione materna accipiendum, quæ vim exheredationis habeat, non ea, quæ a patre interponatur.

Et hæc opinio non contemnẽdis † argu- 3
mentis niti videtur. Principio, quod in corpore, vnde hæc authentica ſumta eſt, §. *ſin autem hæc obſeruata non fuerint*, vbi textus de conſeruatione legatorum & fideicomiſſorum loquitur, nulla fiat mẽtio præteritionis, ſed duntaxat exheredationis in verba ſequentia. *Si autẽ hæc obſeruata non fuerint, nullum exheredatis liberis præiudiciũ generari, ſed quantum ad inſtitutionem heredum pertinet, teſtamento euacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab inteſtato ex æqua parte peruenire, ne liberi falſis accuſationibus cõdemnentur, vel aliquam circumſcriptionem in parẽtum ſubſtantiis patiantur. Si vero contigerit in quibuſdam talibus teſtamentis quædam legata vel fidei commiſſa, aut libertates, aut tutorum donationes relinqui, vel quælibet alia capitula conceſſa legib. nominari: ea omnia iubemus adimpleri, & dari illis, quibus fuerint derelicta: & tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.*

Verba, quæ propoſuimus multipliciter ab interpretib. in cauſſam deducũtur. Conſtat enim hic nullam de præteritis mentionem fieri, ſed duntaxat de exheredatis, *vt dictum eſt*. Quæ res Azoni & Ioan. ab Imola etiam fiduciam præbuit, vt Irnerium incogitantiæ arguerent, ꝙ in hac authentica indiſtincte præteritionis mentionem faceret. Neq; ad rem pertinere, quod in *d. Nouell. §. aliud autem capitulum*, quoque de præteritione diſſereretur. Obſeruari n. debere ſeparatas eſſe quæſtiones, quod eodem loco tractet de forma exheredationis & præteritionis, hic autẽ de effectu, quo caſu non videatur quidquã mutare, niſi quod nominatim in cauſſa exheredationis emendatum deprehendimus. In præteritione itaque ſaluum eſſe ius antiquum, vt etiam legata & fideicõmiſſa, corruant, *l. filio 17. ff. de liber præter.*

Præterea Alciat. conſtituit notanda eſſe verba, *teſtamento euacuato*, item rurſum ſequentia verba, *tanquam ab inteſtato*, quæ præſe ferant, illo caſu, quo Iuſtinianus loquitur de conſeruandis legatis, non eſſe teſtamentum irritum ipſo iure, vt in præteritione filii accidere videmus, *l inter cetera, ff. de liber. & poſthum. hered. inſt. Inſt. de exhered. lib. in princ.* ſed opus eſſe querela inofficioſi, de qua re tamen quid ſentiamus, non diſſimulauimus *in l. omni modo ſupr. de inoff. teſtam.*

Tertio, commendat hanc opinionem

illa

illa conſideratio, ꝙ cum matris præteritio antiquitus pro exheredatione fuerit, §. *fi. Inſt. de exher. lib. l. ſi inſtituta, §. fi. ff. de inoff. teſt.* Iuſtin. *d. Nouell. 115.* hoc corrigere voluerit, ſtatuens matri & auiæ, & aliis perſonis per maternam lineam aſcendentibus, nõ eſſe amplius ius ita filios prætereũdi, ſed eſſe neceſſe, vt eoſdem heredes inſtituant, aut inſerta teſtamẽto ingratitudinis cauſſa, illos exheredent, idq; ex eo cõfirmari poſſe, ꝙ abſurdum eſſe videatur, id noua conſtitutione complecti, ꝙ multis legib. diſerte comprehenſum fuerat, patris præteritionem admittendam non eſſe, *l. Gallus, §. in omnib. l. inter cetera, ff. de lib. & poſth. hered. inſtit. Inſtit. de exher. lib. in prin.*

Quarto, quod hanc expoſitionẽ confirment rationes a Iuſtin. põderatæ, ꝙ liberos noluerit falſis accuſationib. cõdemnari, vel aliquam circumſcriptionem in ſubſtantiis parentum pati: vnde cum hoc fauore liberorum inductum ſit, abſurdum eſſe, ſi nos contraria interpretatione illud in damnũ & detrimentum eorum retorqueamus, intelligendo de filiis præteritis, qui ex iuris definitione neq; legata neq; fideicommiſſa præſtare cogantur, *d. l. filio 17. ff. de lib. & poſth. hered. inſt. l. 3. ff. de condict. indeb.*

Quinto, ꝙ admiſſa contraria ſentẽtia illa abſurditas conſecutura ſit, vt dicamus ad ſubmouendum filium ſatis eſſe, vt cã ingratitudinis duntaxat teſtamento a patre inſeratur, quamuis eundem nõ exheredauerit, aut alia verba, quæ eandẽ vim habere videãtur, teſtamento comprehenderit, de qua rẽ tractauimus in præcedenti authentica. n.

Sexto, ꝙ per ſubauditos intellectus nunquam legum antiquatio induci debeat, ſecundum receptam doctrinam gloſſæ *in cap. cupientes, § quod ſi per 20. de elect. in 6.* futurum aũt eſſe, vt hoc inconueniens locũ habeat, ſi §. *ſi autem hæc obſeruata non fuerint,* de alia exheredatione intelligere velimus, quam vera & propria, cum ſecũdum diſpoſitionem *l. ſi prætor, ff. de iudiciis, & c. nonne, de præſumt.* quod in vno caſu ſtatuitur aut admittitur, in reliquo negari, aut iuris diſpoſitioni relinqui intelligatur.

Septimo, quod ſi Iuſtinianus hoc de paterna præteritione etiam intelligere voluiſſet, id etiam comprehenſurus fuerit, *arg. l. vnica. infr. de caduc. tollen. §. vbi autem, in fi. & c. ad audientiam, ext. de decimis.*

Octauo, quod quemadmodum clauſula in fine poſita non debet ad illa referri, quæ ſpecialem definitionem habent, ſecundum illa, quæ expoſui *l. 1. h. tit. noſtro,* ita quoque definitio de reſeruatione legatorũ, & fideicommiſſorum non debet accommodari ad cauſſam præteritionis, quæ ſuam determinationem ex eo accepit, quod cum *l. omni modo, ſupr. de inoff. teſtam.* cautum fuiſſet, ad repellendum filium ſatis eſſe, quod iure legati vel fideicommiſſi aliquid accepiſſet, & emancipatis aut deſcendentes ex linea materna præteriti, aut tam filii ſui quam emancipati & deinde alii hoc caſu exheredati, ad ſupplementum agere poſſint. Iuſtinianus ſuæ conſtitutionis incommodis, & grauioribus, quos dies fortaſſe oſtendiſſet, caſibus cognitis, mederi illis voluerit, ſtatuens non ſolum parentibus hoc caſu non eſſe ius prætereundi, ſed ne exheredandi quidẽ, quamuis nedum aliquid legatorum nomine, vel ſimili ex cauſſa reliquiſſet, ſed etiam tantum contuliſſent, quantum legitima portio efficeret, *d. §. aliud autẽ capitulum,* niſi titulo inſtitutionis eoſdem proſecuti eſſent, §. *ceterum, d. Nouel. 115.* illa cõſideratione adhibita, quod titulus inſtitutionis honoratior eſſet, *l. Iulianus, ff. ſi quis omiſſa cauſſa teſtament. l. 5. §. ſed ſi portio, ff. de legatis præſtand. & ibid. gloſſa atque doctores,* adeo vt propriẽ filio deberi videatur, *l. inter ceterá, ff. de lib. & poſth. hered. inſtit. l. maximum vitium, hoc tit.*

Contrariæ ſententiæ † auctores ſunt glo. 4 patum ſibi conſtans, *in l. filio 17. ff. de iniuſto rupt. & irrit. fact. teſtamen. in diction. fratribus, item gloſſ. in leg. vxorem, ff. de manumiſſ teſtamen. gloſſ. in l. 1. infra, de codicill. Bartol. hic numer. 3. Bald. num. 9. Ang. num. 3. verſ. modo ex prædictis, Cyn. num. 7. Alberic. num. 23. Caſtr. num. 3. & ſeq. Salyc. num. 5. Philip. Corn. nu. 13. Alex. nu. 15. Iaſon. nu. 1. Donell. num. 8. Franc. Duaren. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt. cap. 2. verſ. ego ſcio multa inducta fuiſſe. Weſenb. in paratit. de inoff. teſtam. nu. 7. Iul. Clar. libr. 3. ſenten. §. teſtamentum, q. 52. num. 2. Iohan. Cephal. conſ 585. num. 39. lib. 4 Villalob. in theſaur. com. opin. in verb. teſtamentum, num. 45. Andr. Fachineus lib. 6. c. 77. Michael Graſſ. in diction. legatum, q. 67. n. 2.* vbi plures recenſet. Et hanc opinionem communem eſſe teſtantur Alex. Iaſon. Villalob. & alii in locis allegatis. Nec deſunt fundamenta, quibus hæc ſententia innitatur.

Principio enim Duaren. *in explicat. tit. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. c. 2.* auctor eſt, interpretes noſtros ex eo in errorẽ impulſos, quod ignari Græcæ linguę, vitioſæ tranſ-

Digitized by Google

lationi crediderint, hæc enim verba, *nullum exheredatis liberis præiudicium generari*, Græci aliter concepta eſſe, & propterea ſic vertenda fuiſſe, vt loco dictionis *exheredatis*, ſubſtituerentur hæc verba, *non ſcriptis*, nos autem, vtrum hæc animaduerſio Duareni procedat, an minus, poſtea exſequemur.

Secundo pro defenſione huius opinionis pugnant ipſius *Nouell. 115. §. aliud autem capitulum*, aperta verba, *non licere penitus patri vel matri, auo vel auiæ, proauo vel proauiæ, filium vel filiam vel ceteros liberos præterire, aut exheredes facere*: verba autem generalia indiſtincte intelligenda eſſe, *l. de pretio, ff. de publician. in rem action. l. 1. §. generaliter, ff. de leg. præſtand.*

Tertio, quod ſemper illa interpretatio ſumenda ſit, quæ aliquid præſtet, *l. 1. ff. ad municipal. l. Meuius 66. ff. de legat. 2.* quod hic minime futurum videatur, ſi præteritionis verbum de materna præteritione duntaxat intelligamus, cum dictione exheredationis ſatis comprehendatur, *arg. §. fin. Inſtit. de exhered. liber.*

Quarto, quod abſurdũ ſit, ſi eidem verbo inæqualem determinationem, contra *l. fin. infra de ſentent. & interlot. omn. iudic. & l. iam hoc iure, ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. talis ſcriptura 20. §. fin. ff. de legat. 1.* vbi clauſula in fine poſita æqualiter ad omnia refertur.

Quinto, quod ratio ordinis id euidenter coarguat, cum *prætereundi* verbum præcedat, item ab initio fiat mentio patris, inde vero matris, intelligendam itaque definitionem aut generaliter, vt omnes perſonas ibidem enumeratas complectatur, aut ſaltem accipiatur de præteritione paterna, quippe qui prior nominatus ſit, *Nicol. Euerhard. in loco ab ordine, nu. 7. & 14.*

Sexto, quod ex eadem *Nouell. 115. §. ſancimus itaque* intelligamus, idem ſtatui de illa præteritione, qua filius parentes ſuos in cõficiendo teſtamento omittit, quod & ipſum generaliter repetitur *in §. hæc autem, verſ. ſola*, in verba ſequentia: *Sola enim eſt noſtra ſerenitatis intentio, a parentibus & liberis iniuriam præteritionis & exheredationis auferre.*

Septimo, quod eadẽ Nouella, *verſ. ſi quid autem pro legatis*, generaliter caueatur, quod ſi quid pro legatis ſiue fideicommiſſis, & libertatibus & tutorum dationibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inuentum fuerit, quod eidem conſtitutioni contrarium ſit, illud nullo modo obtinere.

Octauo ſuffragatur huic aſſertioni ratio, quam eodem loci, §. *hæc autem diſpoſuimus*, ſe in conſilium adhibuiſſe Imperator profitetur, ſcil. hæc propterea ita diſpoſita, vt parẽtes & filii a teſtantium iniuria liberarentur, quod mox pluribus verbis repetit, quæ tanquam ad propoſitum pertinentia ſubiicio. *Conſiderare namque debent parentes, quia & ipſi filii fuerunt, & eadem a ſuis parentibus ſperauerunt. Et ſimiliter qui nunc filii ſunt, debent ſtudere parentum animos ſanare, quia & ipſi parentes fieri deſiderant, & a ſuis filiis optãt honorari. Vnde & conſtat ad vtriuſque patris vtilitatem atq; cautelam præſentem legem fuiſſe prolatam, quam ex hac occaſione promulgandã eſſe perſpeximus.*

Nono, vrget non mediocriter, ſecundum Alexandrum, Iaſonem, & Duarenũ, qui negant huic argumento reſponderi poſſe, quod exheredatio non rite facta, ſit præteritio, *l. non putauit, §. non quauis, ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabul. & §. eadem, Inſtitut. de hered. quæ ab inteſtat. deferunt.* cum paria ſint non fieri, aut minus legitime fieri, *l. 2. ſupr. de ſucceſſor. edict.* vnde cum contrariæ partis propugnatores concedant, in his, qui non rite exheredati ſunt, conſtitutionem procedere, conſequens quoque eſſe, vt & de præteritione paterna intelligatur.

Decimo, quod ſecũdum Bartolum pronuntiatione exheredationis contineatur præteritio ſcienter facta, *l. ſi patronus teſtamento 12. l. Paulus 47. §. final ff. de bonis libert. & l. ſi cum vel in vtero, & l. ſicut, ſupr. de teſtamen. milit.*

Vndecimo, quod hãc interpretationem illa abſurditas conſecutura videatur, vt mater, auus & auia materna cogantur filium titulo inſtitutionis proſequi, §. *ceterum, d. conſtit. 115.* & contra, cum tamen in filio ſuo ſatis ſit, quod aliquid loco legati ſit conſecutus, & reliqua iure ſupplementi.

His & ſimilibus † argumentis vtrinque ponderatis, conſtituo quidem priorem ſententiam magis probabilem videri, & ſingulis argumentis cõtrariæ ſententiæ poſſe reſponderi, vt nos facere conabimur, eſſe tñ faciliorẽ expediẽdæ difficultatis rationem, & meo iudicio veriorem. Itaque decretum eſt ita rem moderari, vt primo vltimæ ſentẽtiæ fundamenta, quoad licebit, labefactentur, & tandem quid meæ cogitationis ſit, ſubiiciatur. 5

Nõ puto itaq; mihi magnopere laborandum eſſe de fundamẽto, q; firmiſſimum ſe conſtituiſſe Duarenus exiſtimabat, verba enim

Digitized by Google

enim textus Græci antiqui interpretis fidem facile in tuto collocabunt, μηδὲν γινέσθω ἀπὸ [illegible] τῶν ἐγκληρονόμων γραφέντων παίδων, quæ Latine reddita aliter efferri nõ poſſunt, *quam nullum fieri præiudicium ex heredibus ſcriptis liberis.* Apparet enim ipſum Iuſtinianum in eadẽ conſtitutione §. [illegible], dum conſtituit, nõ licere parentibus filios præterire aut exheredare, eadem dictione in verbo exheredationis vti, dum ita loquitur [illegible] præteritos, [illegible]. Vnde mecum conſtituere nõ poſſum, quid ipſi Duaren. in mẽtem venerit, niſi ſtatuamus illum in diuerſam lectionẽ Græci textus incidiſſe, vt loco [illegible] ſcribẽdum ſit [illegible] ſecundum verſionem Holoandri, putamus tamen priorẽ translationem præferendam, quod hanc lectionem etiam illa abſurditas conſecutura videatur, vt ſtatuamus Iuſtin. principaliter loqui de præteritis, non autem exheredatis.

Scrupulum ſecũdo loco motum eximemus, ſi meminerimus ibi diſtinguendũ eſſe, vbi lex ipſa diſtinguit, *l. quæſitum, ff. de teſtib.* diſtinguere autem leges videmus, *Inſtit. de exhered. liber. in pr. & §. fi. l. inter cetera, ff. de liber. & poſth. hered. inſtit. l. maximũ vitium h. t.* Accedit, quod Imperator nõ credatur vno verbo, quæ ſolerti ingenio excogitata ſunt, & multorum ſeculorum vſu cõfirmata, ſubuertere, *l. ſi quãdo, ſupr. de inoff. teſta.* maxime vbi ratio diuerſitatis in promtu ſit, ſi enim perſonam parentis ſpectemus, occurrit illa ratio, quod filium in poteſtate habeat, & ꝓpterea illum inſtituere, aut nominatim exheredare cogatur, *d. l. inter cetera, & Inſtit. de exhered. liber. in pr.* ſin autem intueamur perſonam filii, emergũt rationes multo vrgentiores, primo, quod ſuus ſit, *Inſt. de here. qual. & differ. §. ſui*, deinde, quod viuo patre quodammodo dominus bonorum ipſius exiſtimetur, & propterea verum dominium in ipſum per mortem patris transfundatur, niſi parens eum nominatim exheredauerit, *l. in ſuis 11. ff. de lib. & poſth. hered. inſti.*

Hæc conſideratio quoq; depellet, ꝙ periculi a tertia impugnatione eſſe poteſt, maxime ſi obſeruemus verba præteritionis nõ eſſe ſuperuacua ſi de materna præteritione intelligantur. Durũ enim eſſe videbatur, ꝙ ſilentium maternũ filio ius hereditatis præcideret, *§. fi. Inſtit. de exhered. liber. l. cum mater 28. ff. de inoff. teſtam.* Quod igitur factũ eſt in caſu, qui in eadẽ lege ꝓponitur, idem generaliter Iuſtinianus ſuadente æquitate cõſtituere voluit: Accedit ꝙ verbũ exheredãdi, quod cum dictione præteritionis coniungitur hanc ſignificationem ex eo cõmendare videatur, quod connectat iura, quæ eandem rationẽ habent, *arg. l. 1. ff. de reb. dub.*

Non excutient nos de inſtitutæ interpretationis curſu ſubſidia quarto loco quæſita. Etenim æqualis determinatio tũc confirmari ſolet, cum eadẽ natura, & ratio eius, quod vtrinque copulatur, hoc permittit, ꝙ ſi vero hæc eadẽ repugnet aliud probãdum erit, *l. quotiens 109. ff. de verb. oblig. l. 2. ff. de offi. proconſ. §. cum in ſuo ſolo, Inſt. de rer. diuiſ. l. certi condict. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.*

Quod coloris quinta allegatio contrariæ ſententiæ illinere põt, id facile detergemus, ſi memoria & iudicio complectamur, ordinis rationem ex diuerſis cauſſis conſtitui, & plerumq; ex eo quod aliquid excellat, *l. 2. ff. de ſtat. hom.* Porro excellentiam non ſolum ex dignitate perſonæ, aut magnitudine cõpendii, ſed etiã ex præiudicii grauitate metimur, *c. auaritia, de præbend. & ibid. Panorm. & doctores Nicol. Euerh. in loco ab ordine, nu. 14. verſ. tunc enim a magis infectis eſt incipiendum:* vnde cum ex præteritione materna maior iniquitas, & grauius præiudiciũ naſceretur, merito illa ante omnia amputãda fuerunt, *c. vbi maius, de elect. in 6.*

Quamuis verbum præteritionis repetatur in perſona filii patrem omittentis, tñ hęc obſeruatio parum momenti adferre poteſt. Etenim hæc præteritio vim exheredationis habet, adeo vt querela opus ſit ad conuellẽdum teſtamentũ, *l. pater filium 14. ff. de inoff. teſtam.* vnde confirmat noſtram explicationem, quod & ipſum dicere poſſumus, de §. *ſola*, vt ſcilicet intelligatur de præteritione materna vel filii.

Etſi Iuſtinianus, vt ſeptimo commemoratur, derogauerit aliis legibus, quæ ſuæ cõſtitutioni repugnarent, non tamen intelligitur illas leges antiquaſſe, de quib. nec cogitauit, *arg. l. qui cum tutorib. §. fi. ff. de tranſact.* nec etiam ſermonem fecit, vnde occurrit definitio *l. præcipimus. §. infra. de appella.* non cenſeri abolitum, quod lex nominatim non reſciderit.

Quamuis vt octauo obiicitur, magna vis in ratione conſtituenda ſit, tñ verba conſtitutionis non eo pertinent, vt exæquent ius filii, qui in poteſtate paterna ſit, & reliquorum liberorum, aut quod fauore parentum principaliter hanc conſtitutionem Iuſtinia-

Digitized by Google

nus ediderit, ſed quod vtriſque cauere voluerit, ne hinc filii, inde vero parētes, ex parum pia præteritione aut inofficioſa exheredatione læderentur, ſi mater, auus & auia liberos impune præterire, aut pater vel auus paternus eoſdē ſub eo prætextu exheredare poſſet, quod quartam partem titulo legati vel fideicommiſſi eiſdem reliquiſſet, q̃ ad excludendam inofficioſi querelā ante ſufficiebat, *l. Papin. §. quoniam autē, ff. de inoff. teſt.*

Quæ nono ab Alexandro & Duareno in noſtram aſſertionem torquentur, quamuis eo nomine magnopere confidant, tñ ex duplici reſponſione elidi poterunt. Primo, q̃ verbum exheredandi *in d. §. ſin aūt hæc obſeruata*, verum & propriū ſit, ſi iuris veteris definitionē intueri velimus, vbi filius, accepta quarta portione, exheredatus queri amplius non poterat, *§. fi. Inſti. de inoff. teſtam. d. l. Papin. §. quoniā.* Deinde cum Iuſtin. non effectum ipſum ſibi proponat, ſed factū notet non debemus propietatem verbi ex ipſo effectu metiri, *l. quid ergo 13. §. cum aūt factum, ff. de his, qui notant. infam.* Accedit q̃ ſi verbum exheredationis idem poſſit q̃ præteritionis, fruſtra diuerſis nominib. diſtinguerentur, *l. ſi idem, infr. de cod.* & q̃ inſcriptio noſtri tit. de liberis præteritis vel exheredatis, item tit. ſequentis de poſthumis heredib. inſtituēdis, vel exheredādis, vel p̄teritis, diuerſum coarguant. Reliqua itaq; eſt 10. difficultas, q̃ appellatione præteritionis ſciēter factæ, ēt exheredatio contineri videatur, in promtu tñ reſponſio eſt, id non ꝓcedere ex verbi proprietate, ſed quaſi catachreſi & abuſu vocabuli, vt apparet ex *d. l. Paul. § fi. ff. de bon. liber.* Deinde, q̃ illud duntaxat locum habeat in perſona militis, liberos ſuos ex certa ſciētia prætereuntis, lōge aliam cām maternæ præteritionis fuiſſe. Filiis n. materna hereditas ante SC. Orficianum ne quidē ab inteſtato debebatur, *Inſti. de SC. Orfit. in prin.* teſtamēto vero facto ante Nouel. 115 nullū aliud remedium ſibi promittere poterant, quam querelæ inofficioſi teſtamēti, q̃ coarguunt verba *§. fi. Inſt. de exher. liber.* neq; n. matri filium filiamue, neq; auo materno nepotem neptemue ex filia, ſi eum eamue heredem nō inſtituat, exheredare neceſſe eſt, ſiue de iure ciuili quæramus, ſiue de edicto p̄toris. Recte itaq; Iuſtin. paulo antea ꝓfitetur, ſilētiū matris aut ſaui materni tm̄ facere, quantum exheredationem paternam, id eſt, illos cōſtituere extraneorū loco. Quod ad ius ciuile & prætoriū attineret: diuerſa cauſſa eſt militis, cuius hereditas filiis debeatur, quāuis ex priuilegio illos inde ſubmouere poſſit, aut exheredando, *l. de inofficioſo. ſup. de inoff. teſtam.* aut per ſilentium eos omittendo, *l. ſicut, cum l. ſeq. ſup. de teſt. mil.* Deinde ſi conſtituamus præteritionē maternam eſſe loco exheredationis, ex quo ad euadendā inofficioſi querelam, ex conſtitutionib. principum vel lege Glicia cogatur filiū, vel heredē inſtituere vel exheredare, tñ non ꝓpterea conſectarium eſt, ſilentium patris in eadem cauſſa eſſe, cum huiuſmodi præteritio teſtamentum ipſo iure irritū conſtituat, *vt Inſtit. de exher. lib. in pr. l. Gallus. §. in omnib. l. inter cetera 30. ff. de lib. & poſth. her. inſt.* & nuſquā textus ꝓferatur, qui inter ſcientē & ignorātem hoc caſu diſtinguat, cū grauiorem culpam ſciens contrahat, quam ſi ignorans id faciat.

Conſequens eſt, vt ſcrupulum 11. propoſitum ſubmoueamus, q̃ abſurdū videatur, ſi mater filio aliq̃d tit. inſtitutionis relinquere cogatur, non idē obtineat in filiis, qui in poteſtate noſtra ſunt, cum ſecundū noſtrā interpretationē tota Nouel. 115. de illis nō loquatur. Qua de cā obſeruandum eſt, q̃, vt apparet ex *l. Gallus, §. in omnib. l. inter cetera 30. ff. de lib. & poſth. her. inſt. item Inſti. de exher. lib. in prin.* & aliis argumentis quæ perſequimur, *l. omni modo, ſup. de inoff. teſt.* filii in poteſtate ēt ante hanc nouellā fuerint, aut inſtituendi, aut exheredandi, adeo vt tit. legati vel fideicomiſſi non ſufficeret, quāuis emolumentum excederet portionē legitimam, *l. ita tamen, §. qui rogatus, ff. ad SC. Treb.* quod ſcil. tit. inſtitutionis honoratior ſit *l. Iulianꝰ, ff. ſi quis omiſſa cauſ. teſtam. l. 5. §. ſed et ſi portio, ff. de legat. præſtand.*

His ita definitis conſequens eſt, vt quid noſtræ ſententiæ ſit, aperiamus. Statuimus itaq; Iuſtin. de p̄teritione & exheredatione in dicta conſtitutione loquentem, ꝓprie & generaliter exaudiendum eſſe, tā de præteritione & exheredatione paterna q̄ materna: Scopū aūt eo ꝑtinere, vt vulnera, *l. omni modo, C. de inoff. teſt.* q̄ ius ſupplementi duntaxat induxerat, tp̄is ſpacio cognita ſanaret. Etenim ſiue eam legē generaliter accipiamus de omnibus liberis, quib. aliquid relictum eſt, qui tñ teſtamentū per inofficioſi querelam, aut per bonorū poſſeſſionē contra tabulas, aut deniq; nullum dicendo, attentare poſſint, ſiue q̃ præferendum puto, duntaxat de remediis quæ teſtamenta, quæ rata erāt, ex poſtfacto infirment, tñ, vt dura & ambigua, dubitationē mouere poterat,

recte

Digitized by Google

recte Iuſtinianus nedum præteritionem, ſed etiam exheredationem, aliqua re, aut etiam tota legitima portione, per legatatum vel fideicommiſſum relicta, improbauit, & formæ loco præſcripſit, vt liberi, aut inſtituerentur, aut cum inſertione cauſſæ legitimæ, exheredarentur. Porro, cum de effectu, ſi illud non fieret, poſtea in §. *ſin autem hæc omnia*, tractaret, nullam mentionem de præteritione fecit, quod definitionem antiqui iuris intactam relinquere vellet, ſed de vitioſa exheredatione, & quid eo caſu obtineret, vel ſequendum eſſet, aperte diſpoſuit mitigando hoc modo duritiem, *dict. l. omni modo, ſupra de inofficioſo teſtam.* Simul etiam ambiguitatem tollendo, quæ inde oriri poterat.

Qua de cauſſa verbum prætereundi propriam determinationem habēs, ad ſequentia, vbi non repetatur, referri non debet, quemadmodum etiā videre licet *in l. tranſigere 18. ſupr. de tranſact.* vbi verbum *paciſcendi*, initio cum verbo tranſigendi propoſitum, in fine non repetitur, neque etiam ex cauſſa ibidem cognita, ſubauditur. Huc pertinet, *quod dict. l. 1. h. t.* in quarta declaratione principalis axiomatis intellexerimus, clauſulam in fine poſitam ad præcedēntia non
6 referri, † ſi inde legum aut canonum correctio ſequeretur, idque maxime eo caſu admittendum eſt, quo diuerſa vnius verbi eſſet ratio, quam alterius. Quod ſane in verbo prætereūdi ſi cum exheredatione comparetur, multipliciter euenire oſtendi. Neque ad rem pertinere ſtatuo, quod ſupra defendere conati ſumus, verbum *præteritionis*, duntaxat præteritionem maternam deſignare, quo caſu videantur illæ rationes ceſſare. Reſpondeo enim argumenta, quæ ordine pro contraria parte congeſſi, & quibus plene ſatisfieri non potuit, illud nō concedere, maxime quod ratio nulla ſit, quare ad talem interpretationem confugiamus, & deinde ordo non patiatur, vt, ſi verbum, *præteritionis*, de præteritione materna accipiendum eſſet, vt inde initium ſumeretur, quemadmodum videre licet *Inſtit. de inoffic. teſtamen.* vbi Imperator ita loquitur, *quia plerunque parentes ſine cauſſa liberos ſuos exheredant, vel omittunt*, inductum eſt, vt de inofficioſo teſtamento agere poſſint: hic ſane Iuſtinianus verbum *omittendi*, non præponit, ſed *exheredandi*, cum illud vtriſque commune ſit, & tam in viri, quam mulieris perſona locum habeat. Quod autem nulla ſit ratio huiuſmodi interpretationem comminiſcendi apparet, *ex §. ſin autem hæc obſeruata, d. Nouell. 115.* vbi de cōſeruatione legatorū & fideicommiſſorum loquens, exheredationis duntaxat mentionem facit. Nulla igitur † cauſſa eſt, vt a proprietate verborum 7
recedamus, *l. quidquid aſtringendi 99. ff. de verborum obligat. l. 4. ff. de legat. primo, l. Labeo, ff. de ſupellect. legat.* aut priuata auctoritate & ſubauditione veteris iuris regulas abrogemus, *l. præcipimus, in fin. infra. de appellat. l. ſancimus, ſupra de teſtament.* ſi enim illud Imperator voluiſſet, cur non expreſſit, *l. vnic. §. vbi, circa ſi. de caduc. tollend. capit. ad audientiam, de decimis*, vnde cum hoc non fecerit, non intelligitur vno verbo, multo minus per ſubauditionem differentiam tot legibus comprehenſām ſubuertere, *l ſi quando, ſupra, de inoffic. teſtament.* Accedunt alia argumenta, quæ pro prima parte adduximus, & propterea non repetimus.

Reſtat ſcrupulus † quid de præteritione 8
materna dicendum ſit, an ſcilicet, ſi teſtaſtamentum ex ea impugnetur, lāta ſententia pro filio, etiam legata & reliqua infirmētur, *l. Papinianus, §. penult. ff. de inoffic. teſtam.* an vero dicemus legata præſtanda eſſē, ne querela inofficioſi teſtamenti contra patrem plus poſſit, quam matrem; quod abſurdum eſſe videatur, cum filii plus iuris habeant in bonis paternis, *l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* Hæreo, quod neminem habeam, qui has difficultates attigerit, non video tamen, quæ abſurditas hanc interpretationem conſecutura ſit, ſi quis contendat nulla legata præſtanda, ita vt in cauſſa præteritionis maternæ adhuc ſalua ſit definitio *l. Papinianus, §. penultimo, l. Titius 13. de inoffic. teſtamen.* cum illa, quæ filium præterit, grauiorem culpam contrahere videatur, quam is, qui exheredat, & mentionem filii facit, *argumento l. omnimodo, ſupra, de inoffic. teſtamen. & Inſtitut. de exhered. liber. in princip.* neque deterior ſit cauſſa filiorum, qui a patre præteriti ſunt, cum vt antea aperuimus, nec illi legata debeant, *l. filio 17. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtamen.* & in cauſſa exheredationis, nimirum, ſi datis quibuſdam legatis, aut non datis, filios exheredauerit, par omnium conditio ſit. Porro ſi quis velit eundem §. *ſi autem hæc obſeruata non fuerint*, de præteritione materna etiam intelligere, non admodū pugnauero, maxime ꝙ idem animaduertam fieri in ſequenti §. & hæc quidem, ſi iungatur cum §. *ſi autem hæc*

Digitized by Google

omnia. vbi in illa præteritione, quã filii circa parentes faciunt, idem ſtatuitur, ꝙ in exheredatione: meminiſſe tñ iubebo, illud nõ ex vi ſubauditionis fieri poſſe, tanquã verbum ꝑteritionis tacite repetatur, ſed auctoritate legis præteritionem maternam in eadẽ pene caã conſtituentis, ſi de inofficioſi querela tractetur, inqua paterna exheredatio fuerit, §, *fin. Inſti de exhered. lib. & Inſti. de inoffic. teſtam. in pr. l. mater decedens 19. ff. eo. tit.* quodque in his caſibus, qui auctoritate iuris exæquati ſunt, eadem diſpoſitio quoque procedere ſoleat. De qua re copioſe Nic. Euerhard. *in loco a ratione legis larga, num. 17.* & nos prolixe *in §. quas actiones, ſupr. de ſacroſanct. eccleſ. c. 8.*

His ita ponderatis, redeo ad doctrinam Bartol. quæ ab eo dicta ſunt certa diſtinctio-
9 ne † mitigantis, vt ſcilic. præteritio a ſciente facta pro exheredatione habeatur, & cõſequenter legata debeantur, nõ autem ſi id parens ignorans fecerit. Etenim conſtituo in matris perſona, ſecundum ea, quæ antea propoſui, vtrumq; membrũ poſſe procedere, vltimũ dũtaxat in diſpoſitione paterna, quamuis me non prætereat multos eſſe, qui Bartolo ſimpliciter aſtipulentur, *vt Iaſ. hic n. 4.* vbi ait: illam eſſe & æquiorem, & magis cõmuniter approbatam, & ab ea in praxi recedendum non eſſe, *Ang. n. 1.* cum certa tñ limitatione, *Caſtr. num. 6. Caſtol. in l. cum mater 28. ff. de inoffic. teſtam.* vbi hanc ſententiam communem dicit, & pene infiniti doctores, qui hanc quæſtionem agitant in perſona poſthumi, quorũ nomina mox ſubiciẽtur.
10 Reuoco itaque in diſceptationem, † an hæc authentica, nec non Nouel. 115. §. *aliud autem capitulum,* etiam de poſthumo intelligendæ videãtur. Id enim hoc loci defendũt *Bar. n. 6. Bal. n. 14. Ang. n. 1 Phil. Corn. nu 30. & 31. Paul. Caſtr. n. 6. Alex n. 17. Iaſ. n. 2. Curt. Iun. n. 6. & 12. Sich. n. 4. Accurſ. in l. generaliter, §. ex teſtam. & §. conſtat, ff. de fideicom. libert. item in l. vxorem, ff. de manumiſſ. teſt. l. ſi quis teſtam. ff. de leg. 2. Mynſ. in §. poſthum⁹, Inſt. de exhere. liber. n. 12. Herman. Vulteius, n. 16. Salyc. in l. 1. inf. de poſth. hered. inſt. n. 1. Ceph. conſ. 585. n. 26. lib. 4. Iul. Clar lib. 3. ſent ent. §. teſtam. q. 52. n. 3. Pariſ. conſ. 60. n. 9. lib 2. Ioh. ab Imol. in l. filio, ff. de iniuſt. rupt. & irrit fact. teſtam. nu. 27. & plures alii quos refert Andr. Tiraq. in l. ſi vnquam, infr. de reuoc. don. in verb. donatione largitus, n. 262.* Mouentur autem ex ſeqq. argumentis.

Primo, quod nomen filiarum in poſthumam cadere dicatur, *l. nomen 164. ff. de verb. ſignif. l. 5. ff. de teſtam. tutel. l. 5. ff. de oper. libert.*

Secundo quod *l. 3. §. vnde, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* caueatur, D. Marcum decreuiſſe, idẽ in poſthumo, quod in filio ſeruandum eſſe, nec rationem diuerſitatis reddi poſſe.

Tertio, quod ſecundum Bald. *hic n. 10.* id videatur cõfirmare verbum, euacuato, *in d. nouell. 115. §. ſi aũt hæc obſeruata,* ꝙ ſit vniuerſale, *vt c. cupientes, §. quod ſi per 20. de elect. c. dudum, de præb. c. præſenti, de offic. leg. lib. 7.* ſimiliter quod dictio irritum, in ea conditione ſit, *arg. l. 1. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt. & § nõ tamen, Inſti. de exhered. liber.*

Quarto, quod ſecundum contrariam interpretationem futurum eſſet, vt ne legata quidẽ a legitimis heredib. repetita, hoc caſu deberẽtur, ſed conſequens falſum videri, *l. generaliter, §. ex teſtamẽto, ff. de fideicom. liber. l. ab inteſtato 16 ff. de codic.* ergo & antecedẽs.

Contrariæ † ſententiæ auctores ſunt Accurſ. *in l. 1. in verb. nihil deberi, inf. de poſth. her. inſt. vel exhere. Fulg. l. ſi quis in ſuo, §. legis, in pr. Alc. paradox. lib. 4. c. 10. Azo in ſua ſumma. & Iac. de Butr. relati a Bart. Bart. ſibi contrarius, l. ſi quis filia b. 17. ff. de leg. 1. n. 6. idem Bart. conſ. 13. incip. ex facto propoſito, verſ. de tertio autẽ principali dubio,* vbi in eandem ſententiã laudat. Dyn. Odofr. Mart. Syll. Oldrad. Bald. *in l. 1. & poſt litem, ff. de tranſact. n. 19. Alber. in l. generaliter, §. ex teſtam. ff. d fideicom. libert. Sign. cõſ. 24. & conſ. 113. præterea nonnulli alii, quos refert And Tiraq. in d l. ſi vnquam, in verb. donatione largitus, n. 260. Ferd. Vaſq. de ſucceſ. creat. §. 20. par. 3. requiſ 29, declar. 3. n. 191. verſ. vnde hodie.* Pro cõfirmatione huius aſſertionis multa argumenta expẽdi poſſunt. Primo, quod multæ exſtent leges, quib aperte definiatur, quod rupto teſtamento per natiuitatẽ poſthumi, omnia videantur labefactari, *l. 1. infr. de poſth. here. inſt l. ſi quis teſtamẽto 81. ff. de leg. 2. l. generaliter 24. §. ex teſtamẽto, & l. ſi pater 47. ff. de fideicom. liber.* Cũ itaq; *in d. nouel. 115.* nulla mentio poſthumi fiat, nõ videri Iuſtin. ꝙ nominatim nõ correxit, *l. præcipimus, §. fi. ff. de appellat.* aut de quib. nõ cogitauit, *l. qui eũ tutorib. §. fi. ff. de tranſact.* vno eodemq; generali verbo ſuſtuliſſe, *l. ſi quãdo, ſup. de inoffi. teſt.* 11

Secundo, ꝙ definitio eiuſdem Nouellæ poſthumo accõmodari nequeat, cũ poſthumus nullã cãm ingratitudinis, ex 14. ibidem cõmemoratis cõtrahere potuerit. Vnde cũ ratio declaret ipſas leges, *l. ita depoſitioni, ff. de adminiſt. & peric. tut. l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patron. l. milites agrum, ff. de re militar.* cõſequens quoque eſſe, vt eadem authentica, de poſthumo non intelligatur.

Tertio,

Tertio, quod quemadmodũ *l.ſi quis in ſuo, §.legis, ſupr. de inoff.teſtam.* non tollit ius antiquum, ita vt teſtamentum ipſo iure irritum conſtituat, ſed querelã inofficioſi teſtamẽti adhuc requirit, ita quoq; idẽ lõge iuſtiori ex cauſſa in præſenti caſu dicendum videatur.

Quarto, ꝙ cum antiquitus poſthumus ſine vlla cauſſa exheredari potuerit, *l.maximũ vitium, §.fin.h.t.* vbi alias leges adduxi, & illud ius nuſquam mutatum inueniatur, conſequenter veteris iuris regulis relictũ eſſe intelligamus, ne tot leges, imo pene integri tituli correcti videãtur, maxime cũ nõ obſtet eorũ conſideratio, qui putent, illud iniquum eſſe, cum habeat inofficioſi querelã, *l.poſthumus 6.ff.de inoff.teſt.& d.l.ſi quis in ſuo, §.fin. ſupra eod.* & conſequenter totũ teſtamentum ſubuertere, adeo, vt legata & fideicõmiſſa ab eodẽ nullo modo debeantur, *l.8.§.ſi.ff.de inoffic.teſt.* quod ſane nõ obtineret, ſi d.conſtitutio 115 etiam in poſthumo procederet.

Quinto, ꝙ cum multæ rationes in perſona poſthumi deprehendãtur, quæ in aliis liberis locum non habeant, ab vno ad aliud inferre nequeamus, *arg.c.per venerabilẽ, extr. qui fil.ſint legit.l.ſi nauis, ext.de rei vind.l.ſi idẽ, inf.de codicill.l.1.ff.de iniuſt.rup.& irrit.fact.teſtam.* Quod aũt diuerſæ rationes hic emergãt, inde colligere licet, ꝙ ſi poſthumus præteritus ſit, id videatur factũ eſſe per obliuionem, *§.poſthumus, Inſtit.de exheredand l.maximũ vitiũ, circ.fin. h.n.t.l.ſi quis filiab. 17.ff.de leg.1.* vnde etiã propter improuiſum caſum, neque legata, neque fideicõmiſſa debẽtur, *l.is qui vnum, penult.ff.de codicill.* ſed etiam illa, quæ ſoluta ſunt, reuocari poſſunt, *l.militis 36. §.miles in ſupremis ordinandis, ff. de teſtam. mil.l.3.ff. de cond.indeb.* quod etiã euenire videmus in donatione omnium bonorũ, vel maioris partis, liberis poſtea præter ſpẽ quæſitis, *l.ſi vnquam, inf. de reuoc.don.* item in aliis ſimilibus diſpoſitionibus, *l.generaliter, ſupr.de inſt.& ſubſtit.l.cum acutiſſimi, infr.de fideicom.* Porro ſi proponamus, patrẽ cõpertum habuiſſe, ꝙ vxor eius vterum ferret: & tamen ventrem ſciens omiſerit, vel etiã expreſſim exheredarit: rurſum non animaduerto, cur legatariis & fideicõmiſſariis ſubueniendum ſit, contra *l.1.de poſthum.hered.inſt.*& alias ſupra a nobis deſignatas, cũ ille, qui innocentem, & eum, qui nulla ingratitudinis cauſſa ſe obſtringere poſſit, exheredat, grauiori odio dignus ſit, *d.l.ſi quis in ſuo, § final.l.3. 4. & 5.& l.Titia 13.ff.de inoffic.teſtam.* cum vere furioſorum aut dementiũ more verſetur, qui plane innoxiæ exheredationis notam infligat.

In hoc diſſidentium † doctorum certamine animaduerto Bartolum *hic n.6. verſic. quid dicemus*, diſtinguere inter teſtatorẽ ſcientẽ & ignorantẽ, an vxor prægnans eſſet, vt hic ſententia vltimo relata ꝓcedat, illic aũt prior probãda videatur, Bartolo ſubſcribũt, *Ang.n.1.Caſt.n.6.Salyc.n.15.Iaſ.n.4. Sichard.n. 4.verſ.quã etiã puto eſſe veram, Curt.Iun.nu.17. And.Alciat.lib.1.de verb.ſig.n.116.Aret.cõſ.155. Iul.Clar.lib.3.ſent.§.teſtamentum, q.52.n.4.* vbi hanc ſententiã magis cõmunem dicit, & æquiorem, & veriorẽ, *Bald.in l.filio, ff.de iniuſt. rup.& ir.fact.teſt.n.2.verſ.ſed quod illa authentica, Ang. Peruſ.ibi.n.5.Alex.cõſ.41.lib.1.n.6.& ibid.Car.Mol.in addit.idem Alex.conſ.47.lib.2. n.8.Guil.Bened.in c.Raynutius, in verb. in eo teſtamento, n.232.Bened.Plumb in l.generaliter, §. ex teſtamento, ff.de fideic. libert. Mar.Socin.in l. 1.ff.de legat.1.n.273.verſ.vel tenendo primã opinionẽ, Rip in l.ſi vnquã, inf.de reuoc.donat. q.19. Coſtal.l.cum mater 28.ff.de inoff.teſt. Pariſ.conſ. 60.n.13.lib.2. And.Gail.li.2.obſ.114.n.10. Mich. Graſſ.in theſ.com.opin.in verb.legatũ, q.67.Ant. Gabr.com.concl. lib.6. And.Tiraq.in rep.l.ſi vnquã, inf.de reuoc.don in verb.donatione largitus, nu.263.* vbi præter multos ex iam relatis idẽ ſentiẽtes cõmemorat, Guid.Pap.Io.a Monte Ferrat. Fran. Aret.Pet.Anch. Card.Flor. Io. Ananiam, Berbatiam, Steph Bertrand. Carol Ruin.& nonnullos alios, *Mynſ.Inſt.de exher.lib.§.poſthumus, n.8.A.Gail.lib.2.obſ.113.* 12

Pro confirmatione huius opinionis Bartolus primo allegat *l.ſi cum vel in vtero, ſup de teſtam.mil.item l.qui iure 7.ff.eod.tit.*

Secundo *arg.l.ſi vnquam, inf.de reuoc.don.*

Tertio conſiderat vulgare pronunciatũ, *l.tale, §.final.* quod teſtator illud veriſimiliter reſponſurus fuiſſe videatur.

Quarto expendit *l.cum auus 102.ff.de condit.& demonſt.item l.cum acutiſſimi, infr.de fideicommiſſ.*

Quinto ponderat *l.is qui 19.ff.de codicill.*

Sexto huc referri poteſt *l.cum pater 77.§. cum exiſtimaret 29.ff.de legat.2.*

Septimo his reſpondet *l.1.§.illud, item l. ſed etſi 6.§.1.ff.de legat.3.* quod ſi quis præter opinionem ſuccedat, illum ad legata obſtrictum non eſſe.

Octauo commendat hanc opinionem *l. ſi quis teſtamento 81.ff.de legat.2.* vnde edocemur, ꝙ ſi teſtamentũ aliquo caſu irritum factum ſit, filios quaſi ab inteſtato venientes, legata præſtare non compelli.

Digitized by Google

Nono, quod ex *l. qui filiabus 17. ff. de legat. 1.* edoceamur de poſthumis non videri cogitatum, niſi mentio de illis facta ſit.

Decimo his contermina eſt diſpoſitio §. *poſthumus. Inſt. de exhered. lib. itẽ l. maximũ vitiũ, h. noſt. t.* ſemper aliquid poſthumis liberis, cuiuſcunque ſexus eſſent, relinquendum fuiſſe, ne per obliuionem præteriti viderentur, & hoc modo rumperent teſtamentum.

Vndecimo, quod *d. Nouell. 115. §. ſin autem hæc,* ratio a Iuſtiniano conſiderata, ne aliquã circumſcriptionẽ in bonis paternis patiantur, id ſuadere videatur, cum parens ignorãs vxorem prægnantem eſſe, non intelligatur, velle legem circumſcribere.

Duodecimo aſſeri hæc ſentẽtia poteſt ex definitione *l. 3 ff. de condict. indeb.* cuius verba etiam ſubiicio: *Idem eſt, etſi ſolutis legatis, noua & inopinata cauſſa hereditatem abſtulit, veluti nato poſthumo, quem heres in vtero fuiſſe ignorabat; vel etiam ab hoſtibus reuerſo filio, quem pater obiiſſe falſo præſumſerat: nam vtiles actiones poſthumo, vel filio, qui hereditatem euicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator Titius Antoninus reſcripſit, ſcilicet, quod bonæ fidei poſſeſſor, in quantum locupletior factus eſt, tenetur, nec periculum huiuſmodi nominum ad eum, qui ſine culpa ſoluit, pertinebit.*

13 Aduerſus hanc Bartoli diſtinctionẽ multi, & non parui nominis doctores ſenſerunt, Bald. *in hac noſt. auth. n. 14. Salyc. n. 8. Fulgoſ. nu. 7. Alex. hic nu 14. verſ. & cum caſus ſit ſatis dubius, Philipp. Corn. num. 40. & ſeq. Hugo Donell. num. 9. gloſſ. in l. ſi vxorem prægnantem, in verbo, prægnantem, ff. de manumiſſ. teſtam. Ioann. ab Imol. in l. filio præterito, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. num. 23. Pariſ. conſ. 60. num. 13. lib. 3.* vbi hanc ſententiam communem pronunciat, eademque videtur eſſe ſententia Cuiacii *lib. 10. obſeruationum cap. 22.* Mouentur autem ex ſequentibus argumentis.

Principio allegãt *l. cum mater 28. de inoffic. teſtam.* quæ ita concepta eſt: *Cum mater filium falſo audiſſet deceſſiſſe, & teſtamento heredes alios inſtituiſſet, Diuus Hadrianus decreuit, hereditatem ad filium pertinere: ita, vt libertates & legata præſtentur: hic illud annotatum, quod de libertatibus & legatis adiicitur: nã cum inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet.*

Secũdo adducitur *l. fin ff. de hered. inſt.* vbi ex cauſſa falſi rumoris de morte heredis inſtituti, inſtitutio quidem reſcinditur, legata tamen præſtanda ſunt.

Tertio, quod de hac re videatur textus eſſe expreſſus *in l. ab inteſtato 16. ff. de codicill.* vbi poſthumus natus codicillos non rumpit.

Quarto adducunt rationem, quod ignorans non intelligatur immerentem filium, atque adeo indigne præterire, de qua re *l. 5. ff. de inoffic. teſtam.* & propterea pœnam inofficioſi teſtamenti, vt etiam omnia ipſius legata tanquam dementis, irrita declarentur, *l. Titia 13. ff. eod. tit.* ſuſtinere.

Quinto, quod nihil prohibeat in teſtamento, vbi liberi inſtituuntur, legata relinquere, modo illis legitima portio ſalua ſit, *l. hac conſultiſſima 21. §. fin. cum duabus authenticis ſeqq. l. cum quæritur, ſup. de inoff. teſtam.*

Sexto retorquent rationem *d. Nouell. 115. §. ſin autem hæc obſeruata non fuerint,* ne quam circumſcriptionem in bonis patiatur, aut filii ex falſis accuſationibus cõdemnentur in ipſum Bartolum, cum circumſcriptio in bonis fieri poſſit, etiam ſine dolo & conſilio parentum, cum nihil aliud ſit, quam læſio, *l. nã & poſtea, § ſi minor, ff. de minorib. in integr. reſt.* quę tam ex alterius fraude & dolo, quam extrinſecus contingere poteſt, *l. 1. & 2. ff. de minorib. in integ. reſt.*

Septimo, quod, *vt inſtat Baldus*, hodie in omnibus teſtamẽtis clauſula codicillaris adiici ſoleat, quæ illam vim habet, vt legata ab inteſtato repetita videantur, *l. fin. infr. de codicill. l. eam quam, infr. de fideicom. item argum. l. cum pater 77. § filius matrem, ff. de legat. 2.* certum autem eſſe, quod quotieſcunque legata ab inteſtato repetuntur, quod poſthumus etiam ad præſtanda legata fideicommiſſa, & libertates teneatur, *l. generaliter 24. §. ex teſtamento, ff. de fideicom. libert.* accedunt *l. qui iure, ff. de teſtam. milit. l. ex teſtamento 29. & d. l. eam quam 14. infr. de fideicom.* idque eo caſu, quo clauſula codicillaris adiecta ſit, non ſolũ Baldꝰ & alii, quos ſupra in principali quæſtione deſignaui, defendunt, ſed pene infiniti alii, *vt ſunt Bart. in hac quæſtione parum ſibi cõſtans, in l. qui filiabus, ff. de legat. 1. num. 6. Cephal. conſ. 585. n. 41. Capra Bertrand. Ruin. Anton. Gabriel.* quos in hanc ſententiam refert Mich. Graſ. *in theſaur. commun. opin. in dictione legatum, q. 67. nu. 4. Alexand. conſ. 26. incip. circa primum, vol. 1. n. 5. & multi alii, quos commemorat Andr. Gail. d. obſeru. 114. lib 2. accedunt Oldrad. Speculat. Bald. Raph. Cuman. Caſtrenſ. Angel. Aret. Benedict. de Capra, Lud. Bologn. Anton. Pergamenſ. Franciſc. Ripa, & multi alii, quos recenſet. Andr. Tiraq. in repetit. l. ſi vnquam, in verb. donatione largitus, nu. 269.* Idem ſi ſaltem in genere de poſthumo cogitauerit, ſenſiſſe videtur Iac. de Bel-

Digitized by Google

de Bellauiſo, Franciſc. de Rampon. Claud. Bertrand. Purpur. Papienſ. Oſaſcus, Iacob. de S. Georgio, Crotus, Gratus, Cel. Hugo, & alii, quos refert & ſequitur Roland. a Vall: *conſ. 7. lib. 4. n. 25.* qui addit, teſtatorem in genere de poſthumo cogitaſſe videri, ſi clauſula codicillaris ita concepta ſit, ſi teſtamentũ ex aliqua cauſſa nõn valeat, vel valebit.

His adiici põterunt Crauet. *conſ. 34. lib. 1. Ant. Gabr. tit. de clauſ. concl. 8. n. 7. Pariſ. conſ. 61. n. 22. Burſat. conſ. 88. n. 18. & ſeq. part. 4. Vincent. Hondedæus vol. 1. part. 4. de vlt. volunt. conſult. 74. num. 17.* vbi adhuc multos alios accumulat, eodem modo, vt Rolandus a Valle loquentes.

14 Non eſt, quod in hac † interpretationis varietate, quid meæ ſentẽtiæ ſit, rurſum expromam. Si enim tota cõſtitutio ad poſthumi perſonam non pertinet, multo minus ad illũ porrigetur, de quo teſtator plane nõ cogitauerit: operæ pretiũ tñ eſſe duxi, vt illa legum ſubſidia, quæ ad fulciendam vltimam ſententiam in medium adducta ſunt, ordine diluam.

Committendũ itaq; nobis non eſt, ne il-
15 lecebris † *l. cum mater 28. ff. de inoff. teſt.* capti, cęcutiamus. Si n. miles, quẽ mater falſo mortem oppetiiſſe audiuerat, aliis heredib. inſtitutis, hoc prærogatiuæ non habet, vt libertates & legata teſtamento adſcripta, recuſare poſſit, multo minus illud in pagano admittendũ videretur. Etenĩ ſi rẽ ipſam bene perpendere velimus, animaduertemus definitionẽ eiuſdẽ legis, nihil cõmune cũ præſenti quæſtione habere: illa n. locũ habet in filio iam nato, hæc in poſthumo. Certum aũt eſt, poſthumo præterito, teſtamentũ quidẽ ab initio valere, ſed poſtea natiuitate poſthumi rumpi, § *poſthumus, Inſt. de exhered. liber. l. poſthumi 3. ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſt.* adeo, vt nec libertates, nec legata, nec fideicõmiſſa debeantur, *l. 1. inf. tit. prox. l. generaliter 24. § ex teſtamento, l. ſi pater 47. ff. de her. inſt. l. militis 36. § miles in ſupremis, ff. de teſtam milit.* hoc ius nuſquã abrogatum eſſe inuenimus, multo minus per legẽ, de qua tractamus, cũ, vt antea dictũ eſt, de poſthumo nõ loquatur, & abſurdũ ſit, ꝙ D. Hadrianũ, qui auctor reſcripti fuerit, de quo in textu fit mentio, ſtatuamus corrigere illas leges, quæ a ſucceſſorib. ipſius, aut deniq; Iuriſcõſultis ex permiſſione Imperatorũ poſt aliquot ſecula primũ ſunt ꝑmulgatæ. Itaq; vt videre licet, hic nulla intercedit legum repugnantia. Plane in diſceptationẽ reuocari poſſet, ꝙ cum *l. Papinianus, § pen. ff. de inoff. teſt.* diſerte caueatur, ꝙ per inofficioſi querelam, ita teſtamentũ infirmetur, vt ſi contra illud pronuntiatum fuerit, neque libertates valeant, neq; legata debeantur, ſed etiam ſoluta repetãtur, aliud tamen caueatur *in d. l. cum mater*, quæ conciliatio ſequenda ſit. Sunt qui arbitrẽtur, principale reſponſum eius legis abrogari ex ſubiecta notatione ipſius Pauli, *vt Bartol. Caſtal. & multi alii*, quod ſane admittendum nõ eſt, cum abſurdũ ſit, ſi priuata auctoritate Iuriſconſulti reſcriptũ Imperatoris antiquari dicamus. Accedit, ꝙ verba Iuriſconſulti bene intellecta, plane aliud ſuadeant, ait enim hic annotatum, *quod de libertatibus & legatis adiicitur: nam cum inofficioſum teſtamentũ arguitur, nihil ex eo teſtamento valet.* Sciendũ itaq; eſt, quod, cum ad deferendã inofficioſi accuſationem, ſecundũ iura Digeſtorum neceſſarium fuerit, vt filius doceret ſe immerentẽ, & adeo indigne præteritũ, vel exheredatione ſummotum, *l. 5. ff. eod. tit.* quaſi pater aut mater non ſanæ mentis fuiſſent, *l. 2. & l. Titia 13. eod. tit.* ſed contra officium pietatis, & impulſi falſis criminationib. hoc feciſſent, *l. nõ eſt conſentiendũ 4. cod. tit.* hic color in teſtamento matris, quæ filium exſtinctũ eſſe exiſtimauerat, obduci non poſſit, cũ non intelligatur verſata eſſe cõtra officiũ pietatis, neque furioſa iudicari potuerit, ꝙ extraneum heredẽ inſtituiſſet. Relinquebatur itaq;, hũc filium nullũ remedium habere, quoad ſucceſſionẽ maternã aſpiraret. Etenim ab inteſtato eo viam munire duplici ex cauſſa non poterat. Primo, ꝙ imperante D. Adriano, nondũ SC. Orfitianũ latum erat, *vt Inſtit. de SC. Orfitiano*, vnde intelligimus, ꝙ D. Marci eius ſucceſſoris tẽporibus in conſulatu Orfitii & Rufi hoc Senatuſconſultum factum ſit, quo tam filius, quam filia in matris ſucceſſione cõſanguineis & agnatis defunctæ præferuntur. Deinde, ꝙ teſtamento facto ceſſet ſucceſſio ab inteſtato, *l. quamdiu 68 ff. de acq. vel omit. hered.* Porro nec vllum auxiliũ contra teſtamentũ ſibi polliceri poteſt, cum illud nullum dicere nequeat, quippe qui non fuerit in poteſtate, *Inſtit. de exheredat. liber. in princip.* non habeat bonorum poſſeſſionem contra tabul. *Inſtit de Orfitiano Senatuſconſulto, in prin.* cum Prætor filias, quæ non ſunt in poteſtate, duntaxat cognatorum loco habeat, nec denique inofficioſi querelam intentare poſſit, cum mater nihil contra officiũ pietatis fecerit, *vt dictum eſt.* Vnde cum hic filius impudentia illorum, qui heredes

Digitized by Google

ſcripti erãt, domum maternam ſibi clauſam reperiret, *vt Valerius Maximus lib. 7. cap. 7. de teſtam. quæ reciſ. ſunt*, de alio militante refert, neque vllum remedium, quo contra tam inuerecundos heredes experiretur, haberet, coactus fuit cõfugere ad Imperatorem, tanquam ius viuum. Is itaque cum animaduerteret naturalem æquitatem filii deſiderium adiuuare, quod præſumtio eſſet, matrẽ non fuiſſe omiſſuram inſtitutionem, cauſſam inſtitutionis reſcidit; ſed cur non idẽ fecerit in libertatibus & legatis, expeditũ non eſt, maxime, quod *l. idem 3. ff. de condict. indeb.* intelligamus, filio ab hoſtibus reuerſo, quẽ pater obiiſſe præſumſerat, non ſolum inſtitutionem infirmari, ſed etiam legata: quam antinomiam And. Tiraq. *in rep. l. ſi vnquam, in verb. donatione largitus, infr. de reuoc. donat. nu. 267.* adeo infeſtam eſſe exiſtimauit, vt in hæc verba prorumpat: *Et tamen in vna lege præſtari non debent legata, in altera debent: ſoluat igitur Apollo.* Nos autem nõ vana laudis cupiditate ducti, ſed veritatis indagandæ, & iuſtæ conciliationis ſtudio impulſi, ponderatis rei circumſtantiis, nullã inter has leges eſſe repugnantiam oſtẽdemus. Etenim *l. 3. de cond. indeb.* loquitur de reſcripto Diui Antonini in alium caſum prouidentis, ſcilicet, quãdo pater filium, quem in poteſtate habebat, antequam ab hoſtibus caperetur, ex falſa mortis opinione præterierit. Cũ enim iure poſtliminii, aut beneficio legis Corneliæ ab hoſtibus reuerſus, ius ſuum recuperet, *leg. apud hoſtes 9. ff. de capt. & poſtlimin. reuerſ. l. cum duæ, eod. tit. l. fin. ſup. quib. ex cauſ. maior. in integ. reſtit. l. 1. & l. ius poſtliminii, infr. de poſtlim. reuerſ.* merito hereditatem a ſcriptis heredibus, *vt d. l. 3. comprehenditur*, euincere poteſt, & etiã legata ſoluta repetere, cum teſtamentũ, in quo filius, qui in poteſtate erat, præteritus fuit, nullius momẽti ſit, *l. filio, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Longe alia cauſſa matris eo tempore, quo Adrianus rerum potiebatur, fuit. Etenim, *vt antea admonui*, Senatuſconſultum Orficianum nondum latũ erat, neque hereditas matris ab inteſtato debebatur, quod ceſſaret ratio, quæ in patris perſona procedit, *l. in ſuis, ff. de liber. & poſth. hered. inſtit.* Accedit, quod cum in beneficiis principalibus nemo conuenientior interpres eſſe poſſit, aut debeat, quam ipſe Imperator, *l. ex facto 43. ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. Neratius, ff. de reg. iur.* difficulter ex coniecturis aſſequi poſſimus, cur Imperator hoc fecerit, maxime, cum nobis de modo legatorum, & de perſonis, qui libertatem & legata meruerint, non conſtet, cum huiuſmodi circumſtantiæ hic plurimum poſſint, *l. ſi ſeruus, §. fin. cum l. ſeq. ff. de legat. 1.* multo minus itaq; contra teſtamenrum, cum mater vſque ad Iuſtiniani imperium non cogeretur filium inſtituere, vel exheredare, *§. fin. Inſt. de exheredat. liber.* ſed id demum inductum ſit per Nouellam *115. §. aliud autem capitulum.* Qua de cauſſa hic filius nullam aliam rationem in fulcimentũ ſui deſiderii adducere potuit, quam præſumtionem, *de qua ſupra mentionem feci*, & quam ex profeſſo poſt Papinianum demum Imperator Iuſtinianus ſtabiliuit, *l. cum acutiſſimi, infr. de fideicom.* quod nemo videatur alienos ſucceſſores propriis liberis præferre. Quamuis enim mater liberos in poteſtate non habeat, & ceſſet ratio, *l. in ſuis, ff. de liber. & poſthu. hered. inſtit.* tamen non ceſſat ratio pietatis ex ipſo naturæ fonte profecta, *l. maximum vitium, h. t. & Nouell. 118. Nouell. 115. §. conſiderare.* Gratulari itaque ſibi idem fili' debuit, quod beneficio Imperatoris teſtamentum, quoad inſtitutiones, reſciſſum ſit, an vero nunc temporis † aliud probandũ 16
ſit: vt ſcilicet filius in materna ſucceſſione, ſi per ignorantiam præteritus ſit, legata, fideicommiſſa, aut libertates præſtare non cogatur, ſubſiſto, quod nuſquam illud aperte cautum ſit. Mouent tamen ad benignius ſentiendum ſubſequentes rationes.

Primo, quod videamus SC. Orfitianum poſt reſcriptũ D. Hadriani tam filiis, quam filiabus ex æquo ſubueniſſe in ſucceſſione ab inteſtato, *Inſt. de SC. Orfitiano*

Secundo, quod *l. idẽ 3. ff. de cond. indeb.* hoc probari videamus in filio, quem quis defunctum opinabatur.

Tertio, quod idem non reſpuatur in codicillis ab inteſtato factis, quamuis agnatione poſthumi iidem non rumpantur, ſed ſolum remiſſionem pro ea parte recipiãt, pro qua poſthumus ſuccedit.

Quarto, quod illud in poſthumo ſtatutũ inueniamus, *d. l. militis, §. miles in ſupremis ordinandis, ff. de teſtam. milit. item l. pen. ff. de codicill.* Quamuis enim, *vt antea commemini*, alia cauſſa eſſe videatur poſthumorum, alia vero filiorum, qui iam nati ſunt: tamen in præſenti controuerſia præcipuum fundamentum reſcindendæ vltimæ volũtatis eſſe videmus iuſtam ignorantiã, vel improuiſum caſum, adeo, vt auctoritate *l. 3. ff. de condict. indeb.* q; in vno caſu de poſthumo ſtatutum eſt, idem decernatur in filio nato. Et quamuis ille textus,

tus, *vt antea expoſui*, de patre loquatur: tamen ex quo mater & auia nunc filium vel filiam inſtituere, vel exheredare cogantur, *d.§.aliud autem capitulum*, & non credantur hereditatem multis legatis & fideicommiſſis in præiudicium ſuæ ſobolis exhauſturæ, *d.l.penult. de codicill. item l. cum auus 102. ff. de cond. & demonſtr.* idcirco non alienum videretur, ſi vi eiuſdem rationis idem ius quoque admitteremus, cum concurrentibus pluribus rationibus præcipuam interuenire ſufficiat, *l.regula, § fin. ff. de iur. & fact. ignor. cum ſimilibus.*

Quinto vrgent vndecim illæ rationes, quas ſupra pro defenſione ſententiæ Bartoli inter ſcientem & ignorantem diſtinguentis, adduximus, quæ eo maioris videntur eſſe efficaciæ, quod demum poſt reſcriptum D. Adriani in conſiderationem venerint. Plane exiſtimarim hoc caſu non vſq; reſpuendã
17 diſtinctionem † illorum, qui putant intereſſe, an legata ſint modica, quæ teſtator veriſimiliter legaturus fuiſſet, etiamſi filium ſuum ſuperſtitem eſſe ſciuiſſet, & teſtamento inſtituiſſet, *vt videntur ſentire Franc. Aret. l.Titius, ff. de liber. & poſth. hered. inſt. n.6. verſ. ego alias conſulendo, Bald. ibid. n.4. Iaſ. hic n.6. in 4. limit. And. Tiraq. in repet. l.ſi vnquam, inf. de reuoc. donat. n.271.* vbi in hanc ſententiam etiam allegat Barbat. & Socin. Dubitari aũt non conuenit hoc tum maxime procedere, cum teſtator male parta reſtitui iubet, *Andr. Gail lib.2. obſer.113.*

18 Hæc de *l.cum mater*. Lex † autem fin. *ff. de hered. inſt.* ex eo ſolutionem inuenerit, quod ibidem non tractetur de ſucceſſione liberorum, ſed extraneorum vel coniunctorum a latere. Etenim nuſquam proditum inuenimus, quod ſi quis, cum agnatum vel cognatum mortuum eſſe putaret, alios heredes inſtitueꝛit, quod propterea hoc teſtamentum reſcindatur, cum tamen ex ipſa præfatione, quæ teſtamẽto inſerta fuit, intelligatur eam mentem teſtatoris fuiſſe, quod præoptaret illos, qui in priori teſtamento inſtituti erant, quosq; periiſſe intellexerat, ſibi ſuccedere, aditus Imperator Alexãder Seuerus, quamuis alias cauſſa falſa diſpoſitionẽ teſtamentariam impedire non ſoleat, *l.demonſtratio 17. ff. de cond. & demonſt. §.quod autem*, tamen ſecundum mentem teſtatoris hereditatem ad heredem primo teſtamento ſcriptam pertinere pronũtiauit, ſed addita moderatione, vt legata ex poſteriori teſtamẽto præſtaret, vnde & hic illa inſpectio occurrit, quod nos fugiat, quæ circumſtãtiæ Imperatori hortamẽto fuerint, vt hoc in legatis & fideicommiſſis decerneret. Ad quod ſane Imperator eo procliuior eſſe debuit, quod non tractaretur de deſcendentibus, adeo, vt ceſſarent omnes illæ rationes, de quibus *in l.in ſuis 11. ff. de lib. & poſth. hered. inſt. item l.cum acutiſſimi, inf. de fideicom.*

Eadẽ conſideratio tollet † difficultatem, 19
l.ab inteſtato 16. ff. de iur. codicil. quamuis enim Paulus Iuriſconſ. ibidem reſpondeat, quod codicillis ab inteſtato factis relicta, etiã poſtea natus inteſtati ſucceſſor debeat, addens, quod quicunq; ab inteſtato ſucceſſerit, locũ habeant codicilli, cum vnus caſus duntaxat ſit, nec interſit, qui ſuccedat, dummodo ab inteſtato ſuccedat. Hæc tamen verba declarationem recipiunt *a l.is qui vnum 19. eod. tit.* vbi Iuriſconſultus aperte conſtituit, quod ſi is qui vnum filiũ habebat, codicillis ad eum factis inteſtatus deceſſiſſet, eodem herede, & quem poſtea procreauit relicto, agnatione quidem ſui heredis non euanuiſſe codicillos, ſed ea, quæ teſtamento adſcripta ſunt, duntaxat pro dimidia parte præſtanda eſſe, & idem etiam procedere, ſi codicillos reliquiſſet duobus ſuperſtitibus filiis decedens, cum putaret alterum ex his prius deceſſiſſe. Etenim reuerſus filius nihil ex codicillis debebit: ſed an alter filius omnia legata agnoſcere cogatur, controuerſia inter Iuriſconſultos Marcellum & Vlpianum, vt apparet, fuit. Marcellus eũ putat, Vlpianus vero, qui notas in Marcellum ſcribere ſolet, *vt l.27. ff. de pignorib. l.28. ff. de admin. tutor.* cõſtituit illũ pro parte duntaxat teneri, quod intelligendũ eſt ratione æquitatis, & oppoſita doli exceptione, *l.ſed cum 15. & ibid. Cuiac. ff. de iure codicill.* quamuis ſi ſtrictam iuris rationem ſpectare velimus, aliud obtineret, *l. quidã referunt 14. §.fin. eod. tit.* Commendant deniq; hãc interpretationem *l.militis, §.miles in ſupremis, ff. de teſtam milit.* præterea *l.cum acutiſſimi, inf. de fideicom.* & aliæ rationes, quæ æque locũ habere vidẽtur factis codicillis, quemadmodũ ſi teſtamentum conditũ eſſet. Ex his itaq; apparet, *d.l.ab inteſtato*, non eſſe intelligendã de filio poſthumo, qui præteritus naſcẽdo teſtamentũ ſubuertere ſolet, *l.1. tit. prox.* & codicillos pro parte ſua infirmare, *l. pen. eod. tit.* aut ſi de eodem accipienda ſit, illud eo caſu admittendum, quo proponeremus, patrem ea mente fuiſſe, vt vellet quiſquis ſibi naſceretur, hęc ipſe legata agnoſceꝛe, *arg. l. qui iure, ff. de teſtam. milit.*

Digitized by Google

Quamuis ignorans, vt quarto allegatur, non videatur habere animum filium lædendi, & propterea ceſſare videatur ratio inofficioſi querelæ: tamen obſeruandum eſt, vitioſam eſſe collectionem, non habet querelam inofficioſi teſtamenti: ergo nullum a-
20 liud remedium, cum ex † particularibus nihil recte inferatur, & poſthumus præteritus ſua natiuitate rumpat teſtamentum, §. *poſthumus, Inſtit. de exhered. liber.* idque eo iuſtiori ex cauſſa, quod non intelligatur patris voluntas fuiſſe, vt poſthumum, de quo nihil ſperauerat, excluderet, *l. idem, ff. de cond. indeb. d. l. militis*, §. *miles in ſupremis, ff. de teſtam. milit. & aliis legibus ſupra a nobis allegatis.*

In eadem cauſſa quoque quinta argumentatio eſt: pater poteſt filium ſuum onerare legatis, ergo etiam voluit, cum hæc ſe-
21 parata † ſint, & in dubio illud feciſſe non intelligatur, *l. cum auus 102. & l. generaliter*, §. *final. ſupr. de inſtit. & ſubſtitut. l. cum acutiſſimi, infr. de fideicommiſſ. item l. militis 36.* §. *2. ff. de teſtam. milit.* Etenim ſi hæc ipſius voluntas fuiſſet, potuiſſet poſthumum heredem inſtituendo, huic rei mederi, quod cum non fecerit, etiam noluiſſe intelligitur, *arg. l. vnic.* §. *vbi infr. de caduc. tollend.*

22 Scrupulus ſexto loco motus tolletur, † ſi ſtatuamus abſurdum eſſe, quod cum verbum *circumſcriptionis*, diuerſa ratione accipi poſſit, illud in eo ſenſu accipiamus, qui multas leges abroget, *contra l. præcipimus*, §. *final. infr. de appellat. & cap. cum expediat, de electon. in 6.*

23 Aduerſus doctorum phalangem, qui † clauſulam codicillarem etiam ad poſthumum, qui præter ſpem poſtea natus ſit, pertinere cõtendunt, rationibus, quam numero & frequentia id defendentium, pugnare maluerim, ſed ne aduerſariis hic aliquid largiamur, conſtituimus, ſi nomina doctorum, qui a Tiraquello *in repet. l. ſi vnquam, in verb. donatione largitus, num. 265.* commemorantur, recognoſcere velimus, vbi in hanc ſententiam laudat Bart. Bald. Angel. Iacob. de Aren. Cardinal. Florent. Caſtrenſ. Alexan. Corn. Franc. Aret. Barbat. Socin. Bertrand. Iaſon. Guilielm. Benedict. Antonium Rubeum, quibus adiicio Curtium Iuniorem *hic num. 70. Sichard. nu. 9. Dilect. de arte teſtand. caut. 10. num. 3. Ripam in d. l. ſi vnquam, numero 44. Iulium Clar. lib. 3. ſentent.* §. *teſtamentum, quæſt. 46. num. 2. Ruin. conſil. 2. volum. 3. Ioann. Cephal. conſ. 585. lib. 4. num. 27. Alexand. conſilio 41. num. 6. volum. 1. Michael. Graſſ. in dictione legatum, quæſt. 67. num. 4. And. Gail. lib. 2. obſer. 114. num. 8. & ſeq. Alciat. in tractat. de præſumt. regul. 1. præſumt. 13. Tiber. Decian. conſ. 37. num. 10. & ſeq. lib. 1. Socin. Seniorem conſil. 93. lib. 4. vbi in fine de communi, Barbat. conſil. 60. num. 4. Martinum Laudenſem, Manticam, Matth. de Afflict. Ruinum, & alios relatos per Antonium Gabrielem, de clauſul. tit. 8. num. 6. Burſat. conſil. 15. num. 25. lib. 1.* facile aſſequemur hos interpretes, neque numero, neque auctoritate aliis cedere. Quod & ipſum quoque animaduertit Ang. *in l. fin. ff. de iure codicill.* adeo, vt Iulius Clarus hanc opinionem & æquiorem eſſe declaret, & veriorem, & magis communem.

Conſequens itaq; eſſe videtur, vt ad textus in contrarium allegatos reſpondeamus. Sciendũ † itaq; eſt, largiter referre, an con- 24
ſtet de voluntate teſtatoris legata ab inteſtato per clauſulam codicillarem repetentis, quod a ſe relicta præſtari vellet, etiamſi cõtingeret, poſthumum eidem naſci, *l. qui iure 7. ff. de teſtam. milit.* an vero hoc dubium ſit: priori caſu locum habebit definitio, † *dict. l.* 25
generaliter, §. *ex teſtamento, ff. de fideicommiſſ. libert. item l. ab inteſtato 16. ff. de iure codicill.* Secundo vero caſu confugiendum erit ad *leg. penult. ff. de iure codicill.* quam ſupra oſtendi, de codicillis loqui, vnde etiam depromitur alia ſolutio ad *d. §. ex teſtamento*, vt ſcilicet repetitio libertatis ab inteſtato facta, ex eo admittenda videatur, quod præter poſthumũ adhuc alii filii inſtituti eſſent. Et quamuis hæc ipſa conciliatio aliquam diuinationem contineat: tamen ſufficit prior conſideratio, deinde omnes illæ rationes, quas ſupra complexi ſumus, maxime quod vt obſeruarunt Andr. Gail & multi alii doctores, teſtantes, ſæpe vim clauſulæ codicillaris non percipiant, item, quod tabelliones ex communi conſuetudine & auctoritate propria, hãc clauſulam teſtamentis inſerere ſoleant, cum tamen nominatim, vt id facerent, rogati non ſint.

Hæc de poſthumis. Exſiſtit deinde & alia controuerſia, † an diſpoſitio noſtræ authenticæ locum habeat in filiis emancipatis: vi- 26
detur enim dicendum eſſe, quod de illis intelligi non debeat.

Primo, quod tota conſtitutio nullã mentionem de emancipatis faciat, vt propterea lex ſupplenda non videatur, *l. præcipimus, in fin. infr. de appellat.*

Secundo, quod emancipati liberi iure ciuili nihil iuris habeant, *§. emancipati, Inſtit. de hered.*

Digitized by Google

hered.quæ ab inteſtat.defer. & propterea inſtituendi vel exheredandi non ſint, §.*emancipatos,Inſt.de exhered.liber.*

Tertio, quod in ipſa emancipatione plerunque portionem ſuam cōſequi ſoleant, *l. vt liberis,§.fin.ſup.de collat.*

Quarto, quod differentia patriæ poteſtatis & emancipationis per *Nouell.118.* idque duntaxat ab inteſtato, & cum certa declaratione ſublata ſit: nos autem quærere de teſtamenti viribus: præterea Iuſtinianum in conceptione huius conſtitutionis non potuiſſe cogitare de alia conſtitutione, quæ poſtea ferenda eſſet.

Quinto, quod illa abſurditas hanc interpretationem conſecutura ſit, vt dicamus totum titulum, *ff.de legat.præſtand.* nunc correctum & antiquatum eſſe. Qua de cauſſa etiam Marc. Aquilin. *in l.Gallus, §. & quid ſi tantum, verſ.quid ſi nepos,* item Ferd. Vaſq. *libro 2.de ſucceſſ.creat.§.19.requiſit.29.declarat.2.* hanc cōſtitutionem in emancipatis locum habere negant.

27 Contrariam † ſententiam defendunt gl. *in §.exheredatos, in diction. noluit, Nouell.1. & ibid.Bart.num.5. Ang.num.26. Iaſon hic num.8.* vbi talem opinionem communem appellat, *Decius in l.ſicut certi, ſupr. de teſtam.milit.nu.17. Crot.Alex.Riminald. quos refert & ſequitur Iul. Clar.in §.teſtamentum,q.42.n.2.Mich.Graſſ.in dictio.teſtamentum,q.39.nu.3.* Et hæc aſſertio quoque ſua fundamenta habet. Enimuero *d.auth.115.§.aliud autem capitulū,* ſine diſtinctione filiorum & filiarum, deinde liberorū mentionem facit. Certum autem eſt, verba generalia generaliter intelligenda eſſe, *l.1.§. generaliter,ff.de legat.præſtand. l.liberorum 220. ff.de verb.ſignific.*

Secundo mouet, quod querela inofficioſi teſtamenti, ad quam pro inſigni parte excludendam hæc authentica inuenta eſſe videatur, etiam emancipatis liberis deferatur, *l.ſi ponas 23.ff.de inoff.teſtam. l.non putauit 8.ff. de bonor.poſſ.cont.tab.*

Tertio, quod hæc ipſa conſtitutio pertineat ad declarationem & emendationem, *l.omni modo, ſupr.de inoff.teſtam.* quæ cum etiam de emancipatis intelligatur, cōſequens videri, & idem in declaratiua conſtitutione admittamus.

Quarto, quod cum §.*& hæc quidem de parentibus, eadem Nouell.115.* caueatur, quid obtineat in liberis, qui parentes prætereunt, aut exheredant, de aliis commode intelligi non poſſint, quam de emancipatis, vt poſtea de militibus loquēdo illud exſequemur copioſius.

Vltimo, quod abſurdum videatur, quod emancipati duntaxat certis perſonis legata præſtare cogerentur, *vt l.1.& toto tit.ff.de legat.præſtan.* cum tamen filii ſui omnia agnoſcere deberent, *d.§.ſi autem hæc omnia, Nouell.115.*

In hac expoſitionis diuerſitate vltimam ſententiam potiorem eſſe conſtituo, & pro illius vlteriori confirmatione contrariis argumentis ita poſſe † ſatisfieri exiſtimo, vt ad 28 primum reſpondeatur, quod cum Nouella generaliter de omnibus liberis loquatur, emancipati non poſſint videri excepti, cum in eorum perſonis nedum eædem, ſed etiam maiores rationes interueniant, vt intellectum eſt.

Quamuis emancipati, vt ſecundo ingeritur, ex iuris ciuilis ſubtilitate nihil iuris habere videantur: tamen Prætor naturali æquitate motus, eos inſtitui aut exheredari iubet, alioquin præteritis bonorum poſſeſſionem contra tabulas pollicetur, *d.§.emancipatos,Inſtit.de exhered.liber.* Porro, quia fieri poterat, vt ex minus iuſta cauſſa exheredarentur, Prætor hoc caſu nullas partes accommodabat *d.l. non putauit,ff. de bon.poſſ.contra tab.* ſed ne filius omni remedio deſtitutus videretur, confugere poterat ad querelam inofficioſi teſtamenti, *d.l.non putauit, item l.ſi ponas 23.ff.de inoffic.teſtam.* Et quamuis alienū videri poſſit, quod cum ius ciuile emancipatos liberos non agnoſcat in cauſſa ſucceſſionis, vt dictum eſt, eiſdem per accuſationem inofficioſi nihilominus ſubueniat: tamen conſtituo hanc moderationem a diuis † Principibus, vel *l.Glitia, vt exiſtimat Cuiacius lib. 2. obſeruat. 21.* ex eo introductam, 29 quod, licet prima fronte liberi iuſto parentum iudicio exheredati viderentur, & propterea Prætor ſe non interponeret: dies tamen huius rei incommoda, vt apparet *l.1.2. 3.4.ff.de inoffi.teſtam.* aperuiſſet, & legiſlatores generaliter omnib. liberis, aduerſus parentes, cōtra officium pietatis verſantes, auxilium ex cauſſis, & etiā cum forma & conditione ibidē propoſita promiſiſſent, æquū quoque videbatur, vt emācipati eo caſu admitterentur, quo Prætor eiſdē minime ſuccurreret, *d.l.ſi ponas 23.ff. de inoff.teſtam.* quæ interpretatio eo conuenientior cenſeri debet, quod abſurdum alioquin iudicari deberet, ſi fratri id remedii indulgerēt, quod filiis denegatū eſſet. Qua de cauſſa cū *l.omni modo,*

HHhh

Digitized by Google

ius ſupplementi ex cauſſis ibidem cōmemoratis inductum fuiſſet, & ne teſtamentū parentis per inofficioſi querelam, vel bonorū poſſeſſionem contra tabulas facile in periculum vocaretur, atque conſtitutio *115.§.aliud autem capitulum*, eo conſilio promulgata eſſet, vt ingratitudinis cauſſas perſequeretur, ſimul etiam legē, quam diximus, declararet, & quæ dies edidiſſet vulnera, ſanaret, conſectarium quoq; cenſeri debet, vt generaliter ad omnes liberos, qui exheredati querelam mouere poſſent, pertineret, maxime ne melior conditio emancipati, quam aliorum liberorum exheredatorum eſſet.

30 Cum filii emancipati, † quæ donatione tempore emancipationis factæ conſecuti ſunt, cum ſuis liberis ſuccedentes conferre cogantur, *d.l.vt liberis, item auth.ex teſtamento, ſup.de coll.* ceſſant illa incōmoda, quæ tertio in conſiderationem deducta ſunt.

Non inficiamur, differentiam ſui heredis & emancipati in cauſſa teſtamētaria ſublatam non eſſe, imo id aduerſus noſtros doctores *in l.Gallus, §.& quid ſi tantum, ff.de lib. & poſthum. hered.inſtit.* etiam in præſenti inſpectione defendimus, cum emancipatos præteritos ad beneficium dictæ conſtitutionis aſpirare nō poſſe ſtatuimus, quod peculiare remedium habeant bonorū poſſeſſionis contra tabulas, *l.1.& tot.tit. de bonor.poſſ. cont.tab.§.emancipatos, Inſt.de exhered.liber.* & antea oſtenderimus, *§.ſi hac obſeruata nō fuerint*, de conſeruatione legatorum loquentē, ad ſolos exheredatos, non autem præteritos pertinere, adeo, vt ſecundum hanc expoſitionem ceſſet abſurditas quinto loco conſi-
31 derata, cum † totus ille titulus *ff.de bonor.poſſ. cont.tabul. & tit.de legat.præſtand.* hoc modo adhuc ſalui ſint, quippe, qui in emancipatis pręteritis locum habeant, non autem exheredatis, *l.non putauit, ff.de bonor.poſſ.cont.tab.* Qua de cauſſa obſeruandū eſt, hic noſtros doctores meo iudicio non leuiter impingere, dum conſtituunt filio emancipato, ſine inſertione cauſſæ præterito, teſtamentū ipſo iure nullum eſſe, quoad inſtitutiones. Quod ſi vero præteritus ſit, cum inſertione cauſſæ, quod tunc opus ſit bonorū poſſeſſione contra tabulas. Etenim cum præteritio hoc modo cōcepta, filium meum Cornelium prætereo, quod impias manus mihi intulerit, ſit vera exheredatio, vt ſupra oſtendi, *arg.l.ſi quis filium, hoc noſt.tit.* non video, ꝙ filius emancipatus hoc caſu bonorum poſſeſſionē contra tabulas ſibi polliceri poſſit, quāuis hoc aſſerant gloſſ. *in d.§.exheredatos, Nouell. de hered.& Falcid.& ibid.Ang.n.26. Decius in l.ſicut certi, de teſtam.mil.n.17. Alex.ibid.n.4. Rimin.n.4. Iul.Clar.lib.3.ſent §.teſtamentū, q.42.n.2. Mynſ.Inſt.de exhered.liber.§.emancipatos.* Obſtat enim expreſſus textus *in d.l.ſi ponas 23.ff. de inoff.teſtam.* vbi exheredato filio emancipato defertur querela inofficioſi teſtamēti, non autem bonorū poſſeſſio contra tabulas, quo pertinet *l.non putauit, ff. de bonor.poſſ. contr.tab.* vnde duorum alterum neceſſe eſt, vt hic filius inſtituat inofficioſi querelam, vel quod in aliis liberis probabilius eſſe oſtendi, *l.omni modo, ſupr.de inoffic.teſtam.* ipſum teſtamentum nullum aſſerat.

Quæ de abſurditate quinto loco cōmemorantur, facile diluentur, ſi memores noſtræ interpretationis Nouell.*115. de præteritis liberis*, eo caſu, quo legata & fideicommiſſa præſtanda ſint, minime loqui, manere antiquam differentiam ſtatuamus. Etenim pater liberos ſuos præterire non poteſt, neque etiam exheredare, citra ſolemnitatem ibidem præſcriptam. Quod ſi tamen illos prætereat, diſtinguitur † inter filium ſuum & e- 32
mancipatum: ſuus enim teſtamentum nullum dicit, neque vlla legata præſtat, *l.filio, ff. de iniuſt.rupt.& irrit.fact. teſtament.* emancipatus expugnat teſtamentum per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *§.emancipatos, Inſtit.de exhered.liber.* & certis perſonis legata inferre cogitur, *l.1.& toto tit. ff. de legat.præſtand.* Porro ſi filius exheredatus ſit, hic nullam differentiam inter emancipatum & ſuum conſtituimus, modo exheredatio ſecundum ſolemnitatem iuris veteris ſit facta, de qua *in prælud.noſt.tit.* Etenim ſecundum definitionem *d.§.ſi autem hac obſeruata, Nouell.115.* aut cauſſa incerta eſt, ſed non probata, & opus erit querela ſecundum eos, quos recenſui *in l omni modo*, aut nulla cauſſa teſtamento comprehēſa eſt, & teſtamentum irritum conſtituetur.

Quod ſi tamen ſequenda eſſet opinio illorum, qui *d.§.ſi autem hac obſeruata*, etiam de præteritione accipiunt: erit tamen etiam alia vtilitas, quam expendit in hac authent. *num.8.* Iaſon, vt ſi præteritio † facta 33
ſit ab ignorante ſecundum opinionem Bartoli, teſtamentum hoc caſu nullum ſit in perſona filii ſui, in filio vero emancipato teneat, ſed ſubuerti poſſit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quo caſu legatis ſecundum diſtinctionem ſupra dicti tituli parendum erit. Accedit quod nedum legata

Digitized by Google

legata hoc caſu ſalua ſint, ſed etiam inſtitutiones de coniuncta perſona factæ, *l. filium, §. ſed etſi portio, ff. de legat. præſtand.* quod quidem admitterem, ſi aliæ perſonæ eodem gradu eſſent, aut inſtitutio vel legata & fideicommiſſa de modica parte eſſent intelligenda: nam ſi futurum eſſet, vt hereditatis vires, vt res pro inſigni parte exhaurirēt, ſub ſiſto, nihilque aperte definio, quod & hic vrgeant rationes, *l. pen. ff. de codicill. l. cum acutiſſimi, inf. de fideic.*

His cognitis ſupereſt, vt diſpiciamus, an hæc noſtra authentica, & conſtitutio vnde
34 deſumta eſt, locum † vindicent in perſona
militis, de caſtrenſi peculio teſtãtis: locū habere contendunt omnes illi doctores, quos *l. fin. ſup. qui teſtam. facere poſſ.* oſtendi defendere, quod querela inofficioſi teſtamenti in vltima voluntate militis locum habeat, quibus adiicio Iul. Clarum *in §. teſtamentum, q. 42. n. 3.* vbi ait, hāc eſſe communem opinionem, Michaelem Graſſ. *in dictio. teſtamentū, q. 41. n. 10. Bart. hic nu. 13. Curt. Iun. n. 49. Vigliū Inſt. de milit. teſtam. in prin. Mynſ. n. 3. Gloſſam in l. ſi cum vel in vtero, ſupr. de teſtam. mil. Alex. in l. ſicut, eod. tit. n. 5. Salyc. n. 3. Fulg. n. 2.* Et hāc ſententiam receptiorem eſſe Iaſon *ibid. nu. 8. & ſeq. item Ferd. Vaſq. lib. 3. de ſucceſſ. creat. §. 20. n. 32.* quamuis vterque diſſentiat, fatētur. Pro confirmatione huius opinionis ſequentia argumenta potiſſimum in conſiderationem veniunt.

Principio, quod lex generaliter loquatur de omnibus liberis, aut parentibus.

Secundo, quod verba ipſius textus hoc coarguere videantur, dum *§. & hæc quidem, ead. Nouell.* ita loquitur: *Sancimus itaque, non licere liberis parentes ſuos præterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam, eos omnino alienare, niſi, &c.*

Tertio, cum nedum liberis *l. cum ratio, ff. de bonis damnat.* ſed etiam parentibus filiorū præmorientium bona ex cauſſa pietatis debeantur, *l. nam etſi, ff. de inoff. teſtam.* Milites autem ex priuilegio id iuris habeant, ne cogantur ſolemnitates conſuetas adhibere, *l. 1. ff. de teſtam milit.* Item vt ſilentium eorum ſit pro exheredatione, *l. ſicut, cum l. ſeq. ſup. eo. titul.* nec huiuſmodi voluntas per querelam inofficioſi infirmari poſſit, *l. de inofficioſo 9. ſupra de inoffic. teſtam.* Fauorabilis autem illa interpretatio ſit, per quam ad iuris maxime naturalis diſpoſitionem reuertimur, *l. ſi vnus, §. pactus, ff. de pactis,* conſequenter & hic idem dicendum videatur.

Diuerſam ſententiā † quod hic nihil mu- 35
tatum, ſed militis prærogatiua adhuc ſalua ſit, defendunt Ludouicus Roman. *n. 7. Iaſon n. 8. Ferd. Vaſq. de ſucc. creat. lib. 3. § 24. n. 32. poſt Roderic. Suares, & quoſdam alios allegatos,* mouentur ex ſequentibus argumentis.

Primo, quod lex noua & correctoria generaliter loquens, diſtinctionem recipiat a prioribus, *l. non eſt nouum, cum l. ſeq. ff. de legib. l. ſciendum, ff. qui ſatiſd. cogantur.*

Secūdo, quod obſtet ratio *l. 1. ff. de teſtam. milit. in princip.* quod ſcilicet ſit remiſſa ſolemnitas teſtamēti militibus propter illorum imperitiam.

Tertio, quod per verba generalia nunquam intelligatur derogatum ſpecialib. priuilegiis, maxime quæ diſerta iuris definitione contineantur, *l. 3. & ibi gloſſ. inf. de ſilentiariis, lib. 12. c. cum ordinē, de reſcrip. l. fin. C. ſi contra ius vel vtil. publ. & §. conſtitutio, & in ſecunda conſtitutione Codicis, verſ. ſi qua vero.*

In hac opinionum diuerſitate, primam
quidem † ſentiam humaniorem, vltimā ve- 36
riorem, & magis probabilē conſtituo, quod Imperator tota conſtitutione de militibus nullam mentionē fecerit, & non cenſeatur eadem priuilegia vno verbo tollere voluiſſe: poſſet tamen meo iudicio cōuenientem recipere diſtinctionem, vt interſit, an miles domi ſuæ, vel in aliis locis, vbi citra expeditionum neceſſitatem verſetur, teſtamentum faciat, an vero inter ipſa militiæ pericula & occupationes: vt hic vltima ſententia admittenda ſit, quod abſurdum videatur legum ſubtilitatem ab eo requirere, qui ex cauſſa expeditionis, quæ eo pertineant, iudicio & memoria complecti, aut peritiores conſulere non poſſit, *Inſtit. de militari teſtam. in princip. l. milites, ſupr. eodem titul.* Diuerſa cauſſa illius eſt, qui alibi otioſus degens, obſeruationem iuris cōmunis in cauſſa ſolemnitatis adhibere poſſit & debeat, *l. penult. ſupr. de teſtam. milit. Inſtit. de milit. teſtam. in princip.* quod & ipſum ſenſiſſe videtur Iaſon *in l. ſicut 12. ſupr. de teſtam. milit.* Sed quæſtio eſt, an admiſſa huiuſmodi ſenten-
tia, idem † probandum eſſe videatur in que- 37
rela inofficioſi teſtamenti, vt ſi quis extra neceſſitatem expeditionis verſetur, teſtamentum militis nullum dici poſſit, ſi filius patrem exheredauerit, nulla cauſſa inſerta, querela autem moueri queat, ſi cauſſa deſignata ſit, non autem probata, quod ſane videntur conſtituere omnes doctores pro prima parte allegati, non diſtin-

Digitized by Google

guêtes, quibus quidem in caſu a nobis propoſito aſſentior, tamen de priori diſtinctione nihil mutãdum exiſtimo, cum priuilegia vulneribus & periculis præſentibus debita, ipſe Imperator nõ videatur ſuſtuliſſe, quamuis Ferdinand. Vaſquius *in loco ſupra allegato num.33.* pluribus auctoribus relatis aliter ſentire videatur.

Quibus bene ſubductis, non magni negocii fuerit, argumenta pro contraria parte adducta diluiſſe. Primum enim ſubmouebi-
38 tur, ſi perpendamus † verba generalia interpretationem a ſpeciali definitione recipere, *d.l.3. de ſilentiar. l. non eſt nouum, ff. de legib. l. in toto 80. ff. de reg. iur.*

Difficultas ſecundo loco mota ceſſabit ſi
39 verba † nouellæ ibidem relata exaudiamus de filiis emancipatis, vel, quod conuenientius eſſe ſtatuo, de quaſi caſtrenſi peculio, item caſtrenſi, ſi milites in illis locis agant, vbi nullæ expeditionis occupationes & pericula eoſdem morentur, *l. pen. ſup. de teſt. milit.*

40 Quanquam, vt tertio obiicitur illa † interpretatio plauſibilis ſit, quæ iuris antiqui definitionem reuehat, tamen hoc eo caſu admitti non poteſt, quo ſpecialis derogatio certi priuilegii exigatur, *d.l.3. de ſilẽtiar. lib. 12. & d.c. cum ordinem, de reſcr. l. 2. ſup.* de legibus, accedit conſideratio *l. ſi quando, ſup. de inoff. teſtam. cum ſimilib.*

Hæc de perſonis, ordo expoſcere videtur vt diſpiciamus quid appellatione horum
41 verborum † *cetera namq; firma permanent*, cõtineatur. Et ſane dubitari non conuenit his verbis accepto ferenda eſſe legata & fideicommiſſa particularia, libertates & tutorum dationes, & id genus alia capitula *d. nouell. 115 §. ſi vero cõtigerit*, vt ſunt deſignationes executorum, *ſecundum Bartolum num. 18.* Cete-
42 rum tractari poſſit an fideicommiſſa † vniuerſalia etiam ſub his verbis comprehendãtur. Et quidem Bart. *hic num. 16.* auctor eſt eadem quoque confirmari, quod verba generalia generaliter accipienda ſint, *l. 1. § generaliter ff. de legat. præſtand. l. fin. ſup. de dotis promiſſion. item argu. l. ſi ſeruum, §. 1. ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. item l. generaliter, §. ex teſtamento ff. de fideicom. libert. Bartolo ſubſcribunt Alex. hic num. 8. qui allegat gloſſam Bald. Angel. Pet. Anch. & alios idem ſentientes Iaſon hic nu. 11.* vbi teſtatur hanc ſentẽtiam cõmuniter teneri, Curt. iunior *numer. 45. Pariſ. conſ. 60. numer. 11. lib. 2. Iul. Clar. lib. 3. ſentent. §. teſtamentum, quæſt. 54. numer. 1.* Imo quod magis eſt Bart. *hic num. 25* cui infiniti doctores ſubſcribunt, quos videre licet apud Iaſonem *hic. numer. 22. Iulium Clarum. d. §. teſtamentum, quæſt. 46. Andr. Geil. lib. 2. obſeru. 114. num. 1. Ant. Gabriel lib. 6. tit. de clauſul.* auctores ſunt, quod ſi teſtamento adiecta ſit clauſula codicillaris, tunc filium etiam obſtringi vt ſcriptis heredibus hereditatem, detracta legitima portione, reſtituat. Quæ doctrina apud me ſuſpecta eſt, neque gloſſæ noſtræ placuit, & multis aliis auctoribus, vt Iacobo de Butrio, Iacobo de Arena, Oldrado, Speculatori, Caſtrenſi, Chaſſaneo & multis aliis, quos videre licet apud eundẽ Antonium Gabrielem *dict. concluſ. 7. num. 2.* quamuis ipſe contrariam ſententiam magis communem eſſe exiſtimet. Et ſane mirum videri debet, quod doctores noſtri clauſulam codicillarem ſua interpretatione tantopere muniant, vt etiam in poſthumo aut in filio quem quis ſe non habere credat, hanc interpretationem procedere conſtituant, de qua re ſupra conqueſtus ſum. Sane in hac ipſa controuerſia, probabilior eorum ſententia videri poſſit. *arg. d. l. generaliter. §. ex teſtamento*, quod non dubitemus de voluntate patris, ſed cum hoc modo euenire poſſit, vt ſubuertatur conſilium & voluntas ipſius Iuſtiniani, præſcribentis filios iure inſtitutionis ad minus certam portionem conſequi debere, & vniuerſum relicti commodum illis auferendum, qui contra prærogatiuam filii titulo inſtitutionis ornati eſſent, adeo vt hic non tractetur de voluntate patris, ſed eius poteſtate, & vna via concedendum non ſit quod alia non permittitur, *l. ſcire, §. 1. ff. de tutoribus datis ab his*, amplius deliberandum eſſe cenſeo, nam quid in poſthumis aut his filiis, quos quis ſe habere ignoret, obtineat, ſupra non diſſimulaui.

Cum itaq; † inſtitutiones vitientur, quæ- 43
ſtionis eſt quid obtineat in ſubſtitutionibus? Qua in re Bart. *hic nu. 16.* Salycet *hic num. 15.* Iaſon *num. 10.* vbi ait hanc opinionem communem, Cyn. *in 1. quæſtion. Alexand. in l. 1. §. fin. num. 5. ff. de vulg. ſubſt. Iul. Clar. in §. teſtamentum, quæſt. 44. num. 2. Ioh. ab Imol. in c. Raynutius, nu. 99. de teſtam.* diſtinguunt inter eas ſubſtitutiones, quæ fiunt in bonis ipſius teſtatoris, vt eſt directa vulgaris, & illas quæ per mediam perſonã, vel in aliis bonis interponi ſolent, vt euenit in pupillari & quaſi pupillari ſubſtitutione, vt illæ vitientur, hæ autem ex noſtra authentica ſuſtineantur, idque argum. *l. nam quod, §. ſi quis compulſus ff. ad SC. Trebell. item l. qui plures 38. §. final. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.*

Diſſen-

Digitized by Google

Diſſentiunt autem & meo iudicio non inconſiderate Bald. *hic num. 37.* & Dynus ab eo relatus, Caſtrenſ. *num. 16.* exiſtimantes, noſtram authenticam de ſubſtitutione pupillari intelligendam non eſſe. Primo, quod de his nulla fiat mentio in noſtra authentica, aut in corpore vnde ſumitur. Secundo, quod ex quo teſtamentum paternum non valet, pupillaris quoque ſubſtitutio non teneat, *l. 2. §. prius, ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. 10. §. ſi ex aſſe, ff. eo. tit.* deinde, q͂ etiamſi ſequamur eorum ſententiã, qui querela opus eſſe ducunt: adhuc tamen eiuſmodi pupillaris ſubſtitutio valere nequeat, q͂ ille caſus ſuperuenerit, a quo incipere nõ poteſt, *arg. l. Vranius, §. ſed cum duo, ff. de fideiuſſ.* Tertio, q͂ ſecundũ definitionem, *l. quidam, §. illo, ſup. tit. prox. & Cl. non poteſt, de procurat.* abſurdum videatur, ſi per hæc verba, *& cetera*, vel vt in textu, *quælibet alia capitula conceſſa legibus*, comprehendamus ea, quæ maiora ſunt expreſſis. Quarto, quod cum cetera capita teſtamenti confirmentur, & ſubſtitutio pupillaris non ſit caput teſtamenti, ſed ipſum teſtamentum, *vt arguit Bald. in l. patris 20. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* non poſſe a parte ad totum inferri, vbi non eadem ratio interueniat.

Priuſquam quid meæ ſententiæ ſit, aperiam, non † videtur negligenda traditio Ca-
44 ſtrenſis *hic n. 16.* cui ſubſcribunt ex relatione Iaſonis *hic nu. 10. Alex. in l. 1. §. fin. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* item Io. ab Imol. & Cuman. quamuis in meo codice idem Alex. vacillet, Cuman. *n. 6. & ſeq.* in multa obſcuritate verborum, vix quid ſuæ ſententiæ ſit, expediat. Ioannes vero ab Imola eodẽ loci de hac quæſtione non loquatur: intereſſe an præteritus filius ſubſtitutus ſit, an vero extraneus, vt hęc ſubſtitutio vitietur, illa vero ſubſiſtat, quod id non alienum a mente legis, vel nouellæ conſtitutionis eſſe videatur.

His pro meliori inquiſitione motæ quæſtionis cognitis, non puto mihi magnopere confligendum cum vna aut altera opinione, quod non animaduertam, quomodo hæc quæſtio facile procedere poſſit in perſona ipſius, quem parens præterierit, contra *l. 2. in prin. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* & ea, quæ de præteritione ſuperius expoſuimus. Neque rurſum quo pacto † illud in ex-
45 heredato probandum ſit, quod & ipſum agnoſcere videtur Cumanus *d. l. 1. §. ſubſtituere, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut. numer. 5. poſt gloſſam & Angelum a ſe relatos.* Etenim, cum certæ & quatuordecim ſint cauſſæ, ex quibus filius poſſit exheredari, nullam committere, aut ſane rarius pupillus poteſt. Quod ſi vero non tractetur de ſubſtitutione pupillo præterito aut exheredato facta, ſed quæ in impuberis inſtituti perſonam ſit collata, & teſtamentum forte ex præteritione alterius filii periclitetur; qui præteritus ſit, hic conſideratio Caſtrenſis ex æquitate, & præſumta mente noſtræ conſtitutionis procedere poſſit, in aliis vero Baldi definitio.

Vltima quæſtio, de qua hoc loco dicendum eſt, *an † ſi filio exheredato quædam legata* 46
adſcripta ſint, & ille poſtea teſtamentum impugnet, hæc legata nihilominus cõſequi poſſit? Non poſſe conſtituunt Bart. *hic num. 19. Iaſon num. 14. Iulius Clar. §. teſtamentum, quæſt. 54. num. 3. Salycet. hic num. 14.* vbi ait, illam communem opinionem eſſe, moti arg. *l. Papinianus 8. §. meminiſſe, ff. de inoffic. teſtam. item l. quæſitum, ff. de acquir. hered. l. poſt legatum, ff. de his quibus vt indig.* quod indignus legato videatur, qui teſtamentum reſcindere & ſubuertere conatur, deinde ſequẽti dilemmate, quod aut legatum petiit, & teſtamentum poſtea attentare nequeat, *l. parentibus, ſupr. de inoff. teſtam. & l. fin. ff. eod. tit.* aut poſtquã impugnauit, & tunc non poſſe propter generalem regulam *cap. ex eo, de regul. iur. in 6.* Vltimo, quod abſurdum videatur, quod exheredatus plus conſequatur, quam inſtitutus, cõtra *l. maximum vitium, hoc tit.* Sed nec hæc definitio certamine caret, vt videre licet apud Cynum, qui ex ſententia Hugelini putat, filio exheredato nihilominus legata deberi, quod teſtamentum non tam vitietur ex impugnatione filii, quam auctoritate legis, de qua re nos diſſeruimus, *l. omni modo, ſup. de inoffic. teſtam.* exiſtimat enim idem Cynus legata petenda eſſe ex condictione legis, de qua re conſuli hic poterunt Bart. Salyc. Iaſon, & alii.

De poſthumis heredibus inſtituendis, vel exheredandis, vel præteritis.

Præludia.

Svmmaria.

1 *An dictio poſthumus per aſpirationem, an vero ſine ea ſcribi debeat?*
2 *Vtilitas huius inueſtigationis.*
3 *Sententia Cuiacii exiſtimantis hanc dictionem ſine aſpiratione proferendam, cum ſuis argumentis.*

Digitized by Google

4 *Contraria ſententia Alciati, & Franciſci Conani, cum diuerſis rei literariæ rationibus.*

5 *Confirmata vltima ſententia.*

6 *Notatio verbi* poſtliminium.

7 *Cæſares Agrippæ, Vopiſci, Proculi vnde dicti.*

8 *Scriptorem Pandectarum Florentinarum Græcum fuiſſe.*

9 *Syluium poſt mortem Æneæ poſthumum natum eſſe.*

10 *An dictio* poſthumus, *ex propria ſignificatione illum duntaxat deſignet, qui poſt mortem patris natus ſit?*

11 *Quare receptum videatur, vt appellatione poſthumi etiam is comprehendatur, qui viuo patre etiã poſt teſtamentum natus ſit?*

12 *Hanc interpretationem non ex propria ſignificatione verbi fieri, ſed vi rationis, & ex præſumta mente teſtatoris.*

13 *Propriam ſignificationem ipſius verbi non ſemper in ipſa etymologia conſiſtere.*

14 *Quando* poſthumi *vocabulum in ſtatutis accipiendum ſit in benigniori ſignificatione.*

15 *Auctores figurate loquentes, verbum certæ ſignificationis ad aliam, quæ huic cognata & finitima ſit, neceſſitatis vel elegantiæ cauſſa ſæpe transferre.*

16 *Quemadmodum ex ſententia l. Velleia interpretes multa ſuppleuerint, ita quoq; idem in poſthumis, penuria vocabulorum factũ eſſe animaduertimus.*

17 *Intellectus l. 3. §. ex his apparet, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*

18 *Quare is, qui ex ventre matris exſectus eſt, poſthumus vocetur.*

19 *Fragmentis Gaii Iuriſconſulti non eſſe tantum auctoritatis deferendum, quantum incorruptis Pandectarum legibus.*

20 *Poſthumi quot modis dicantur.*

21 *An Accurſius hoc modo de ſpeciebus poſthumorum quærat?*

22 *Multæ aliæ diuiſiones poſthumorum, remiſſiue.*

CIrca enarrationem huius tituli, cõſtituo mihi illam quæſtionẽ præuertendã, *an*
1 *dictio poſthumus* † *per aſpirationẽ, an vero ſine ea ſcribi debeat.* De qua re magnã & indecorã contentionẽ eſſe videmus inter Robertũ Aurelianenſem, & Iac. Cuiaciũ *lib. 2. controuerſ. eiuſdẽ Roberti*, & in notatis, quæ Iac. Cuiacius ſub nomine Ant. Mercatoris in eaſdẽ
2 animaduerſiones cõſcripſit. Optarim † huic controuerſiæ emolumentũ literariũ conſtare, vt tanto maiori cũ affectione & diligẽtia hæc ipſa quæſtio tractari poſſet: non tamen plane infructuoſa eiuſdẽ rei inueſtigatio eſt. Vtilitas n. in eo conſiſtit, vt ſciamus, quæ ſit orthographia huius dictionis, deinde quam ſignificationẽ ex proprietate ſermonis recipiat, an is ſcilicet, qui poſt teſtamentũ, viuo tamen patre ſuo natus eſt, proprie poſthumus dici poſſit. Si enim improprie lex municipalis, quæ contra ius ciuile inducta, ſtricte & proprie accipienda eſt, *l. in honorariis 35. §. ſed ſi reſciſſa, ff. de oblig. & action. cum ſimilib. de quibus infra*, reſcripta Imperatorum & Principum, *c. ſuſceptum, de reſcrip. in 6.* item priuilegia, *c. porro de priuileg. l. fin. ſup. de his qui veniam ætatis impetra.* ſi de poſthumis mentionem faciant, de his intelligi non poterũt.

Cuiacius *lib. 3. obſer. 4.* exiſtimat † hanc di- 3
ctionẽ ſine vlla aſpiratione proferendã eſſe, cui ſubſcribũt Godofred. *in l 3. in verb. poſthumi, ff. de lib. & poſth. hered. inſt.* Briſſon. *in ſuo lexico in dictio. poſthumus, Borchold. Inſt. qui teſtam. tut. dar poſſ. §. fin. Herman. Vult. in §. poſthumi, Inſtit. de exhered. liber.* eademq; videtur eſſe mẽs Boetii Eponis *in l. Gallus*, item Angeli Spannochii *in l. Gallus, ff. de lib. & poſth. her. inſt.* Hottom. dũ in ſuis ſcriptis hãc aſpirationem non agnoſcit. Mouentur, primo auctoritate Pandectarum Florentinarum, vbi dictionem *poſthumus*, ſine aſpiratione ſemper ſcribi animaduertimus, item quod Græce eadem dictio non per θ ſed per τ. enuntietur.

Secundo adducunt in fulcimentum ſuæ opinionis auctoritatem Virgilii:

Syluius Albanum nomen, tua poſtuma proles.
Quem tibi longæuo ſerum Lauinia mater,
Educet ſyluis.

præterea quædam reſpõſa Tertulliani & Apulei, item Plinii, quæ apud eundem Cuiacium tam in relata obſeruatione, quam in notatis ad Robertum videre licet.

Tertio hanc orthographiam cõmendare videtur propria ſignificatio verbi, quæ inde ſumenda intelligitur, quod pronuntiatione poſthumi, nedum is deſignetur, qui poſt mortem patris in lucem prodierit, ſed etiam qui illo ſuperſtite natus ſit, *l 12 ff. de liber. & poſth. her. inſt.* in hæc verba: *Poſthumus præteritus viuo teſtatore natus deceſſit, l. ſi quis ita*, in verba ſequentia: *Si poſthumis dederit tutores, hiq; viuo naſcãtur, an datio valeat? Et magis eſt, vt vtilis datio fiat, etiamſi viuo eo naſcatur l. poſthuma 24. eo. tit. poſthuma, ſub conditione heres inſtituta, ſi pendente conditione viuo patre naſcatur, rumpit teſtamentũ, l. 1. h. noſt. tit.* vbi innuit Imperator Antonius, ꝙ ad aliquẽ poſthumũ dicendum ſufficiat, ꝙ poſt teſtamentum ſuſceptus ſit, item *l. ſi filiusfamilias 33. ff. de teſt. mil. §. 1* in hæc verba: *Sed ſi filiusfamilias miles feciſſet teſtamentũ, deinde poſtea viuo eo, & adhuc auo quoq; ſuperſtite, naſceretur ipſi poſthumus, nõ rumpitur eius teſtamentũ*, & paulo poſt: *ac ne auo quidẽ ſuo hunc nepotẽ poſthumũ cum viuo filio naſceretur, ſuũ heredẽ protinus agnaſci, rurſum interiectis quibuſdã verbis, deinde*

poſthumus

poſthumus poſt mortẽ aui viuo adhuc filio, id eſt, patre ſuo natus fuerit, itẽ in §. *ſi. ſed et ſi viuo auo naſcatur poſthumus, hic non rumpet continuo patris teſtamentum, ſi ſuperuixerit, poſt mortem aui viuo adhuc patre ſuo, rũpet, ꝙ nouus illi nunc primũ heres agnaſcatur.* Accedit ꝙ videamus illud etiã procedere in cauſſa exheredationis, cũ alias ſtrictam ſignificationẽ accipiat, *l. cum quidã, 17. ff. de liber. & poſth. here. inſt.* Etenim *l. 3. §. nominatim, ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſt.* verba ſequẽtia quæ ad rẽ pertineãt, occurrunt. Nominatim autem exheredatus poſthumus videtur, ſi ita dixerit. *Quicũq; mihi naſcetur ex Seia, ſiue ita, venter exheres eſto, natus vel poſt mortẽ vel viuo teſtatore non rumpet.*

Quarto fulciri hæc opinio poteſt arg. *l. 3. §. ex his, ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſt.* vbi iuriſcõſultus, quos antea poſthumos appellarat, poſteriores vocat, quaſi ſatis ſit, ꝙ poſt teſtamẽtum huius lucis vſuram acceperint.

Quinto, quod mater *poſthumos* habere dicatur, *l. poſtumus, 6. ff. de inoffic. teſtam. in prin. &* §. *1.* cum tamen poſt matris humationem nemo ex illa naſci poſſit.

Sexto quod omne genus proprie dicatur de ſuis ſpeciebus. Porro ex Gaio iuriſconſulto *lib. Inſt. tit. de exh red lib.* cõſtat, duas eſſe ſpecies poſtumorũ, in verba q̃ ſubiicimus: *poſtumorũ duo genera ſunt, quia poſtumi appellãtur ii, qui poſt patris mortem de vxore nati fuerint, & illi qui poſt teſtamentum factum naſcuntur.*

4 Contrariæ ſententiæ † ſe vindices conſtituant And. Alciat. *lib. parergon 8. c. 13.* Franc. Conan. *lib. 10. com. c. 3.* Alex. ab Alexãdro *genial. dier. lib. 10. c. 9. & ibid.* Ant. Tiraq. *in addi.* Io. Robert. Aurel *lib. animaduerſ. 2. ca. 1. & 2.* Schrad *in ſuo lexico in dict. poſthumus* Matth. Weſenb. *Inſt. de exhere. lib. §. poſthumus* Gæddeus *ad l. nomen 164. ff. de verb. ſignif. n. 1. glo. in l. poſthumi 3. §. 1. in verb. duntaxat, ff de iniuſt. rupto, & irrito fact. teſt. & ibid. Bart. Iaſon atq; alii doctores, Pet. Ricciard. Inſt. de exhered. lib. §. poſthumi n. 43.* Et hæc opinio ſuis auctoritatibus non caret. Primo enim occurrit definitio *l. poſthumi 3. §. 1.* qui ita cõceptus eſt. *Poſthumos autem dicimus eos duntaxat qui poſt mortem parẽtis naſcuntur: ſed & hi qui poſt teſtamentum factum in vita naſcũtur, ita demum per legem Velleam rumpere teſtamentum prohibentur, ſi nominatim exheredati ſint.*

Secũdo arg *l. Gallus in prin.* dũ appellatione poſthumorũ nepotũ hi duntaxat ſignificari videãtur, qui poſt mortẽ patris & aui nati eſſent, quoad per legẽ Velleã inductũ fuit, vt eadem definitio ẽt in his ꝓcederet, qui poſt teſtamentũ, atque viuo auo nati eſſent.

Tertio adducitur, *l. poſthumum 27. ff. de liber. & poſth. hered. inſt.* in verb ſequentia, *poſthumum ex qualibet vidua natum, ſibi heredem inſtituere poteſt*, quaſi hæc verba præſe ferrẽt, quod vt aliquis poſthumus dicatur, neceſſarium ſit, vt mater ipſius ſit vidua.

Quarto allegant, *l nomen filiarum 164. ff. de verb. ſign.* quæ ita compoſita eſt, *Nomen filiarũ & in poſthumum cadere quaſtionis non eſt, quamuis poſthuma non cadere in eam, quæ in rebus humanis non ſit, certum ſit.*

Quinto retorqueri poſſe videtur, *l. ſi quis ita, §. ſi. ff. de tut.* quaſi ibi ſpeciale eſſe videatur, fauore ſubiectæ materiæ, vt appellatione poſthumarum filia poſt teſtamentum edita contineatur.

Sexto allegãt auctoritatẽ Auli Gellii, *lib. 2. c. 16.* vbi reprehendit Ceſelium vindicem exiſtimantẽ, ꝙ in dictione poſthumi nihil aliud notandum eſſet, q̃ particula *poſt*, ita vt ſequẽtia *humus* duntaxat intendantur, ſiue inflectãtur, quemadmodũ in dictione *citra citimus, extra extimus*, præterea Plutarchũ in vita Syllæ & Marci Coriolani, Varronem *de lingua latina lib. 8. ſect. 38.* Carolum Sigonium de nominib. Roman. differentẽ, Iſidorum *lib. 9. c. 5.* itẽ *fragment. Sexti Pompei in verb. ſeq. poſthumus cognominatur poſt mortem patris natus*, item Plautum *in Aulularia* dum ait:

Qui poſt mediam ætatem ducit vxorem domum.
Si eam ſenex intra annũ prægnantẽ fortuito fecerit.
Quid dubitas, quin ſit paratũ nomẽ puero, poſthum⁹.

Item Euſebiũ in Chronicis, & id genus alios auctores, qui haud obſcure inſinuẽt poſthumum dici, qui poſt humatũ patrẽ natus ſit.

In hac † opinionũ cõflictatione, vltimam ſententiam probabiliorem eſſe conſtituo, ſi 5
de orthographiæ ratione loquamur, vt hæc dictio cum aſpiratione ſcribenda videatur. Quemadmodũ n. in verbo † poſtliminium 6
non ſolum vis conſtituitur in particula, *poſt*, ſed ẽt in ſeq. parte *liminis*, §. *ſi ab hoſtib. Inſtit. quib. mod. ius pat. põt. ſoluit.* vt ſcil. intelligatur de eo q. poſtea reuerſus ſit ad limina ſuæ patriæ vel imperii, quo cõtinebatur, ita & hic dicendũ ſit, vt poſthumus is intelligatur, qui iã humato patre ſuo genitus ſit. Hinc ẽt videmus, ꝙ quemadmodũ † Cæſares nomen 7
acceperint a cæſo matris vtero, Agrippas quaſi ægre partos ſcil contra naſcentium legem, pedib. prius ex vtero emergentib. Vopiſcos cũ ex gemellis vno defuncto alter ſupuiuat Procul⁹ quaſi ꝓcul & foris agẽte patre natos, ita quoq; poſthumos illos appellare ſolebãt, quos pater poſt obitũ parẽtis enixa eſſet, vt hæc late ꝓſequitur Alex. ab Alex. *genial. dier. li. 1. c. 9.* & ibi Tiraq. *in add.* Cũ itaq;

Digitized by Google

hæc ſit probabilis verbi deriuatio, non video quid temere & citra magnum fructum luctemur, ſi de ipſa orthographia quæramus. Nam & in ipſo Codice atq; Inſtitutis dictionem *poſthumus* per aſpirationem ſcribi animaduertimus. Neque obſtare putamus au-
8 ctoritatem † Pandectarum Florentinarum. Quamuis enim deſcriptor eius libri, ſatis diligentem in aliis ſe præbuerit, tamen Græcus cum eſſet, aliorũ Græcorum errore ductus, qui vocem poſthumus ſine aſpiratione enuntient, emendandum putauit, quod minime corrigendum erat, cum lingua latina & eius orthographia non ex Græco ſermone pendeat, ſed origine ſui ipſius, & vſu recte loquentium Nec mouet auctoritas Virgilii, cum verba ipſius longe alium ſenſum recipiant, vt dictionem longæuus accipiamus pro eo, qui vt immortalis inter Deos relatus ſit, vel quod magis placet, qui natus eſt, ipſi Æneæ cum prouectæ ætatis deceſſiſſet, ita vt hic verſus confirmet noſtram ſenten-
9 tiam, maxime inſpecta auctoritate † Auli Gellii in loco allegato, qui Syluium poſt mortem patris Æneæ natum profitetur.

Hæc de ortphograhia, nũc de propria ſignificatione ipſius verbi. Et ſane dicendum vna cum Vlpiano *l. 3. §. 1. ff. de iniuſt. rup. &*
10 *irrit. fact. teſtam.* appellatione † poſthumi illum deſignari, qui poſt mortem patris duntaxat natus ſit. Vnde ſi Gallus Aquilius in conceptione formæ ſuæ, mortis paternæ & & auitæ mentionem non feciſſet, tamẽ nepos viuo auo poſt mortem patris ſui natus eſſet, inſtitutio de eo tanquam poſthumo nepote facta ante legem Velleiam non valuiſſet, vt ſequentia eiuſdem §. verba coar-
11 guunt. Sed quia † ſępe eueniebat, vt is, quem pater graui fortaſſe ex valetudine decumbens, poſt mortem ſuam edi debere exiſtimaret, ſe viuo naſceretur, & tamen eadem vtroq; caſu teſtatoris mens eſſet, receptum videtur vt diſpoſitio de poſthumo ſimpliciter facta, nõ ſolũ de illo intelligeretur quem vxor poſt interitum viri peperiſſet, ſed etiã quem illo adhuc viuo enixa eſſet, eaq; conſideratio, nec non quod inopia vocabulorum plerumq; ad illa confugere debeamus, quæ ſunt cognatę ſignificationis, impetraſſe creditur, vt poſthumi vocabulũ ad vtrumq; referretur, vt apparet ex locis pro prima parte deſignatis, & comparatione dictionis filii, quia nepotes nõ ex propria ſignificatione verbi, ſed ex iuris interpretatione, aut mentis teſtantium coniectura comprehenduntur, *l. filii l. liberorum 220. ff. de verb. ſignif.* §. *1. de qua re copioſius in l. Gallus* §. *1. n.* ... Pari ratione videmus appellationẽ præteritionis exheredationem contineri, ſi miles ſciens filium prætereat, *l. ſicut, ſup. de teſtam. militat. item l. ſi cum patronus 12. ff. de bonis libert.* Idem deinde probari animaduertimus in voce *fructus*, ſi tractetur an eius pronuntiatione etiam vſuræ comprehendantur; vt de illa re diſſeruimus in explicat, *leg. certum, ſup. de rei vindic. c. 1. item in l. 1. ſup. de teſtam.* Vnde † in- 12
ferimus, quod licet poſthumi vocabulum etiam porrigatur ad filios poſt teſtamẽtum viuo teſtatore natos, quod tamen illud magis fiat ex vi rationis & mentis diſponẽtium, quam proprietate ipſius verbi; *vt admonet Bart. in l. Gallus num. 2. & 7. ff. de liber. & poſth. hered. inſt. gloſſ. ib. in verb. poſthumus, Marian. Socin. ibid. num. 41. Alex. in rubr. tit. de lib. & poſthum. hered. inſt. num. 5. Alciat. ibid. num. 3. & 8. Iaſon in rub. h. t. num. 5. Sichard. num. 3.* inde etiam ſtatuẽdo, quod ſi lege municipali mentio fieret poſthumorum, nõ poſſe eam intelligi niſi de natis poſt mortem parentis. Et hanc opinionem communem eſſe dicit Iaſon, idemque fatetur Petr. Ricciard. *Inſtit. de exhered. liber.* §. *poſthumi*, quamuis ipſe diſſentiat, leges enim municipales, in quibus caſibus contra iuris ciuilis diſpoſitionem aliquid inducunt, ſtricte accipiẽdas eſſe, ſupra oſtendi, *arg. l. in honorariis,* §. *fin. ff. de oblig. & action. l. vt gradatim 11.* §. *1. ff. de munerib. & honorib. accedunt l. fin. ff. de decret. ab ordin. facien. l. in lege 203. ff. de verb. ſignif. c. in noſtra extr. de iniur.* Quæ de ſtatutis dicta ſunt, eadẽ quoq; vt ſupra admonui transferri poſſunt ad cauſſam reſcriptorum priuilegiorũ, & id genus alia, in quibus propria atq; ſtricta interpretatio ſequenda ſit.

Obſeruãdum tamen hoc loco eſſe duxi, quod quamuis † origo & etymologia verbi, 13
ſi originem ipſam intueri velimus, anguſtiorem ſignificationem ſuadeat, tamen vſum & conſuetudinem apud omnes, vel ſaltem bene & emendate loquentes ſæpe proprietatem verborum mutare, & ad alias res traducere, vt videre licet in appellatione ſupellectilis *l. Labeo, ff. de ſupellect. legat.* tabernæ *l. taberna 183. ff. de verb. ſignif.* poſſeſſionis *l. 1. ff. de acq. vel amittend. poſſeſ.* fructus, dum ad alia commoda quam quæ tellus fundere ſolet, porrigitur, vt aperui *in l. certum ſup. de rei vindicat cap. 1.* & in his non ſolemus ſpectare illam ſignificationem, quam origo vocabuli inſinuaret, ſed quã vſus loquendi probaſſet, *vt in*

Digitized by Google

vt in legibus allegatis. Idem itaq; in dictione *poſthumus* ſtatuendũ eſſe videretur, cum ſupra oſtenderimus, tot locis hanc vocẽ vſurpatam eſſe. Hæc quamuis me nõ mediocriter moueant, tñ mihi religio eſt a communi ſententia diſcedere, ꝙ, *vt ſupra admonui*, id videatur nõ ex propria ſignificatione verbi fieri, ſed ex fuſiori, quæ menti diſponẽtium reſpõdeat, interpretatione, ſed hoc ita, ſi eidem cõuenientem moderationem adſcribamus, vt ſcil. etiam in ſtatutis poſthumi vo-
14 cabulum † in benigniori ſignificatione tũc accipiendum ſit, cum plane eadẽ ratio eſt, veluti ſi ſtatuto caueatur, ꝙ per filiã poſthumam nõ rumpatur teſtamentũ paternum, aut vlterius vitietur, ẽt quoad inſtitutiones, quam vſq; ad quantitatẽ legitimæ portionis. Cum n. hoc locũ habeat in vero poſthumo, qui poſt parentis funera natus ſit, multo magis procedet in illo, qui poſt teſtamẽtũ patris natus ſit, cui ſi parẽs plura relinquere voluiſſet, id facere potuiſſet, nam apud noſtros interpretes illa definitio recepta videtur, ꝙ quoties definitio legis ex benigniori ſignificatione ẽt aliam perſonã complecti põt, & plane eadem vel vrgẽtior ratio interueniat, idem quoq; ius in legib. correctoriis ꝓbare debeamus, *arg. l. filium habeo, ff. ad SC. Maced. Nic. Euerh. in loco a ratione legis larga, n. 32. poſt Bart. Bald. Caſt. Imol. & alios in hanc ſententiam laudatos*, de qua re nos copioſius *in auth. quas actiones, ſupr. de ſacroſ. eccleſ. c. 8.* Contra ſi lege municipali homines receptæ auctoritatis & dignitatis conſtituti ſint, qui ſe poſthumorũ vindices & ꝓpugnatores cõſtituere debeãt, a ꝓpria ſignificatione verbi nõ recedemus, vt ſcil. poſthumi poſt ſepulturã parentũ nati, hoc prærogatiuæ duntaxat habeant.

His fundamentis iactis, non puto magni negotii eſſe argumenta cõtraria ordine diluiſſe: nam ꝙ ad primum attinet, eidẽ ſupra ſatiſfecimus, idem de ſecundo dici põt, admiſſa & illa conſideratione, ꝙ nihil prohi-
15 beat † auctores figurate loquentes, verbum certæ ſignificationis, ad aliã q̃ huic cognata & finitima ſit, neceſſitatis vel elegãtiæ cauſſa transferre, ꝙ ſane de Tertull. & Apuleio dici põt. Nam quod ad Plinium attinet, illum hoc dicentem non inuenio, & meo iudicio Cuiacius eo nomine nõ male reprehenditur a Roberto Aurelianenſi. Accedunt tot doctores pro noſtra parte allegati, ita vt ſi vno aut altero in loco mendum irrepſiſſet, hinc tolli & corrigi poſſit.

Quæ tertio cõmemorantur colorẽ contrariæ ſententiæ aſpergere poſſent, ſed tñ re accuratius trutinata, eodẽ nos occæcari non patiemur. Etenim, *vt antea admonui*, conſtat ex definitione ipſius Vlpia. *l. 3. §. 1. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* poſthumos eos dũtaxat dici, qui poſt mortem parentis naſcũtur, ſed quod in iiſdem definitum eſt, in his, qui viuo patre, tñ poſt teſtamentum factum nati ſint, auctoritate legis Velleiæ, *l. Gallus, §. nunc de lege Velleia, ff. de lib. & poſth. here. inſt.* in caſu *d. l.* inductum fuiſſe: quæ res argumentum locuples præbet, ꝙ ante eandẽ legem aliud obtinuiſſet, etiãſi Gallus Aquilius de poſthumis ſimpliciter locutus fuiſſet. Porro queadmodum
lex † Vellea multa ſuppleuit, & exẽplo eiuſ- 16
dem legis alii ICti. in controuerſia ibidem propoſita, ita quoq; ꝙ in poſthumis ſtatutũ eſſet, transferre ad eos cœperũt, qui poſt teſtamentum nati ſint, non tam ex proprietate ſermonis, quã vi rationis & eiuſdem voluntatis, cum nedum illi liberi quos mater mortuo parente enixa eſt, ſed etiã qui antea editi ſunt, filiorum nomen & ius habeant, & propterea teſtamentũ, ꝙ præceſſerat, rumpant. Quæ conſideratio quoq; effecit, vt in vocabulorũ inopia, & vt ſenſa animi ſui tanto melius explicarent, hos ipſos etiam poſthumos appellauerint, *vt antea oſtendimus.*

Quæ ſequenti, idq; quarto loco adferun-
tur † *ex l. 3. §. ex his apparet, ff. de iniuſt. rupt. &* 17
irrit. fact. teſt. non ſolum quidquam præiudicii noſtræ inſpectioni adferre poſſunt, ſed eandem potius confirmare intelligentur: ſi ponderauerimus Vlpianũ ICtum, cum antea definiiſſet pronũtiatione poſthumorum duntaxat illos deſignari, qui poſt mortem patris nati eſſent, inſinuaſſet tamen in propoſita controuerſia, cum de rumpẽdo teſtamẽto paterno agitur, exemplo legis Velleiæ etiam illos ad eandẽ cauſſam pertinere, qui poſt teſtamentum viuo adhuc parente nati eſſent, mox vt generali atq; proprio vocabulo vtroſque complecteretur, recte hæc verba ſubiicit. *Ex his apparet aliam cauſſam eſſe filiorum ſuperſtitum, aliam poſteriorum, illi iniuſtum faciunt, hi rumpunt, illi ſemper, hi ſi naſcantur, nec inueniant ſe exheredatos.*

Quod is, qui ex ventre matris † exſeca- 18
tur poſthumus appelletur, *in leg. poſthumus, ff. de inoffic. teſtamen.* inconueniens videri non debet, quamuis enim non naſcatur poſt mortem matris, tamen propter miſerandum caſum pro nato habetur, *l. quod dicitur duodecim, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* vt ſcilicet, rumpat teſtamentum.

Digitized by Google

Neque ad rem pertinet quod exſectus ante
funus matris poſthumus vocetur, cũ ea quæ
raro accidunt, in conſideratione non ſint,
atque omnibus caſibus propria & peculia-
ria verba attribui nequeant.

Non vulgare momentum impreſſio ſex-
to loco facta, obtineret, ſi fragmentis inſti-
19 tutionum Gaii, eadem † auctoritas adſcribi
poſſet, quæ incorruptis Pandectarum legib.
l.3.§.1.ff.de iniuſt.rupt. & irrit.fact.teſta. cum
enim hæc fragmẽta dicant duo eſſe poſthu-
morum genera, Vlpianus autẽ neget, quæ
definitio cui præferatur. Deinde circũſcri-
pta auctoritate fragmentorum, quod prohi-
bet hanc dictionem genus ita accipi, vt vi-
demus exaudiri, *in l 3.§.genera, ff.de acqui. vel
amit. poſſ.* vbi dictio generis accipitur pro
certa qualitate, nullam ſpeciem dialecticam
continente.

Hæc de poſthumi Orthographia & pro-
pria ſignificatione, reliquum eſſet, vt cum
20 Accurſio diſpiceremus, quot † modis poſt-
humi dicantur. Qua in re obſeruãdum eſt,
21 Accurſiũ non quærere, quot † ſpecies poſt-
humorum ſint, vt multi eundem accipiunt,
maxime Iaſon *hic n.1. Ioh. Sich. n.2. Bart. Soc.
ff. de lib. & poſth. hered. inſtit. in rubr. n. 2. Alex.
n.3. & ſeq. Salomonius in l. Gallus, in prin. n. 22.
Pet. Ricciard. §. poſthumi, Inſti. de exhered. liber.
n.2. & ſeq.* Sed quam variæ rationes ſint, per
quas quis agnoſcendo, vel in locum alterius
ſuccedendo, ius rumpendi teſtamenti (vt
ille qui vere poſt mortem & funus patris
naſcitur) habeant. Etenim præter hos, de
quibus dudum mentionem facimus, illos
ſecundo eſſe conſtituit, qui poſt teſtamen-
tum adhuc viuo parente naſcuntur, cum hi
etiam prius teſtamentum infirment, *l. 3. §.
ex his, & §. nominatim, ff. de iniuſt. rupt. & irrit.
fact. teſtam.* Tertio in eadem conditione il-
lum eſſe declarat, qui loco filii arrogetur, *l.
filius a patre 28. §. 1. ff. de liber. & poſthu. hered.
inſti. item arg. inſtit. quib. mod. teſt. infir. in prin.
§. adoptiui, Inſti. de exher. libert.* Quarto, inter
poſthumos reſcribit nepotes, quo cum an-
tea in aui poteſtate fuiſſent, mortuo eodem
auo in patris poteſtatem recidant, *d. l. filius a
patre, §. 1.* Quinto, in eodem numero eſſe cõ-
ſtituit, eos nepotes, quib. cum antea paren-
tes, qui ius ſui heredis habebant, obſtarent,
illis e medio ſublatis, ſuccedere ſolent, & iu-
ra ſuorum heredum nanciſci, *l. poſthumorum
13. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. §. poſt-
humorum, Inſtit. de exhered. liber.*

Præter hos modos Iaſon *hic n.1.* & alii do-
ctores ſupra a nobis deſignati, item Vaſq. *de
ſucceſ. creat. lib. 2. §. 19. n. 29.* pronuntiãt, adhuc
aliam eſſe poſthumorũ ſpeciem, vt ipſi vo-
cant, vel, vt res ipſa declarat, imaginem eun-
dem iuris effectum in rumpendo exhiben-
tem, ſi naturalis filius poſt teſtamentum fa-
ctũ titulo & nomine legitimi filii donetur,
§. generaliter, nouell. quib. mod. natual. effic. ſui.
Adiiciunt denique & ſeptimã, ex qua quis
poſthumorum loco cẽſeri poſſit, rationem,
ſi quis monaſterium poſtea ingrediatur, *arg.
auth. ſi qua mulier, ſupr. de ſacroſ. eccleſ. & ibid.
Cyn. atque Bald. Iaſon. hic nu* 1. *Alciat. in l. Gal-
lus, nu. 46. ff. de liber. & poſth. hered. inſtit. Petr.
Ricciard. in §. poſthumi, Inſtit. de exhered. lib nu.
31.* vbi ait hanc eſſe communem canoniſta-
rum opinionem, quamuis iuris ciuilis inter-
pretes ſaltem pro inſigni parte diſſentire vi-
deantur. De qua re copioſe Iac. Menoch.
*libr. 4. præſumt. 83. nu. 1. Franc. Mantic. de conie-
ctur. vltim. vol. lib. 11. tit. 7.* Nos autem, quod
ad præſentem quæſtionem attinet, expedi-
uim' in *d. auth. ſi qua mulier.* Huc referri poſ-
ſunt † multæ aliæ diuiſiones, veluti quod 22
quidam ſint poſthumi filii, quidam autem
poſthumi nepotes, item quod ſint aut ſui,
aut alieni, de qua quæſtione nos *in l. Gallus,
ſub finem, præſentis tituli.*

Lex Prima.

Svmmaria.

1 *Poſthumus præteritus teſtamentum ita rumpit, vt nec legata, nec fideicommiſſa debeantur, ſine diſtinctione pater de eo cogitauerit an minus.*

2 *An quæ de exheredatione poſthumorum multis in locis comprehenſa ſunt, nunc abrogata videantur diuerſa doctorum ſententiæ.*

3 *Aſſertio Alciati nihil inde mutatum eſſe.*

4 *Quomodo leges de poſthumorũ exheredatione loquentes intelligenda ſint.*

5 *Exheredationem poſthumi conſulendi animo factam etiam hodie procedere.*

6 *An illud eo caſu admittendum ſit, quo parens legitimam portionem particulari titulo reliquiſſet, & præterea poſthumum exheredaſſet.*

CVm liberi in ſpem ſucceſſionis ab *inte-
ſtato,* ipſa natura vocentur, *l. cum ratio, ff.
de bonis damnat.* & in eadem conditione ſint
poſthumi, recte Imperator hac lege conſti-
tuit, quod ſi † quis poſt teſtamentum in qua 1
nullam poſthumorum ſuorũ mentionem
fecit, filium aut filiam ſuſtuliſſet, agnatione
poſthumi vel poſthumæ ruptum teſtamen-
tum eſſe, & propterea nihil deberi aut peti
poſſe. Etenim aut pater de poſthumo cogi-
tauit, aut nihil tale accidit, priori caſu teſta-
mentum propterea infirmatur, quod libe-

Digitized by Google

ros a ſucceſſione propria ſilentio ſubmoue-
re non potuit, *Inſtit.de exher.lib.in princ. &* §.
poſthumus, & recte ipſi obiici queat, quod vo-
luerit quod non potuerit & quod noluerit,
quod poterat, *l. multum interſt, de rebus a-
lien. non alienand.* potuit enim poſthumũ ex
legitima portione inſtituẽdo, de ceteris re-
bus diſponere, *l. ſi poſthumus, ff. de inoffic.teſt.*
potuit denique eundem exheredare, aſſi-
gnata legitima portione ex cauſſa legati vel
fideicommiſſi, *l. poſthumi 3. ff. de iniuſt.rupt. &
irrit.fact.teſt.* ſi iungatur cum *l. Papinianus*, §.
2 *quoniam. ff. de inoff teſtam. l. poſthumo, ſupra de
bon.poſſ.cõtr.tab.* † Sed quæſtionis eſt an quæ
de exheredatione poſthumorum multis in
locis, *vt l. maximum vitium, in fi. ſupr.tit.prox.*
oſtendimus, comprehenſa ſunt, nunc abro-
gata videantur, per auth. *ex cauſſa*: Mouet n.
dubitationem quod poſthumus nullam in-
gratitudinis cauſſam cõtrahere poſſit, vnde
doctores communiter concludunt antiqua
iura ſublata eſſe, maxime cum Iuſtin. *l. cum
quidam ſuo, ſupr. de inoff.teſtam.* §. *fi.* iam antea
conſtituerit poſthumum odio culpæ pater-
næ prægrauari nõ debere, & ea cauſſa quam
perſequitur Franc. Conan. *commen.lib.9.cap.
10.n.5.* quod ſcil. poſthumus, ex eo poſſit ex-
heres ſcribi, quod pater ſuſpicionem de eo
concepiſſet, tanquam ex adulterio natus eſ-
ſet, ſatis idonea nõ videatur, cum filius non
ex ſuſpicione, ſed certo iudicio exheredari
debeat, *l. 3. § pure, ff. de lib. & poſthu. hered.in-*
3 *ſtit.* Contrarium tamen conſtituũt † Alciat.
paradox.lib.4.c.10. Ferd.Vaſq.de ſucceſſ.creat. §.
19.requiſit.29.declarat.3.n.191. quod nuſquam
conueniens iuris auctoritas proferatur, qua
definitio iuris veteris emendata ſit, quam-
uis enim ex alieno facto filius perſtringi nõ
debeat, *dict. l. ſi quis in ſuo*, §. *fin.* neque offen-
ſionis vllam cauſſam per ſe præbere, cum e-
ius, quod non ſit, nullæ ſint qualitates, *l. Cel-
ſus. ff. de vſurpat. & vſucap.* & exheredatio in
cauſſam futuram concipi nequeat, *l. 3.* §. *pu-
re, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* tamen
potuiſſe poſthumũ iure veteri ſine vlla cauſ-
ſa exheredem ſcribi, ita tamen, vt per inof-
ficioſi querelam teſtamentum expugnare
potuerit, *l. poſthumus 6. ff. de inoffic. teſtament.*
Conſequens itaque eſſe, vt hoc ius adhuc
4 ſaluum ſit. Ego autem exiſtimo eaſdem † le-
ges aliter accipi potuiſſe, vt ſcilicet poſthu-
mus exheredari potuerit legitima portione
per legatum vel fideicommiſſum, vel ſimili
ratione relicta, *argum. l. Papinianus 8.* §. *quo-
niam cum ſequen. ff. de inoff.teſtam.* quod pro-
pterea neceſſarium fuit, quod in poſthu-
mis ſuis eadem ratio intercedere videretur,
quæ in ſuis filiis, vt nati in ſpẽ dominii inde
titulo particulari nulla exheredatione in-
teruenientе, depelli non potuerint.

Concluſio itaque mea eſt, poſthumum
regulariter, cum effectu amplius exhereda-
ri non poſſet, niſi conſulendi † animo illud 5
fiat, *l. multi non notæ, ff. de liber. & poſthum. he-
red inſtit.* & ita intelligo exemplum ab Al-
ciato *libro tertio paradox.capit. 10. propoſitum.*
Sed an illud eo caſu † probandum ſit, quo 6
particulari titulo legitimam portionem pa-
rens reliquiſſet, & præterea exheredaſſet?
ſubſiſto, quod durum eſſe videatur, ſi dica-
mus poſthumi cõditionem deteriorem eſ-
ſe, quam filiorum natorum, cum inſtitutio-
nes irritæ declarentur, ſi ipſi hoc modo ex-
heredati ſint, §. *aliud autem capitulum, item*, §.
ſin autẽ hæc obſeruata, 115. Rurſum timẽdum
eſt, ne, dum cauſſam poſthumorum com-
plecti atque munire conamur, eandem ex
alia conſideratione ſubuertamus, vt præte-
riti, vel ſimpliciter exheredati, legata vel fi-
deicommiſſa ſecundum doctorum noſtro-
rum ſententiam, quorum mentionem feci,
in d. auth. ex cauſſa, præſtare cogantur, vt iu-
ra antiqua de poſthumis loquentia correcta
vtroque caſu ſtatuamus, quæ aliam cauſſam
eſſe voluerint natorum filiorum, aliã poſt-
humorum, §. *poſthumus, Inſt. de exher. liber. &
l. 3.* §. *ex his apparet, de iniuſt. rupt. & irrit. fact.
teſt.* quod ſcil. incertum eſſet, an poſthumi
naſcerentur, *d.* §. *ex his apparet, item d.* §. *poſt-
humus, deinde l. 2 hoc tit.* Præterea quod non
facile decerni poſſit, an poſthumus decimo
menſe poſt mortem teſtatoris natus, vere fi-
lius ipſius iudicandus ſit, niſi quis his dubi-
tandi cauſſis repudiatis ſtatuat *Nouell. 115.* §.
aliud autem capitulum, item §. *ſi autem hæc ob-
ſeruata*, §. *ceterum*, non pertinere ad perſo-
nã poſthumi, quatenus læderetur, ſed quo-
ad fauorem ipſius contineret, *argum l. non
eo minus 14. ſupr. de procurat.* idque non ex de-
finitione ipſius legis, ſed vi rationis, quod ſa-
ne maturiori deliberationi ſeruandum ex-
iſtimo.

Lex, Vxoris 2.

SVMMARIA.

1 *Si vxor teſtatoris abortum fecerit teſtamentum i-
pſius ex præteritione poſthumi non rumpetur.*

2 *Res quæque ex conſummatione nomen & formam
accipit.*

3 *Teſtamentum quod natiuitate poſthumi ſemel ru-
ptum fuerit, non reſtituitur, quamuis poſtea ilico
deceſſerit.*

4 *An momentanea ſint in conſideration, & nu. 6.*
5 *Quod ab initio vitioſum eſt, ex poſtfacto cõualeſce-re non ſolet.*
7 *Intellectus l. poſthumus, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.*
8 *An vt poſthumus præteritus rumpat teſtamentum, diſtinguendum ſit, vtrum teſtamentum oppugnauerit, an minus.*

QVanquam, *vt antea audiuimus* natiuita-
te poſthumi rumpatur teſtamẽtum,ta-
men hoc ita exaudire non debemus, vt ille
poſthumus intelligatur, qui nondum vitam
1 conceperit, & ideo ſi † vxor abortum feciſ-
ſet,teſtamenti vis non ſoluetur, *vt hac noſtra*
lege,& §.poſthumus,Inſtit.de exhered. liber. Et-
2 enim verba † legum, nec non aliorum diſ-
ponentium intelligẽda ſunt,de re perfecta,
quæque nomen & formam ex conſumma-
tione accipiunt, *l.ſi is qui quadraginta 80.ff.ad*
leg.Falcid. De qua re copioſius *in l.ſeq.* Addi-
tur in textu, ꝙ *ſi poſthumus præteritus viuus ſit*
3 *natus,* † *quamuis illico deceſſerit, teſtamentum*
hoc caſu infirmatum non reſtitui. Contrarium
4 videbatur ꝙ momentanea † nõ videantur
eſſe in conſideratione, *c. nam & ego,de verb.*
ſign.quodque l.poſthumus 12.ff.de iniuſt.rupt.&
irrit.fact. teſtam. comprehendatur, quod ſi
poſthumus præteritus,viuo teſtatore natus,
deceſſerit, ſcriptum heredẽ bonorum poſ-
ſeſſionem contra tabulas poſſe petere,adeo
vt rem obtineat. Aliud tamẽ definit Impe-
rator,ſtatuẽs: quod ſemel ruptum ſit, ex ca-
ſibus incertis non conualeſcere. Quo refer-
5 ri poteſt regula iuris,quod initio † vitioſum
eſt, *item l.ſi quis heredem,ſupr.de inſtit.& ſubſt.*
ſatis eſſe,quod heres ſemel cõditioni paruc-
rit,quamuis cauſſa poſtea mutata ſit. Acce-
dit,quod ius heredib. poſthumi ſemel quæ-
ſitum,illis amplius auferri non debeat, *l. id*
6 *quod noſtrum,ff.de reg.iur.* Nec mutant † ar-
gumenta, quæ fluctuãdi anſam præbere vi-
deantur,momentanea enim tunc in conſi-
deratione nõ ſunt, cum ius alterius ex cauſ-
ſæ mutatione non læditur, *arg.l. quidquid in*
calore,ff.de reg.iur.& d. c. nam & ego. Quam
7 interpretationem recipiat † *l. poſthumus,ff.*
de iniuſt.rupt. & irrit.fact.teſtam. expedio in
enarratione *l.Gallus.* In præſentia itaq; ſuffe-
cerit admonuiſſe, quod ea lex intelligenda
ſit de iure prætorio,non autem ciuili, dein-
de quod tacitus conſenſus patris teſtamen-
to rupto, in prima voluntate perſeuerantis,
id etiam ſuadere videatur, hic autẽ luctuo-
ſam hereditatem filii non videtur matri &
aliis heredibus inuidiſſe, *l.ſin.ſupr.de inſtit &*
ſubſtit. cum alioquin ſubſtituendo filio ſuo
huic rei occurrere potuiſſet. His ita expoſi-
tis confirmari ſententia illorum videtur,qui
conſtituunt,filio aut poſthumo præterito, ſi
is poſtea naſcatur, teſtamentum adeo irri-
tum conſtitui,vt nihil referat,an filius teſta-
mentum † oppugnauerit,an minus, *Alex.* 8
in l.poſthumo,ſupr.de bonor.poſſeſſ.contr.tab.nu.
16.Decius nu.9.Riminald.§.teſtamentum,q.43.
Ferd.Vaſq.de ſucceſ.creat.§.30.nu.109.

Lex, Quod certatum 3.

SVMMARIA.

1 *Poſthumus præteritus, & poſtea natus rumpit, teſtamentũ, quamuis nulla voce emiſſa poſtea deceſſerit.*
2 *Non idem obtinere, ſi partus ad monſtrum vel prodigium declinaret.*
3 *Diſſoluta repuggnantia huius legis, & l. quæret aliquis 135. ff. de verb. ſign.*
4 *Non ſunt liberi, qui contra formam humani generis conuerſo more procreantur.*
5 *An monſtrum occidens ratione homicidii teneatur.*
6 *Oſtentorum duo genera.*
7 *Intellectus l. quod dicitur 12. §. 1. ff. de liber. & poſth. hered. inſtit.*

COntentionem, quæ inter Sabinianos
& Proculianos per aliquot forte ſecula
fuit ratione poſthumi,qui natus ilico deceſ-
ſiſſet, *an ſcilicet, ſi nullam vocem vagiendo edi-*
diſſet,teſtamentum prius rumperet, hac conſti- 1
tutione Iuſtinianus diremit. Statuit † itaq;
inſpiciendum non eſſe an vocem emiſerit
an minus,ſed an viuus perfecte natus ſit, ꝓ-
bans illud exemplo muti, qui vocem, vt alii
vagientes pueri edere non ſoleat, ſatis eſſe
exiſtimans quod puer more veterum vel in
terram ſtatutus ſit, quas mores variis aucto-
ritatibus hoc loco Godefredus confirmat,
vel quod ab ipſa obſtetrice † exceptus ſit, 2
quamuis in manibus eius exſpirarit, addit
tamen exceptionem vnam,ſi ad monſtrum
vel prodigium declinaret.

Sed contra hãc exceptionem vrgere vi-
detur † *l.quæret aliquis 135.ff.de verb.ſignif.* vbi 3
Vlpianus Iuriſconſultus conſtituit, ꝙ ſi mu-
lier aliquid portẽtoſum vel monſtroſum e-
diderit, vel partum non humanæ figuræ,ſed
alterius magis animalis viſu vel vagitu no-
uum, hunc tamen partum parentibus pro-
deſſe, vt pœnam legis Iuliæ & Papiæ euitẽt,
Sciendum itaq; eſt ſeparatam eſſe quæſtio-
nẽm,an partus qui ad monſtrum vel prodi-
gium declinet,parentib. proſit ad effugien-
dũ illas pœnas, quæ lege Iulia Papia in illos
conſtitutæ erant, qui cœlibem vitã agerent,
vel contractis nuptiis nullas proles, vel non
tot numero, quod definiebantur, vt quis ab
extraneis

Digitized by Google

extraneis ex teſtamento capere poſſit, hic enim qualemcunque partum ſufficere, non idem tamen probandum eſſe, ſi de iure ſucceſſionis tractaretur, huiuſmodi enim partum in conſideratione non eſſe, conſtat ex definitione præſentis legis. Ratio eſt,
4 quæ traditur a Paulo Iureconſulto, † quod non ſint liberi, qui contra formam humani generis conuerſo more procreentur, *l. 14. ff. de ſtatu hom.* Non enim ſatis eſt ad hominis propagationem, vt ex ſpermate humano oriatur, ſed forma quoque humana requiritur, a cuius perfectione, vt ceteræ res, *l. ſi is qui quadringēta 80. ff. ad leg. Falcid.* ita quoque homo nomen ſuum accipit ſine qua rationis particeps reddi nequeat, vt hãc quæſtionem copioſe perſequitur Gœddeus *in l. oſtenſum, ff. de verborum ſignificat. numer. 11. & ſequen.* Qua de cauſſa etiamſi quis huiuſ-
5 modi † monſtrum, quamuis ex muliere editum occidat, ratione homicidii conueniri non poterit, vt conſtituunt *in leg. quod dicitur 12. ff. de liber & poſthum. hered. inſtitut. Angel. numer. 2. Iohan. ab Imol numer. 2. Alexand. num. 2.* quamuis Baldus *ibid. numer. 2. & 3.* generaliter pronunciet homicidam eſſe, qui hominem monſtroſum interficiat: Eius enim dicta Angel. Alexand. item Ioh. ab Imol. prætereа Gœddeus *in dicta. lege oſtentum, numer. 16.* certa diſtinctione emen-
6 dant, vt cum duo ſint oſtēti genera † ſecundum Labeonem, *dicta leg. oſtentum 38. ff. de verborum ſignificat.* vnum, quod contra naturam quidem naſcitur, formam tamen habet humanam, *vt ait Iuriſconſultus, dict. leg. non ſunt liberi 14. ff. de ſtatu homin.* veluti ſi membrorũ humanorum officia amplientur, veluti quod quis natus ſit cum trib. manibus vel pedibus, aut contra, cum vna manu aut pede, *dict. leg. oſtentum*, alterum vero, quod plane aliam figuram induerit, veluti ſi mulier canem, vrſum, vel monſtroſum aliquod animal enixum ſit, de quibus Leuinus Lemmius *libro primo, de occult. natur. mirac. cap. 15.* Priori enim caſu ſucceſſioni locus erit, & qui huiuſmodi partum præfocat, homicidii tenetur, *l. prima, ff. ad legem Corn. de ſicar. §. & qui hominem:* Secundo vero caſu ceſſabunt hereditatis iura, *vt hac noſtra lege,* & quis de homicidio puniri non poterit.
7 Nec obſtare putamus † *l. quod dicitur 12. §. primo, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtitut.* vbi Vlpianus Iuriſconſultus inſinuat ſufficere ad rumpendum teſtamentum, quod mulier non integrum animal, cum ſpiritu tamen enixa ſit. Appellatione enim animalis non intelligimus beſtiam, ſed hominem quamuis defectu aliquo laborantem, cum generalis ſignificatio animalis interpretationem recipiat a noſtra lege, *item l. non ſunt liberi, ff. de ſtatu homin. l. oſtentum 38. ff. de verborum ſignificat.*

Lex, Finalis.

Svmmaria.

1 *Repugnantia præſentis legis, cum leg. commodiſſime, ff. eod. tit.*
2 *Repudiata ſolutio Bartoli.*
3 *Per præſentem conſtitutionem corrigi vel declarari dictam legem commodiſſime in certis caſibus.*
4 *Patrem in formulis hic conceptis non habuiſſe animum poſthumos ſe viuo natos excludendi.*
5 *Quæ ſint illæ coniecturæ voluntatis, quas Iuſtinianus in conſilium videatur adhibuiſſe.*
6 *Legem, commodiſſime duntaxat in vno caſu non autem altero corrigi.*

Cvm in ipſa enarratione *l. Gallus, ff. de liber. & poſthum hered. inſtitut.* quam mox ſubiicere decreuimus, de vero intellectu huius legis & materiæ eodem pertinentis differere propoſuerimus, paucis duntaxat commemorandũ eſſe exiſtimauimus, quomodo præſens conſtitutio conciliari † poſ- 1
ſit cum *l. commodiſſime 10. ff. eod. tit.* Non putamus itaque eſſe amplectendã ſolutionem Bartoli, quæ in mera diuinatione verſatur, 2
quod ſcilicet noſtra lex exaudienda ſit de teſtatore, qui ex graui morbo decumbat, & ſtatim ſe moriturum cogitet, qui tamẽ præter ſpem poſtea ſuæ valetudini reſtituatur: ſed præferendam expoſitionẽ Chriſtophori Caſtellionei, quàm refert & ſequitur Iaſon *hic circa fin.* Donel. *num. 3.* Cuiacius *in d. leg. commodiſſime*, quod ſcilicet præſens † cõ- 3
ſtitutio corrigat vel declaret *dict. leg. commodiſſime*, in caſibus vel formulis hic expreſſis, *ſi filius vel filia intra decẽ menſium ſpacium poſt mortẽ meam fuerint editi, heredes ſunto:* vel ita, *filius vel filia, qui intra decem menſes proximos mortis meæ naſcentur, heredes ſunto.* Quamuis enim hæc verba, *editi ſunt*, non ſolum determinentur per clauſulam de decem menſibus, ſed etiam per expreſſam mentionem mortis ipſius teſtatoris, quod tamẽ ex coniecturis a Iuſtiniano tam expreſſim quam tacite conſideratis, non † videatur habuiſſe 4
animum filios ſe viuo natos excludendi, vt non immerito Iuſtinianus in hæc verba prorumpat. *Maneat teſtatoris voluntas immutata, ſiue viuo teſtatore, ſiue poſt mortem eius intra decem menſes a morte teſtatoris numerandos ſi-*

Digitized by Google

lius vel filia fuerint progeniti, neque pœnam patiatur præteritionis, qui ſuos filios non præteriit.

5 Coniecturæ † quas Iuſtinianus tacite, in cõſilium adhibuiſſe videatur, ſunt, quod teſtatori videatur propoſitum fuiſſe, vt illos filios excluderet, qui vlteriori tempore fortaſſe naſcerentur, veluti vndecimo, duodecimo, decimo tertio menſe, cum, vt oſtendo *in l. Gallus, circa princ.* non defuerint, qui exiſtiment partum vndecimo menſe & vlteriori tempore editũ, adhuc iuſtum cenſeri. Porro ſi teſtator illum † poſthumum heredem

6 inſtituiſſet, qui ſe viuo naſceretur, hic merito pœnas præteritionis patietur, ſi poſthumus illo mortuo naſcatur, neque legata, neque fideicommiſſa valebũt, *l. prima, hoc tit.* & hoc caſu adhuc ſalua eſt definitio *dict. leg. commodiſſime.*

Cum, Lector candidiſsime, de l. Gallus *in hac materia ſæpe mentionem fecerim, & quaſdam quæſtiones etiã eodem rejecerim, quod alibi ita commode tractari nõ poſſent, interpretis officio cõuenire exiſtimaui, vt pro modo & facultate ingenii mei, promiſsionis fidem præſtarem. Si igitur opera a me in hãc legem, quam totius iuris difficilimam deprædicant, collata placebit, erit quod mihi gratuler: Sin autem occurret, quod offendat, aut iudicio tuo non reſpondeat, ſaltem illud me impetraturum confido, vt conſilii & conatus mei rationem nullo modo improbes, ſed beneuolentia & fauore rei literariæ debita proſequaris.*

Lex Gallus, ff. de liberis & poſthumis heredibus inſtituendis.

SVMMARIA.

1 *Cauſſa quod auctor ſuſceperit explicationem legis Gallus.*
2 *An poſthumi nepotes, ante formulam a Gallo compoſitam, inſtitui potuerint.*
3 *Affirmatiua ſententia Cõnani, Duareni, Cuiacii, cum argumentis.*
4 *Contraria ſententia Alciati, Viglii, Donelli, additis huius ſententiæ conſiderationibus.*
5 *Diſtinctio auctoris.*
6 *Intellectus §. poſthumus, Inſt. de legat. ſecũdum Balduin. Mynſing. Duarenum.*
7 *Alciati de eodem §. iudicium.*
8 *Interpretatio Roberti Aurelianenſis.*
9 *Noua expoſitio auctoris.*
10 *Interpretatio l. pen. ff. de legat. 1. ſecundum varios auctores.*
11 *Examinata deſcriptio poſthumi, petita ex §. poſthumo, Inſt. de legatis.*
12 *Lectio ſiue interpunctio Angeli Spannochii.*
13 *Alia diſtinctio Lelii Taurelli.*
14 *Incertis perſonis iure veteri nihil relinqui potuit.*
15 *Differentia inter incertitudinem, de quo §. incertis, Inſt. de legatis, & incertitudinem, ratione poſthumi.*
16 *Poſthumis alienis an legari antiquitus potuerit.*
17 *Intellectus horum verborum,* qui in vtero eius ſit, quæ iure noſtro vxor eſſe non poteſt.
18 *Differentiæ ratio, quod filius poſthumus heres inſtitui potuerit, non autem poſthumi nepotes.*
19 *An præter formulæ a Gallo compoſitæ diligentiam expreſſa inſtitutio filii requiratur.*
20 *Auctores qui illud defendant.*
21 *Contraria ſententia Bartoli, exiſtimantis talem inſtitutionem neceſſariam non eſſe, cum diuerſis aliorũ interpretationibus, quod ad minus de iure prætorio huiuſmodi teſtamentum ſubſiſtat.*
22 *Argumenta illorum, qui adhuc expreſſam inſtitutionem requirunt.*
23 *Contraria fundamenta pro opinione Bartoli.*
24 *Confirmata ſententia affirmatiua.*
25 *Intellectus l. ſi ita quis inſtitutus fuerit, ff. de hered. inſtit.*
26 *Declarata l. conficiuntur, paragraph. primo, ff. de codicil.*
27 *Examinata in præſenti materia l. Lucius ff. de hered. inſtit.*
28 *Expoſitio l. cum in teſtamento, ff. eod. tit.*
29 *Enucleata l. etiam, §. ſi libertus, ff. de bonis libert.*
30 *Sublata difficultas l. coheredi, §. fin. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.*
31 *Facilius induci ſubſtitutionem quam inſtitutionem, quæ nullo fundamento nitatur.*
32 *Filium iniuria affici, ſi honore paternæ inſtitutionis defraudetur.*
33 *Etiam iure digeſtorum filium fuiſſe inſtituendum aut exheredandum.*
34 *Inſtitutionis verbũ, quemadmodum in lege noſtra accipiendũ, an pro herede, qui primo gradu ſcribitur, an deniq; pro ſubſtitutione.*
35 *Sententia Alciati & Goueani, exiſtimantiũ hanc ſecundam inſtitutionem vere & proprie inſtitutionem dici, non vero ſubſtitutionem, cum rationibus.*
36 *Contrariæ ſententiæ aſſertores cum fundamentis.*
37 *Confirmata prior ſententia.*

38 Quam-

Digitized by Google

38 *Quamuis nepos in eum caſum inſtituatur quo filius heres non ſit, non tamen propterea ſequitur idem teſtamentum ſine inſtitutione filii valere.*

39 *Non poteſt pro teſtamento pronuntiari cum forma ipſius obſeruata non fuit.*

40 *An poſthumi nepotes vel poſthumi alieni iure prætorio ante formulam Galli inſtitui potuerint.*

41 *An verba conditionalia in formula Galli comprehenſa iure prætorio inſtitutionem continere videantur.*

42 *An admiſſa ſententia negatiua teſtamentum ex poſt facto conualeſcat.*

43 *Cur Gallus Aquilius in conceptione ſua formulæ nullam filiæ mentionem fecerit.*

44 *Filias præteritas antiquitus teſtamentum non vitiaſſe.*

45 *Intricata quæſtio cur aliud iuris in nepotibus & pronepotibus ſeruetur, quam in filiabus.*

46 *Error noſtrorum interpretum, qui in formula Galli coheredem datum eſſe ex eo ſubaudiunt, quod alias ius cadxcorum locum habeat.*

47 *Excuſſa ratio cur Gallus Aquilius nedum nepotis ſed etiam neptis mentionem fecerit.*

48 *Maſculinum genus regulariter concipit fœmininum.*

49 *Exceptio prima ſi materia ſubiecta fœminis non cōueniat.*

50 *Exceptio ſecunda ſi ſeparatim de vtroq; ſexſu cautum ſit.*

51 *Exceptio tertia ſi verſemur in materia odioſa.*

52 *An definitio præſentis legis ſit correctoria, an vero limitatoria.*

53 *Etiam in legibus correctoriis appellatione maſculini fœmininum contineri.*

54 *Diſtinctio auctoris intereſſe an agatur de extenſione verborum legis, an vero ipſius teſtatoris.*

55 *Sententia Franciſci Conani quod etiam in legibus extenſio locum non habeat.*

56 *Alia conſideratio auctoris.*

57 *Quæ tollendæ dubitationis cauſſa contractibus inſeruntur, ius commune non lædunt.*

58 *Partum iuſtum non videri qui vndecimo menſe aut vlteriori tempore edatur.*

59 *Cur auctor relatis quibuſdam contrariis exemplis, huic definitioni inhærendum putet.*

60 *Si mulier poſt mortem mariti ſui ſtatim nuptias contraxerit, & deinde ſeptimo, nono aut decimo menſe pariat, cui hic partus adſcribi debeat, diuerſa doctorum ſententia.*

61 *Declaratio auctoris.*

62 *Faceta quædam relatio de quadam cōcubina Ducis Plumbini, quæ infantem pepererit æthiopi ſimillimum.*

63 *Impudens dictum Iuliæ Auguſti filiæ.*

64 *Quo tempore partus patris aut matris ſimilitudinem induere, aut adulterium demōnſtrare ſoleat.*

65 *Varia exempla ſimilitudinis perſonarum nulla cognatione coniunctarum.*

66 *Quæ rarius accidunt digna quidem commemoratione videntur, non tamen regulam conſtituunt.*

67 *Aliena conſideratio Iaſonis in præſenti quæſtione, quod mulier aduentum mariti ſemper reformidet, & hinc ipſi ſimiles proles pariat.*

68 *Arbitrio iudicis & peritorum committendum eſſe cui huiuſmodi proles adſcribi debeat.*

CVm in hoc noſtro titulo, *de liberis & poſthumis heredibus inſtituendis, vel exheredandis, vel præteritis*, multæ & intricatiſſimæ
quæſtiones ſeſe offerant, quę a noſtris inter-
pretibus collatæ † ſunt in explicationem l. 1
Gallus. ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit. & inter
omnes leges nulla ſubtilior nullaque obſcurior; & quæ tanta commentariorum mole obruatur, ſit, quam hæc eadem *l. Gallus*, officii mei eſſe exiſtimaui, vt in gratiam ſtudioſæ iuuentutis, illam accurata explicatione illuſtrarem.

Quod vt tanto facilius adſequi poſſim,
præuertenda illa quæſtio eſſe videtur, † *an* 2
poſthumi nepotes, antequam Gallus Aquilius operam ſuam accommodaret, inſtitui potuerint? Exiſtimant enim † Conan *commentar. libro decimo, cap. quarto, Duaren. in explicat. dict. leg. Gallus.* Item Iacobus Cuiacius, & Gouean. *ibid. num. 17.* quod illud cuique liberum fuerit. Mouentur his potiſſimum rationibus, quod Galli Aquilii tanquam Iuriſconſulti non fuerit illa auctoritas, vt ipſe nouam legem condere potuerit, quippe cum prætori ne illud quidem licuerit, *Inſtit. de bonorum poſſeſſ. §. quos autem:* officiū enim Iuriſconſultorum verſari in reſpondendo conſulentibus, interpretando leges, quæ aliquid ambiguitatis habebāt, item cautiones ſiue formulas componendo, vt feciſſe videtur Gallus Aquilius in hac ipſa lege, dum oſtendit, quorum verborum conceptione is vti poſſit, qui teſtamentum ſuum nepotem inſtituendo in tuto collocare velit. Secundo cōfirmant hoc ipſum ex definitione §. *poſthumo, Inſti. de legat.* poſthumum alienum illum eſſe, qui natus inter ſuos teſtatori heres futurus non ſit, vnde cum poſthumi nepotes, qui poſt mortem patris naſcantur inter ſuos heredes ſuorum loco ſuccedant, & eandem prærogatiuam vindicent, §. *poſthumorum, Inſtit. de liber. exhered.* & nuſquam prohibitum inueniatur, quod hi inſtitui non potuerint, conſequenter cuique integrum fuiſſe, vt eos heredes ſcriberet. Tertio, hęc ſententia fulciri poteſt ex obſeruatione §. *poſthumus, Inſt. de legat.* quo cauetur, quod poſthumus alienus, antea heres inſtitui potuerit, & iam etiam poſſit, quod multo magis in poſthumo nepote admittendum videtur. Quarto, quod *l. penult. ff. de leg. 1.* caueatur, ꝙ alieni poſthumi nobis quoque heredes fieri

poſſint. Quinto, quod ex multis iuris noſtri reſponſis intelligamus, poſthumos filios potuiſſe heredes inſtitui, *l. quis poſthumos 9. l. cõmodiſſime 10. l. ſi poſthumus 14. l. cum poſthumus 22. l. poſthumum 27.* & denique ex ipſa inſcriptione titul. *ff. de liber. & poſthum. hered. inſtitut. l. poſthumi, l. poſthumus præteritus 12. l. poſthumorum 13. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtamen.* quod denique tempore Ciceronis & Quinctiliani obtinuiſſe multis auctoritatibus docet Boet. *Epo. num. 4.* Idem igitur in nepotibus probãdum, qui loco ipſius ſuccedant, *argum. l. poſthumorum 13. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*

4 Contrariam ſententiam defendũt † Alciat. *libr. 3. Paradox. cap. 2. & 3. Viglius Inſtitut. de exhered. liber. §. poſthumorum, num. 2. & ſeq. Hug. Donell. comment. libr. 6. capit. 11. Boetius Epo. in hac leg. 5. & quid ſi tantum, numero ſeptuageſimo tertio, Barthol. Socin. numero ſecundo, Marianus Socinus numero vigeſimo, Salomon numero vndecimo, Alexand. numer. primo, Iaſon numero vndecimo, Aemilius Ferret. num. 3.*

Pro confirmatione huius ſententiæ contrariæ, multa conſiderari poſſunt. Primo, quod poſthumus alienus iure ciuili, id eſt, duodecim tabul. vt multi intelligunt, non potuerit heres inſtitui. *Inſtit. de bonor. poſſeſſ. in princip.* Secundo, quod quemadmodum incertis perſonis nihil legari potuit, §. *incertis, Inſtit. de legat.* eadem ratione quoq; non fuerit facultas legandi poſthumis alienis, §. *poſthumo quoque alieno, eod. tit.* Tertio, q́ ex *l. pen. ff. de legat. 1.* intelligamus, Galli ſententiam obtinuiſſe, alienos quoque legitimos nobis heredes fieri. Quarto, q́ qua ratione Gallus Aquilius tulit, de dolo malo formulas, quæ aduerſus dolum venditoris & aliorum quem muniret, & quæ vim legis etiam habuerint, vt colligimus ex *libr. 1. offic.* Ciceronis, dum oſtendit Fannium a venditore ſuo dolo circumuentum, & grauiter eo nomine indignantem, nihil auxilii eo tempore habuiſſe, quod Gallus Aquilius nondum de dolo malo formulas tuliſſet. Et quo pacto idem Gallus Aquilius auctor fuerit legis Aquiliæ, vt teſtatur Viglius *Inſtit. de exhered. liber. in §. poſthumorum, num. 4. Mynſing. Inſtit. de L. Aquilia, in princ. num. 8.* & ſatis inſinuat Iuſtinianus, *Nouell. 18.* ita non prohibeat eundem fuiſſe conditorem huius iuris. Verba autem Iuſtiniani ita ſe habent: *Studium quo plerique ad improbitatem feruntur, neceſſitatem nobis impoſuit, quod Aquilius olim Tribunus plebis rogauit, a quo etiam nomen accepit, denuo amplectamur.* Accedit quod idem Gallus Aquilius præcipuæ & maximæ auctoritatis fuit apud populum Romanum, *l. ſecund. §. poſt hos autem ff. de origin. iur.* compoſitor ſtipulationis Aquilianæ, *Inſtit. quibus modis oblig. ſoluant. §. primo*, auditor Quinti Mutii Scæuolæ præceptor Seruii Sulpitii, Ciceronis amiciſſimus, *Aemylius Ferret, hic numero octauo, Iaſon numero ſecundo, Vigl. in loco allegato.* Quinto, quod vt obſeruauit idem Viglius, moris non fuerit, vt Iuriſconſulti in alterius reſponſa plenas interpretationes ſubiicerent, ſed notas duntaxat. Sexto, quod circumſcripta ſiue admiſſa opinione Connani, Gallum Aquilium duntaxat interpretis officio in explicatione legum duodecim tabul. functum eſſe, tamen non animaduertam, quæ abſurditas illam ſententiam conſequi poſſit, ſi ſtatuamus ante Gallum Aquilium dubiũ fuiſſe, an quemadmodum poſthumus primo gradu, qui natus filius, futurus erat heres, inſtitui potuerit, ita etiam id in poſthumo nepote admittendum eſſet. Obſtabat enim definitio generalis, quod poſthumi non videbantur heredes inſtitui poſſe, item ratio incertitudinis, de qua ſupra mentionem fecimus. Præterea, quod plus fauoris & prærogatiuæ deberetur poſthumo filio, quam nepoti, §. *poſthumorum, de iniuſt. rupt. & irrito fact. teſtament.*

Deinde, quod mortuo filio, viuo ipſius parente, is noua prouiſione & teſtamento in hunc caſum cõſulere potuit, inuidioſum enim eſſe videbatur, nepotem filio cohæredem vel ſubſtitutum dare, quaſi parẽs mortem filii vel exoptaret, vel temere contra naturæ ordinem, vt ille prior rebus humanis eximatur, qui prius hanc lucem aſpicere cœpit, *l. nam etſi parentibus 15. ff. de inoffic. teſtament.* facta collatione ſuæ perſonæ & filii, reformidaret. Vltimo, quod cum qualitas adiecta verbo determinetur ſecundum tempus quo quid agitur, *l. in delictis, §. ſi detracta, ff. de noxal. action. l. Titius, ff. de milit. teſtament.* & poſthumus inſtitui potuerit, qui natus inter ſuos heres futurus ſit, §. *poſthumo, Inſtit. de legat.* atque nepos ſi tempore conditi teſtamenti natus fuiſſet, præcedente parente, § *poſthumorum, Inſtit. de exhered. liber & l. poſthumorũ, ff. de iniuſtit. rupt. & irrito fact teſtament.* non potuerit nomen aut ius ſui heredis ſibi vindicare, cõſequenter non videatur eſſe admittendus.

His

Digitized by Google

His tamen dubitãdi rationibus,quę alios fortaſſe ante illum mouerant, nihil deterritus, Gallus Aquilius, bono reipublicæ conſulens ne temere teſtamenta periclitarentur,cũ nepos ex tam iniqua interpretatione inſtitui non poſſet, & tñ præteritus ſubuerteret teſtamentum, *vt hac noſtra lege*, illam mentem iuris ciuilis eſſe conſtituit, vt quod in filio cautum erat, idem quoque in nepote admitteretur,q; exiſtimaret, non vtique eſſe teſtamenti cõdendi tempus obſeruandum, ſed ſufficere quod eo tẽpore,quo naſcitur,nullum, qui præcedat, quiq; ius ſui heredis impedire poſſit,inueniat, §. *cum autem queritur*, *Inſtit. de hered. qualitat. & different*, *& d. l. poſthumorum*, *ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*

Hanc Galli Aquilii interpretationem ſecuti poſteriores Iuriſconſulti, ducti tam egregii viri auctoritate, & interpoſitæ explicationis æquitate,atque ſumma vtilitate, id quod cõtrouerſi iuris antea erat, communi conſenſu ita ſtabiliuiſſe iudicari poſſunt, vt legis vim habere cœperit. Admiſſa & illa conſideratione,quod reſponſa talium virorum, ex benignitate Imperatorum, poſtea auctoritate legis donata ſint, vt in eodẽ vel ſimili caſu haud obſcure factũ eſſe oſtendit Iuriſconſultus *in l. 1. ff. de leg. 1.* queãdmodum etiam in nouiſſimo Papiniani reſponſo, *l. cum auus 102. ff. de condit. & demonſtr.* Item aliorum Iuriſconſultorum, *l. ſi poſthumus 12. l. filio 17. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. l. 2. §. item Varus, ff. de aqu. pluu. arcend. l. quaret aliquis 135. ff. de verb. ſign.* factum videmus, §. *reſponſa prudentum*, *Inſtit. de iur. natural. gent. & ciuil.*

5 His bene ſubductis † facile intelligimus, vel vltimam ſententiam ſimpliciter præferendam eſſe, vt Gallus per plebiſcitum hoc induxiſſe videatur, vel vtramque interpretationem fœdere diſtinctionis, quod a me propoſitum eſt,conciliandam. Sed cum ex argumentis,quæ vltro & citro adducta ſunt, vno loco Iuſtinianus commemoret, poſthumos alienos iure ciuili non potuiſſe inſtitui, *vt Inſtit. de bonorum poſſeſſ. in princip.* alio

6 vero in loco, *vt* † §. *poſthumus*, *Inſtit. de legat.* declaret, poſthumum alienum heredem inſtitui & antea potuiſſe, & nunc etiam poſſe, niſi in vtero ſit eius, quæ iure noſtro vxor eſſe non poteſt, ineunda ratio eſt, qua tam infeſta antinomia componi poſſit. Et quidem gloſſa ibidem *in verbo poterat*, conſtituit iure ciuili non potuiſſe quem heredem inſtitui, diuerſum autem eſſe de iure prætorio, de quo hic §. accipi debeat, *Inſt. le bonorum poſſeſſ. in princ. item argumen. l. poſthumos 6. ff. de inoffic. teſtamen. l. 1. §. ſi filius*, *ff. de vent. in poſſeſſ. mittend. l. extraneo 6. ff. eodem titul.* quod eodem loco etiam confirmat Balduin. *ibid. num. 3. Mynſing. num. 1. & 2.* item Iohan. Borchol. idem quoque defendunt Franciſ. Duaren. *in explicat. d. l. Gallus*, *verſ. Itaque iure ciuili non poterat.* præterea Cuiac. *in explicat. eiuſdem l. Gallus in princ.* vbi proponit poſthumorum diuiſionem, quod aut ſui ſint, aut alieni, §. *poſthumo*, *Inſtit. de legat.* quorum alii agnati vel legitimi, alii cognati, alii prorſus extranei ſint. Qui ſui ſunt & legitimi, ſunt & agnati, ſed differentiæ cauſſa ſui a ceteris legitimis ſeparantur: qui ſui non ſunt, poſthumi agnati ſunt, ait, veluti frater, qui in vtero matris vel fratris poſthumus; hi & legitimi ſunt omnes: cognati ſunt veluti is, qui eſt in vtero nurus, filii emancipati, aut in adoptiuam familium dati, poſt emancipationem vel adoptionem conceptus. Et paulo poſt ſubiicit hæc verba. *Prorſus extranei ſunt, qui nec agnati nec cognati ſunt*, de quibus accipienda eſt *l. extraneo, infra de ventre in poſſeſſ. mittend.* quoniam Prætor horum curam non habet, niſi inſtituti ſint, quibus defert bonorum poſſeſſionem ſecundum tabul. *Boet. Epo. hic numer. 19. Antonius Gouean. num. 17.*

Porro † Alciat. *lib. parerg. 9. cap. 1.* putat §. 7
in cuius enarratione verſamur, negationem addendam eſſe, vt ita legatur, poſthumus autem non alienus heres inſtitui, & antea poterat, & nunc poteſt. Sed ſane a Balduino merito eius rei nomine reprehenditur *in dicto §. poſthumus*; præterea a Roberto Aurelianenſi *libro primo, receptarum ſententiarum cap. 3.*

Sed nec ipſius † Roberti interpretatio 8
felicior iudicari debet, exiſtimãtis eiuſmodi §. intelligi poſſe, de illis, qui teſtamento heredis ſcriberentur, & in nomen familiæ adoptarentur. Porro Mynſing. *dict. §. poſthumos*, poſt Salomonium in præſenti lege, *ſect. & ponderatis*, ſtatuunt §. *poſthumo*, accipiendũ eſſe de illo, quẽ alius tempore natiuitatis vt ſuus præcedebat, id eſt, qui neque ſuus heres naſceretur poſt mortem patris, neque etiam illo adhuc viuo natus, primum gradum iure ſui heredis obtineret, atque adeo non eſſet heres futurus, quamuis enim viuo nemo ſuus heres naſci dicatur, aliud tamen eſſe, ſi adiiciatur dictio, *futurus*, quod

Digitized by Google

pio parentum voto in ſpem hereditatis ſubſtituatur. Sed ſane hæc diſtinctio parum momenti facere, & dinde etiam confundi videtur per definitionem ipſius §. & exemplum de filio emancipato ibidem propoſitum. Accedit quod non ſubmoueat difficultatem *d. §. poſthumus, Inſtit. de legat.* quod poſthumus alienus antea heres inſtitui potuerit.

9 Qua de cauſſa, ſi in tanta † interpretationis varietate, quid meæ cogitationis ſit expromere liceat, lõge aliter rem digerendam eſſe exiſtimo, vt Iuſtinianum non accipiamus de iure Prætorio, q verba ipſius eo cõmode deflecti nequeant, vt animaduerterunt etiam Weſenb. *ibid. in dictione poterat, Vulteius n. 3.* cum verbum iuris de lege ciuili potiſſimum accipiatur *§. ius autem ciuile, Inſtit. de iur. natur. gent. & ciuili.* & Iuſtinian. *in §. 1. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* id ſua inſtitutione inductum commemoret, interſit tamen inter poſthumum alienum, de quo mentio fit *Inſtit. de bonor. poſſeſſ. in princ.* vel vt alii diſtinguunt, *§. 1.* & eum quem demonſtrare voluit Imperator Iuſtinianus *in d. §. poſthumus, Inſtit. de legat.* vt ſcilicet hũc ſermonem exaudiamus de illo poſthumo, qui ex diuerſis cauſſis ſuus & alienus vocari poſſit, alienus quod vſus ſit demonſtratione matris, veluti qui naſceretur ex Cornelia, quæ tamen ipſius vxor non erat, ſed fieri poterat, quippe quæ aut virgo, aut vidua erat, & ex poſt facto cum illo nuptias contrahere poſſet, *l. 4 cum l. ſequen. l. ſi quis poſthumos, in princ. & §. 1. item §. fin. & l. poſthumorum 27. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* Suus autem ex eo dici poteſt, quod poſtea matrimonio coniuncti huiuſmodi filium procrearint. Et licet hæc interpretatio ſatis extranea ab initio videri poſſit, quod Iuſtiniani deſcriptio *in §. præcedenti, eſt autem*, repugnare videatur, tamen exceptio ab eodem Iuſtiniano ſubiecta, quæ regulam declarare ſolet, *l. nam quod liquidæ 4. §. final. ff. de penu legat. l. ſi cum in fundum 126. de verborum ſignificat. Nicolaus Euerhardus in loco ab exception. ad reg. numero decimo*, quæque ita cohæreat, vt vno §. comprehendatur, eandem commendare videtur, maxime quod etiam alio in loco inſinuetur, *vt dict. leg. ſi quis poſthumos, § primo, & §. ſed ſi ex ea*, vbi Iuriſconſulti de tali poſthumo, quem ſupra depinxi, mentionem facientes, *vt in leg. placet, l. ideoque, l. ſed eſt quæſitum, l. ſi primo, & dicta leg. ſi quis poſthumos*, candem exceptionem ſubiiciunt, quam Imperator proponit. Nam niſi eundem paragraphum ita accipiamus, plane abſurda & inepta hæc exceptio iudicari debebit. Si enim poſthumus alienus inſtitui poteſt, ſiue iure ciuili, ſiue iure prætorio, quid ad rem pertinere dicemus, vtrum talis ſit, quæ teſtatori iuſta vxor eſſe poſſit? duorum enim alterum neceſſe eſt, vt ſtatuamus, vt aut prorſus natus ſit ex perſona extranea, aut ex cognata, veluti filio emancipato, vel filio fratris, *dict. §. poſthumos quoque*, vtroque caſu ineptum eſt, huiuſmodi conditionem requirere, imo ſecundo etiam impium, quod & ipſum animaduertit Vulteius *in dicto §. poſthumus, Inſtitut. de legatis.*

His ita ſubductis, tollendus † videtur etiam alter ſcrupulus, qui ex *l. penult. ff. de legatis primo, exſiſtit*, ex qua colligitur, quod etiam alieni poſthumi, legitimi nobis heredes fiant, idque ex ſententia Galli. Variæ interpretum noſtrorum ſunt ſolutiones. Et gloſſa quidem in verb. *legitimos*, exiſtimat, eandem legem intelligendam eſſe de iure veteri, ex quo Gallus Iuriſconſultus talem legum formulam compoſuiſſet: Sed hanc interpretationem damnat Alciatus *libr. tertio paradox. capit. ſecundo*, quod præſens iuriſconſulti reſponſum non loquatur de alienis poſthumis, ſed de poſthumis nepotibus, vnde is conſtituit non fuiſſe Gallum huius iuris auctorem, ſed alios Iuriſconſultos (inter hos fuiſſe & Paulum, cui *l. penultim.* adſcribitur) id ex ſententia & mente ipſius Galli poſtea induxiſſe. Cuiacius vero in expoſitione præſentis legis, *Duarenus circa finem principii, Gouean. numer. 18.* exiſtimant *l. penultim.* intelligendam eſſe, de ſucceſſione ab inteſtato, quod ſcilicet a fratris poſthumo, qui ſucceſſurus videbatur, & legitimus heres fieret, fideicommiſſum relinqui poſſet. Quæ interpretatio quamuis non videatur male conuenire hypotheſi, quam Paulus complectitur, tamen in controuerſiam incidit quod in expreſſa heredis inſtitutione, q maioris ſemper ſolet eſſe effectus, (vt in poſthumis plane alienis fatetur ipſe Cuiacius, dum illos iure prætorio potuiſſe inſtitui ſcribit) non idem admittendum ſit, maxime, quod Gallus non de ſucceſſione ab inteſtato, ſed teſtamentaria loqui videatur Sed prohibet me ab ipſius conſideratione recedere, quod Iuſtinianus *Inſtit. de legat. §. poſthumo, & §. ſed nec huiuſmodi*, profiteatur ſuo beneficio deberi, quod poſthumo 10

Digitized by Google

humo alieno legari poſſit, conſtituens eodem loci, illum poſthumum alienum dici, qui natus inter ſuos, heres teſtatori futurus non ſit, & ideo ex emancipato filio conceptum nepotem extraneum eſſe poſthumũ auo. Addit autem ſe huic parti etiam mederi in inſtitutionibus, atque fideicommiſſis, quod mirum videri poſſit, cum ex reſponſo *l.penult.* intelligamus, fideicommiſſa etiam eo tempore relinqui potuiſſe, quo Paulus Iuriſconſultus floruit. Duorum igitur alterum conſtituendum eſt, vt vna cum Cuiacio & Goueano dicamus, fideicommiſſa quidē ab inteſtato potuiſſe relinqui, non autem ex teſtamento, vel denique ſtatuamus, hoc ante tempora Iuſtiniani controuerſum fuiſſe, quod quidam, inter quos etiam eſſet Paulus Iuriſconſultus, arbitrarentur illos poſthumos, qui ex deſcendentibus, vel agnatis naſcerentur, ad exemplũ poſthumorum nepotum, qui in ſui heredis locum ſuccederent, de qua re hac noſtra lege potiſſimum diſſeritur, poſſe inſtitui, alios autē fuiſſe obſeruantiores iuris antiqui, quo huiuſmodi poſthumi inſtitui, aut legatis, vel fideicommiſſis honorari non potuerint, eamq; ſententiam præualuiſſe, quoad Iuſtinianus ſua conſtitutione huic vitio mederetur. Porro Tribonianum Pauli reſponſum poſtea Pandectis inſeruiſſe, quod inde auctoritatem legis acciperet, vt oſtendimus etiam eueniſſe in reſponſo Papiniani, *l.cum auus 102. ff. de condit. & demonſtr. l.generaliter, §. cum autem, ſupr. de condit. & demonſtrat.* quo etiam referri poteſt *l.1. ff. de leg.at.1. l. qui teſtamento, in prin. ff. de teſtament.* facta comparatione cum *§. ſed neque, Inſtit. de teſtam. l.final. Cod. de donatione cauſſ. mort. §.1. l. illud, ff. de donation. cauſſ. mort. l.2. in fin.* facta collatione cum *l. hac conſultiſſima, ſupr. de teſtament. §. ſi quis autem*, de qua re etiam Coraſius *libro 5. miſcell. cap.17.*

Secundum quæ non eſſet, quod ambigeremus, quomodo alia argumenta, quæ ſupra a nobis in cauſſam deducta ſunt, dilui deberent, cum ex conſideratione ſuperius propoſita, ſuam ſolutionem inueniant: tamen ne in re ardua & intricata Lector operam noſtram deſideraret, paucis, quomodo ſingulis argumentis ſatisfieri poſſit, expediendum duximus.

An Gallus Aquilius nouæ legis conditor fuerit, an vero interpres, id ſupra dilucide explicauimus.

11 Deſcriptio poſthumi alieni petita † ex §. *poſthumo, Inſtit. de legat.* ad labefactandā noſtram interpretationē parum momenti habitura eſt. Si enim ſequi velimus explicationem † Angeli Spannochii, item Marii Salo- 12
monii in hac ipſa lege Gallus, poſthumum nepotem etiam alienũ poſthumum cenſeri, quod cum primũ gradum ſui heredis non habeat, ſi tēpore teſtamenti inter ſuos natus fuiſſet, heres non fuerit futurus, *l.6. ff. de inuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* adeo, vt illud, quod de emancipato adiicitur, ideoq; ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat poſthumus auo, vim illationis ſecundũ eundem habebat nō exempli, quaſi Imperator innuere velit, talem nepotem non alienum eſſe, ſed extraneũ, conſtabit noſtræ explicationi ſua defenſio. Quod ſi vero præferamus expoſitionē † Lelii Taurelli, & aliorũ, vt in- 13
terpunctio non fiat poſt hæc verba, *natus inter ſuos*, ſed ſtatim poſt dictionem *natus*, in verba ſequentia Eſt aũt alienus poſthumus, qui natus, inter ſuos heres teſtatori futurus nō ſit. Adhuc nihil habebimus, quod reformidemus: non enim iuſta illatio eſt: *poſthumi nepotes nō ſunt poſthumi alieni*, ergo *inſt tui poſſunt.* Etenī hæc ratio non impedit inſtitutionē, ſed alia illaq; generalis, quæ æque conuenit poſthumis nepotib. † vt poſthumis alie- 14
nis, quod incertis perſonis teſtamento nihil relinqui potuerit, quodq; aliæ rationes interuenirent, quæ ex diſſolutione quinti argumenti euidentius colliguntur, quæ coniunctæ id extorſiſſe videntur, quod ſola ingratitudinis ratio non potuiſſet, cum ea paulo aliter in poſthumis, † qui alias ſub certa demō- 15
ſtratione deſignari videātur, accipienda ſit, quā *in d. § incertis*, cũ incertitudo hic in deſignatione non verſetur, ſed in futuro euētu.

De quo poſthumo *§. poſthumus, Inſt. de legat.* exaudiri debeat, ſupra non diſſimulauimus, & propterea eadē ſecundo nō infarcimus, putamusq; Lectori ſatisfactũ, niſi cui alia ſolutio arrideat, quod poſthumus alienus eo modo acceptus, quo illum Angelus intelligit, potuerit quidem antea, id eſt, poſt definitionem huius noſtræ legis inſtitui: nō tamen fuerit in ea cōditione, vt illi legari † po- 16
tuerit: Inſtitutionem enim propterea conceſſam fuiſſe, ne teſtamentum agnaſcendo rumperet, quę cauſſæ in legatis locũ non habent. Sed ſane cum Imperator profiteatur, ſe vitio priſtini iuris mederi non ſolum in legatis, ſed principaliter in hereditatibus: & quia hanc interpretationem illa abſurditas conſecutura eſſet, vt exceptio niſi in

Digitized by Google

17 vtero † eius ſit, quæ iure noſtro vxor eſſe non poteſt, plane otioſa reddatur, nihil de priori explicatione mutandum conſtituo. Reſtat tamen ſcrupulus qui eximendus videatur, quod Iuſtinianus non cenſeatur loqui de illo poſthumo, quem contractis nuptiis ſuſcipere poſſit, ſed qui iam in vtero ipſius mulieris ſit. Qua de cauſſa ſtatuēdum eſt hic temporis tranſpoſitionē intercedere, quod præſens pro futuro ponatur, quod coarguunt verba *l. ſi quis 9. §. 1. ff. de liber. & poſthu. hered. inſt.* in verba ſequentia. *Sed ſi ex ea qua alii nupta ſit, poſthumum quis heredem inſtituerit, ipſo iure non valet, quod turpis ſit inſtitutio*: item §. *pen.* qui ita ſe habet. *Sed ſi ex ea quam nefas ſit ducere, poſthumum heredem inſtituero, non putat teſtamentum rumpi Pomponius.* Quodſi autem quis hanc interpretationem ex eo repudiet, quod verborum proprietati ſeruiendum ſit, is ſaltem ſequentem boni conſulet, vt nihil prohibeat de eo poſthumo intelligi, qui iam ex iuſtis nuptiis forte conceptus erat, ſed cuius matrem teſtator repudiauerat *l. placet 4. ff. eod.* vel ſi ſolutam mulierem prægnantem reddiderit, vt poſtea nuptias cum illa contrahat *l. ſi quis, ſup. de natural. lib.* nam & hic poſthumus ſuus futurus erit, ſi poſt mortem eius vel denique poſt matrimonium cōtractum naſcatur. Crucem quarto loco fixam nos circa eius explicationem ſuſtuliſſe confidimus, *vt l. pen. ff. de legat. 1.* de fideicōmiſſis non autem de inſtitutionibus aut legatis accipienda ſit. Etſi quintum argumentum ſuis

18 illecebris † prima fronte quemuis delinire poſſit, tamen ad amuſſim reuocatum non idem conſequetur, quod enim poſthumus filius inſtitui ante Gallum Aquilium potuerit, non autem poſthumi nepotes, multæ cauſſæ impetraſſe videntur. Primo gradus prærogatiua, & fauor vtriuſque tam teſtatoris quam poſthumi: teſtatoris, quod ipſius interſit ne teſtamentum rumpatur: poſthumi, quod honoratius cēſeatur ex iudicio paterno ſuccedere, *l. 5. §. ſed etſi portio, ff. de leg. præſtand.* quodque hoc modo euenire poſſit vt plus quam ceteri liberi conſequantur, puta quod parens compenſare in eius perſona voluerit, quod in reliquos erogatum fuit. Quæ rationes quoque euiciſſe videntur, vt incertitudinis conſideratio cedere cogeretur, maxime quod vna ſolum perpēdi poſſet, nimirum natiuitatis ipſius. Porro in nepotibus poſthumis nedum remotior gradus ſucceſſionis eſt, ſed etiam gemina incertitudo, prima natiuitatis, altera ordinis, an ſcilicet mortuo patre ius ſui heredis quaſi agnaſcendo habiturus ſit, *l. poſthumorum 13. ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſtam.* Accedit quod triſtis & ominoſa nepotis poſthumi inſtitutio videatur, quaſi parens de filii vita diffideret, *l. cum tale 72. ff. de condit. & demonſtr.* aut turbationem ordinis naturalis, habita comparatione ſuæ perſonæ, aut præſagiret, aut, quod deterius eſt, parum pie exoptaret, *l. nam etſi 15. ff. de inoff. teſtam.* Præterea obſeruandum eſt, quod in caſu, ne dum lege Velleia, ſed etiam a Gallo Aquilio propoſito, teſtator videatur ſibi proſpicere potuiſſe mutando teſtamentum poſt mortem filii, quod ſane in poſthumo filio dici nequit. Exiſtimo enim exſtincto filio, atq; aliis rationibus, de quibus mentionem fecimus, ceſſantibus, auum poſthumum nepotem etiam ante prouiſionē Galli, inſtituere potuiſſe, ſiue ſtatuamus, Gallū fuiſſe legiſlatorem, ſiue etiam interpretem, vt rem ſupra digeſſimus, adeo, vt hæc obſeruatio inter contrarias ſententias quandam conciliationem complecti videatur.

Hæc de cauſſis formulæ concipiendæ: conſequens autem eſt, vt videamus, an Gallus Aquilius per huiuſmodi formulam ſatis bene Reipubl. & teſtamentis cōſuluerit. Videtur enim eſſe inutilis, aut ſaltem periculoſa, cum nullam de filii inſtitutione mentionem faciat. Excutiendum itaque, an † præ- 19
ter huius formulæ diligentiam, expreſſa inſtitutio filii requiratur? Eſſe illam † neceſſa- 20
riam tradiderunt Bald *num. 7. Ang. num. 3. & 4. Gloſſ. in verb. poſſe, Ioan. ab Imol. num. 58. Rapha. Cuman. num. 3. Franc. Aretin. num. 50. Iaſon nu. 33 Cuiac. hic in princ. verſ. eo inſtituto, Franc. Duaren. inf. in §. omnibus, Gouean. n. 25. Boetius Epo. num. 52. Guliel Benedict. in c. Raynutius, 2. part. verſ. adiiciens vt Alterocha, Marc. Aquilinus in §. quid ſi tantum, in princ. num. 269.* vbi hāc ſententiam receptiorem dicit, *vt etiam facit Iaſ. hic n. 47.*

Contrariæ ſētētiæ † auctores, quod hæc 21
formula ſufficiat, ſine ſpeciali inſtitutione ipſius filii, ſunt Bart. *hic nu. 5. Caſtr. n. 4. Alciat. num. 22. Fortun. num. 76. Lancelot. Galliaul. nu. 24.* exiſtimantes filiumfamilias ſiquidem ſuperſit, videri inſtitutum ab inteſtato. Porro Didac. Couarruuias *in c. Raynutius, §. 3. nu. 10.* vbi in hanc partem etiam alios laudat, qui tamen paulo aliter loquuntur, *Æmyl. Ferret. hic num. 9. Zanchus in l. heredes, §. cum ita, num. 793. ff. ad SC. Trebell. Alciat. lib. paradox. 3. cap. 6.* conſtituunt, filiumfamilias ex huiuſmodi relatione videri tacite inſtitutum. Vaſq. vero *de*

ro *de ſucceſſionum creatione, lib.2.§.20.part.2. requiſito 29.declarat.2.n.105.* item Emanuel a Coſta *in hac l.nu.77.* quos refert Ioan. Marc. Aquilinus *in §. & quid ſi tantum, in princ. nu. 296.* putant huiuſmodi teſtamentum defendi de iure Prætorio poſſe, quod confirmant etiam Connan. *hic.n.3.&4.* Ioan. ab Imol. *in §.in omnibus,n.59.* Alex. *ibid.n.3.* Angel. *in §. nunc de Velleia.n.1.* Bald. *in l.poſthumus 12.nu.1. ff.de iniuſt.rupt.& irrit.fact.teſtam.* Caſtr. *ibid. n.2.* Bart. *n.3.* Cuman. *n.6.* idem Raph. Cum. *in l.ſi filius,ff.de liber.& poſth. hered.inſtit. n.6.* Roman. *ibid.nu.6.* Aretin. *n.3.* in ſexto intellectu, *l.ſi duobus,§ ſi prius,ff.de bonor.poſſ.contr. tab.* Cuiac. *ibid.in princ.* Vigl. *Inſtit.quib.mod. teſtam.infirm.n.5.* Corneus *in l.poſthumo,ſupr. de bonor.poſſ.contra tab.nu.14.* quamuis vndecim doctores vltimo relati, de inſtitutione poſthumi nepotis nominatim non loquantur, ſed eorũ duntaxat, qui ab inteſtato ſuccedere poſſint, mentionem faciant.

22 In tãta interpretum noſtrorum † diſcordia & repugnãtia, operæ pretium me facturum eſſe exiſtimaui, ſi argumẽta, de quibus vtraque pars cõfidere poſſet, expenderem, & ad incudẽ reuocarem. Pro aſſerẽda priori ſententia ſe offert initio §. *in omnibus, hac noſtra l.* in verba ſequentia: *In omnibus his ſpeciebus illud ſeruandum eſt, vt filius dũtaxat, qui eſt in poteſtate, ex aliqua parte ſit heres inſtitutus.*

Secundo adducitur *l.inter cetera 30. hoc eo. tit.* in verba ſequentia: *Inter cetera, quæ ad ordinanda teſtamẽta neceſſario deſiderantur, principale ius eſt, de liberis heredibus inſtituendis vel exheredandis, ne prateritis illis rumpatur teſtamentum, namq; filio, qui in poteſtate eſt, praterito, inutile eſt teſtamentum,* quod & ipſum confirmatur *Inſt.de lib.exhered.in princ.*

Tertio cõmendat hanc ſententiã §. *nam & ſi filius, hac l.* vbi ſi teſtator pronepotẽ inſtituiſſet filio mortuo & nepote, ad ſuſtinẽdum ipſum teſtamentum, neceſſariũ eſt, vt nepos ante filium rebus humanis eximatur, cum alias ſuccedendo rũpat teſtamentum.

Quarto fulciri hæc aſſertio poteſt §. *quidam recte, hac noſt l.* vnde colligimus, valere teſtamentum, etiamſi nihil exprimat de morte filii, quod ſane defendi non poſſet, ſi nulla eiuſdem filii inſtitutio præcederet.

Quinto hanc eandem opinionem aſſerere videtur *l. ſi quis eum 16. §.final.ff.de vulgar.& pupillar. ſubſtitut.* in verba ſequentia: *Sed ſi ſecundum teſtamentum ita fecerit pater, vt ſibi heredem inſtituat, ſi viuo ſe filius decedat, poteſt dici, non rumpi ſuperius teſtamentum, quia ſecundum non valet, in quo filius prateritus ſit.*

His ſexto reſpondet *l.ſi mater 33.ff. eodem tit.* quæ ita concepta eſt: *Si filius, & ex eo nepos poſthumus ita heredes inſtituantur, vt Gallo Aquilio placuit, & nepoti ſi is heres non erit, Titius ſubſtituatur, filio herede exſiſtente, Titium omni modo, id eſt, etiam ſi nepos natus non fuerit, excludi reſpondit.*

Septimo huc referri poteſt *l.ex facto 19.ff. de hered.inſtit.* vbi hæc verba: *Si mihi Seius heres non erit, Sempronius heres eſto, nullam inſtitutionem inducunt.*

Octauo his finitima eſt deciſio *l.fin. C. de hered.inſt.* vbi etiã ſequentia verba: *Titius Plotii heres eſto: ad deferendũ ius inſtitutionis Plotio minime ſuffragantur, vt ibidem oſtendimus.*

Nono nõ aliena eſt diſpoſitio *§. in primis, Inſt. de fideicommiſſ.hered.* quo comprehenditur, non intelligi illum inſtitutum, quem teſtator ſeptem teſtibus præſentibus rogauerit, vt hereditatem Sempronio reſtitueret, niſi eius inſtitutio præcedat.

Decimo, huc referri poteſt reſponſum Papiniani, *l.heredes,§.cum ita,ff.ad SC.Trebell.* de qua re *l.penult.C.de impub.& aliis ſubſtitut.* nos copioſius.

Vndecimo nonnulli in hanc rem etiam accerſunt, *l.ſi quid ſub conditione 8.ff.ſi quis omiſſ.cauſſ.teſtam.* vnde edocemur ex illa conditione, *ſi Sempronio decem dederit,* nullum legatum aut fideicommiſſum vel ſimilem diſpoſitionem naſci.

Hæc præcipua aientis partis argumenta ſunt, reliquum eſt, vt illa conſectemur, quæ pro † Bartoli & Didaci Couarr. ſentẽtia pugnare videantur. 23

Qua in re principio ſe offert *l.82.ff.de hered.inſtit.* quæ ita ſe habet: *Si quis ita heres inſtituatur, ſi legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam, puto deficere conditionem teſtamenti illo vindicante.*

Secundo in confirmationem huius ſententiæ, in vtramq; partẽ diſputando adducit Iaſ. *l.cõficiuntur,§.1.ff.de codicill.* q. ex quo quis nihil expreſſe in cõtrarium diſponit, videatur heredes ab inteſtato inſtituere.

Tertio commendat hanc ſententiam *l. Lucius 85.ff.de hered.inſtituend.* vti hæc verba: *Si mihi Titius heres eſſe noluerit, aut (quod abominor) prius moriatur, quam meam hereditatem adierit, aut filium, filiamve ex ſe natum non habebit, tunc Stychus & Pamphilus ſerui mei liberi mihi & heredes æquis partibus ſunto, illam interpretationem recipiat, vt filius & filia inſtituti videantur.*

Digitized by Google

Quarto ſuffragatur *l. cum in teſtamento 37. eodem tit.* quam etiam ſubiicio, *cum in teſtamento ita ſcribitur: ſi filius meus me viuo morietur, nepos ex eo, poſt mortem meam heres eſto, duo gradus heredum ſunt: nullo enim caſu vterque ad hereditatem admittitur.* Ex quo apparet, ſi nepoti Titius ſubſtitutus fuerit, & filius patris heres exſtiterit, non poſſe Titium vna cum filio heredem eſſe. Quia non in primum, ſed in ſecundum gradum ſubſtituitur. Etenim hæc verba, quod duo ſint gradus inſtitutionum, tacite innuere videntur, quod ex conceptione eadem lege propoſita, filius inſtitutus videatur.

Quinto hanc ſententiam corroborat *l. etiam, ff. de bon. libert. §. ſi libertus patronum,* in verba ſequentia: *Si libertus patronum ſuum ita heredem ſcripſerit, ſi filius meus me viuo morietur, patronus heres eſto, non male videtur teſtatus: Nam ſi deceſſerit filius, poterit hic exſiſtente conditione accipere bonorum poſſeſſionem.*

Sexto, ad eandem cauſſam tendit *l. ſi ita ſtipulatio 39. ff. de oper. libertor.* vbi verba per modum conditionis prolata; *ſi decem dierum operas non dederis; diſpoſitionem inducunt, vt quis eaſdem promiſiſſe videatur.* Accedit *l. auia 77. §. final. ff. de condit. & demonſtr. item l. fideicommiſſa, §. cum eſſet, ff. de legat. 3.*

Septimo allegatur in hanc cauſſam *l. coheredi 41. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut. § fin.* cuius verba ad propoſitum pertinentia ſubnecto: *Ille filius meus, ſi (quod abominor) intra pubertatis annos deceſſerit, tunc in locũ, partemve eius Titius heres eſto.* Ait enim Iuriſconſultus, hanc ſubſtitutionem non videri cum vitio factam.

Octauo, nõ intempeſtiua quibuſdam videtur conſideratio *l. qui duos 42.* in verba ſequentia: *Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita ſubſtituit, ſi ambo mortui eſſent. Deinde pueri poſt mortem patris ſimul perierunt, duæ hereditates ſubſtituto deferuntur. Sed ſi diuerſis temporibus vita decedant, in hereditate nouiſſimi pueri eius fratris, qui ante mortuus eſt, hereditatẽ ſubſtitutus inueniet.* Hæc enim definitio coarguere videtur ex verbis, *ſi ambo mortui eſſent;* mutuam ſubſtitutionem horum puerorum inductam. Quod igitur verba conditionalia in cauſſa ſubſtitutionis præſtant, idem quoque in ipſa ſubſtitutione efficere poterunt. Quod quoque comprehenditur *in l. qui duos 9. ff. de rebus dubiis. Item in l. pater filiam 14. §. duobus, cum §. ſequent. ff. ad legem Falcid.* quamuis aduerſari videantur *l. heredes 57. §. cum ita, ff. ad Senatuſconſ. Trebellian.* de qua quæſtione *l. penult. infr. de impub. & aliis ſubſtitut.*

Nono, quod ſi pluribus, aut nouiſſimo quis ſubſtitutus ſit, non aliter admittatur, quam ſi omnes vitam cum morte commutauerint, quaſi priores omnes ſibi mutuo ſubſtituti videantur, *l. Titia Seio 87. §. Seia libertis, ff. de legat. 2. & l. poteſt 36. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. Caſtrenſ. l. penult. C. de impub. & aliis ſubſtit. num. 3. Cephal. conſil. 166. num. 23. libro 2. Barthol. Socin. in l. heredes palam, §. cum ita, num. 7. ff. qui teſtam. facere poſſ. & plures alii, quos refert Aquilinus in §. & quid ſi tantum, in princ. num. 28.*

Decimo, quod hoc modo filio nulla inferatur iniuria, merito teſtamentum videatur defendendum, *argum. l. multi, C. de inoffic. teſtam. item l. Titius, §. Lucius, ff. de liber. & poſth. hered. inſtit. l. 3. C. de inoffi. teſtam. l. idemq́; §. interdum, ff. de pecul. legat.*

Vndecimo, quod id videantur præ ſe ferre verba noſtræ legis, quæ nõ ſubſtitutionis, ſed inſtitutionis mentionem faciunt, perinde quaſi ſufficiat, filium ab inteſtato ſuccedere, & nepotem ſub conditione propoſita inſtitui.

Duodecimo, non intempeſtiua videtur eſſe definitio *l. ſi mater 33. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* pro contraria parte allegata. *Si filius & nepos ita heredes inſtituantur, vt Gallo Aquilio placuit, atque cum forma, quam Gallus propoſuit, nullam aliam inſtitutionem, quam quæ ex argumento a contrario ſenſu inſinuetur, complectatur, conſequens quoque videri, vt illa ſufficiat.*

Decimo tertio, quod in dubio illam ſententiam amplecti debeamus, qua teſtamentum in tuto collocetur, *l. Papinianus, §. fin. ff. de inoff. teſtam. l. omnimodo, C. eod. tit.*

Decimo quarto, quod ſaltẽ iure prætorio id vires habere videatur, *l. ſi poſthumus 14. itẽ l. ſi filio 23. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtituen.* quod ipſum Ferdinandus Vaſquius *de ſucceſſion. creatione, lib. 2. §. 20. part. 3. requiſito 29. n. 140.* viginti duobus fundamentis conſtabilire conatur.

In tam acri commentantium contentione, & argumentorum, quæ vltro & citro vrgeant, coaceruatione, non facile fuerit, quæ ſententia cui præferenda ſit, expediuiſſe.
Conſtituo tamen † his vndequaque ponde- 24
ratis, vltimam ſententiam humaniorem videri, ſed primam eſſe veriorem, quod vt tanto facilius apparere poſſit, operæ pretiũ eſſe duco, vt ad ſingula argumenta ſeparatim reſpondeam.

Non

Digitized by Google

25 Non eſt itaque, quod nos torqueat † *l. ſi ita quis inſtitutus fuerit 82. ff. de hered. inſtit.* etenim ex ipſo contextu ſatis intelligimus, legitimum eſſe in conditione, non autem diſpoſitione, & ſi quis inſtet, hoc modo futurum, vt eueniente cõditione, ſubſtitutio adhuc vitioſa ſit, cum filio præterito teſtamentum non valeat, §. *in omnibus, hac noſt. l.* & appellatione legitimi heredis, etiã fili' cõtineatur *l. 3. §. fin. ff. pro ſocio,* is perpẽdere debebit, ꝙ cum dictio *legitimi heredis,* geminã ſignificationẽ admittat, generis & ſpeciei: Generis, *vt d. §. fin.* Speciei, *vt tot. tit* & in ipſius inſcriptione de ſuis & legitimis heredibus, & in dubio illa ſententia amplectenda ſit, quæ vitio careat, *l. quotiens, ff. de reb. dub.* & quæ leges inter ſe pugnantes conciliet, *l. 2. §. cõtrarium, C. de vet. iur. enucl. & c. cum expediat, de elect. in 6.* non videatur eſſe ratio, quod eundem textum de filio accipiamus.

26 Pari ratione non eſt, ꝙ nos ſolicitet † *l. conficiuntur, §. 1. ff. de codicill.* etenim iuriſconſultus accipiendus eſt de eo, qui nullo teſtamento facto decedit.

27 Quod a † *l. Lucius, ff. de hered. inſt.* periculi eſſe poteſt, facile depellemus, ſi vna cũ gloſſa defendamus, ibidem liberos eſſe in conditione, nõ autem diſpoſitione, ſecundũ ea, quæ explicamus *in l. generaliter, C. de inſtit. & ſubſtit.* Deinde, quod circumſcripta ſententia contraria, longa differentia ſit inter caſum ibidem propoſitum, & in cuius enarratione nos verſamur. Etenim hic filius præteritus eſt, quod ibidem nõ euenit, cum teſtator nõ ponatur, filium habuiſſe, ſed fratrem. Agitur deinde *in d. l. Lucius*, de excludendo extraneo, & tale conſiliũ tanquam prudens laudatur, ex conſideratione Papiniani *in l. cum auus 102. ff. de cond. & demonſtr. l. acutiſſimi, infr. de fideicommiſſ.* quod ſane in præſenti lege dicere non poſſumus.

Quibus cognitis negotiũ quarto non ex-
28 hibebit, † *l. cum in teſtamento, ff. de hered. inſtit.* Subſequens enim iuriſconſulti definitio facile coarguit, ipſi non fuiſſe propoſitum, vt de forma inſtitutionis diſſereret, ſed de effectu, vt ſcilicet ſubſtitutus nihil præſidii ſibi polliceri poſſit, inſtituto ſemel adeunte.

29 Infeſtior obex eſt, qui quinto ex † *l. etiam, § ſi libertus, ff. de bon. libert.* quam vt ſine labore tolli poſſit, opponitur, nobis enim religio eſt cum gloſſa & aliis interpretibus contendere, quod inſtitutio *in d. l.* ſeparatim ſit facta: conuenientior itaq; ſolutio Iaſonis eſt *n. 41. & ſeq.* exiſtimantis, quod ſi inſtituantur illi, qui ab inteſtato ſuccedere poſſunt, tunc teſtamentum, quod ab initio vitioſum erat, ex poſtfacto beneficio Prætoris reſurgere, aut ꝙ magis placet, defendi poterit, quod cum generaliter definitum eſſet, vt teſtamentum, in quo filius præteritus eſt, nullius ſit momenti, *l. inter cetera, hoc t.* adeo, vt ne quidem moriente filio, & adhuc patre ſuperſtite, teſtamentum conualeſcat, *l. ſi filius 7. ff. de lib. & poſth. hered. inſt.* quod tamen *in d. l. etiam, §. ſi libertus,* exceptio tradatur in perſona patroni, propter beneficia, quibus tam pater quam filius ratione manumiſſionis ipſi deuinctus eſt, vt ipſa contextus verba ſatis præ ſe ferunt. Difficultas ſexto loco excitata, facile expedietur, ſi obſeruemus illa, quæ circa octauum, nonum, & decimum argumentum commemorantur,

Scrupulus ſeptimo loco † motus, facili re- 30
ſpõſione tolletur, verbum *ſubſtitutionis,* quo Iuſtinianus initio §. vtitur, aperte oſtendere, quod præceſſerit inſtitutio, cum alterum relatorum ſine altero eſſe nequeat, *Nicol. Euerh. in loc. a correlatiuis n. 2.* adeo vt hic textus primam ſententiam confirmare videatur.

Crucem octauo & nono loco fixam, non facile ſubmouebimus, niſi a diſtinctione auxilium mutuemur, de qua mentionem facimus *in l. pen. infr. de impub. & aliis ſubſtitut.* vbi propria huius argumenti ſedes eſt: In præſentia autem admonuiſſe ſuffecerit, dictam legem, *qui duos,* & alias leges in octauo argumento comprehenſas, parum negotii faceſſere, imo potius confirmare noſtrã ſententiam, cum ex verbis, & vera ſententia earundem legum appareat; impuberes inuicem ſuccedere ab inteſtato, non ex cauſſa ſubſtitutionis. Porro ad argumenta, quæ nono loco commemorantur, reſpondemus, facilius
conciliari ſubſtitutionem † mutuam inter 31
eos, qui inſtituti erant, quam induci inſtitutionẽ, quæ nullo fundamento nitatur: cõtra *l. egi, ff. de excep. rei iud.* vnde cum ſit potiſſima cõiectura, quæ ex ratione naturali ſuggeratur, non videri teſtatorẽ propriam ſobolem, *vt d. l. cum acutiſſimi, inf. de fideic.* aut illã perſonam, quã magis dilexit, *d. l. quidã teſtamento, ff. de vulg. & pupill ſubſtit.* item *l. Publius, §. 1. ff. de cond. & demonſtr.* excludere, vt ſubſtitutis fortaſſe extraneis locũ faceret, non incõſiderate receptũ eſſe, vt mutuo ſubſtituti intelligantur. Accedit, ꝙ inſtitutio, *vt admonuimus in l. fin. C. de hered. inſtit.* ex cõparatione cum ipſa ſubſtitutione quid excellentius ſit, ita vt ſubſtitutio inſtructa argumento a

Digitized by Google

contrario ſenſu *l. ex facto 19. ff. de hered. inſtit.* illam non inferat, *l. penult. §. illo, inf. de neceſſ. ſeru. hered. inſtit.* Obſeruandum deinde eſt, in ipſa inſtitutione loco formæ, requiri expreſſam nuncupationem, vel ſimilem deſignationem *l. iubemus, ſup. de teſtam. §. in omnibus, hac noſtra lege. Item l. inter cetera, h. t.*

Quæ decimo in hanc noſtram inſpectionem cōferuntur, prima facie imaginem iuris & æquitatis contrariæ ſententiæ imponere poſſunt: ſed ſi eadem ex propinquo contemplemur, non idem conſequentur. Etenim filius, qui in ſpem hereditatis paternæ natus eſt, *l. nam etſi 15. & l. ſcripto, ff. vnde liberi*, ſatis
32 magna † iniuria affici dicitur, ſi teſtamento facto fraudetur honore inſtitutionis, *§. ceterum, Nouell. 115. vt cum de appell. cognoſ. & Inſt. de liber. exhered. in princ.* Et ſi quis vrgeat, hoc demum nouo iure introductum eſſe, is ſaltem illam conſiderationem boni conſulet; quod hæc cauſſa fuerit in conſideratione, etiam apud veteres Iuriſconſultos, *l. filium 5. §.*
33 *ſed etſi portio, ff. de legat. præſtan.* cum filius † iure Digeſtorum fuerit inſtituendus, aut exheredandus: quo caſu tamen ad tollendam inofficioſi querelam, in ipſo teſtamēto filio legitima portio relinquēda fuit, *§. igitur, Inſt. de inoff. teſtam.* quod denique in his, quæ formæ loco præſcribuntur, vt eſt diſerta inſtitutio filii *d. l. inter cetera, & §. in omnibus, hac noſtra l.* non liceat argumentari a ratione ceſſante, ſecundum ea, quæ exponimus *in authent. hoc ius porrectum, ſup. de ſacroſ. eccl. n.*

Magna inter noſtros doctores altercatio
34 eſt, quemadmodum verbum † *inſtitutionis* in hac noſtra lege, an in ea ſignificatione, cū quis heres primo gradu ſcribitur, an vero p̄
35 ſubſtitutione accipi debeat. Etenim † Alciatus *paradox. lib. 3. c. 6.* Anton. Gouean. *hic nu. 19.* Iacob. Cuiacius *in hac noſtra l. verſ. an hac ſecunda inſtitutio*, contendunt, hanc ſecundam inſtitutionem, vere & proprie inſtitutionem dici, non ſubſtitutionem, idque defendere conantur ex his argumentis, quod ſcilicet a verborum propria ſignificatione & forma diſcedendum non ſit. Iuriſconſultos autem noſtros hanc heredis deſignationem ſecūdo loco factam, vbique appellare inſtitutionem, *vt hac noſtra l. Item l. ſi mater 33. §. 1. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* vtuntur deinde illa ratione, quod ſubſtitutio ſit proprie datio hereditatis delatæ, vel acquiſitæ, prius alteri cuipiam heredi, vel quæ ſaltem potuiſſet aliquando ſic deferri vel acquiri: atqui in caſu huius noſtræ legis hereditatem nunquā fuiſſe filio delatam, nec vnquam vtrique gradui hereditatem deferri potuiſſe.

Contrariæ ſentētiæ † aſſertores ſunt gloſſa *in dictione poſſe*, Iaſon *hic num. 28.* Franc. Aretin. *col. 4.* Raphael Cumanus *num. 3.* & pene omnes doctores antiqui, dum hāc ſecundam inſtitutionem ſubſtitutionem indigetant. Mouentur auctoritate *l. ſi pater impuberes 25. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* vbi iuriſconſultus illud, quod antea ſubſtitutionem appellarat, mox inſtitutionem dicit *item Inſtit. de vulg. & pup. ſubſt. in prin. l. ſi mulier 20. §. fin. ff. de condit. & demonſt. l. in ratione 21. §. quod vulgo, & §. ſeq. ff. ad l. Falcid.* quodque ex *l. ſi mater 33. §. 1. ff. de vulg & pupill. ſubſtit.* intelligamus, eſſe duos gradus inſtitutionis, adeo, vt ſecundus gradus merito in ſubſtitutionis nomen migret & conuertatur: Ad argumenta Goueani & Cuiacii reſpondent, quod etiam exſtēt iuris noſtri certiſſima reſponſa, quibus ſubſtitutis ne dum deferatur compendium hereditatis, ex perſona ipſius, qui poſt teſtatorem diem ſuum obiiſſet, verum etiam qui illo viuo in fata conceſſiſſet, *vt l. cum ex filio, 39. §. fin. ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. ſi pater filium, 26. eod. l. non putauit 8. §. a primo gradu, ff. de bonor. poſſ. contra tabulas.* 36

In hac opinionum controuerſia † exiſtimarim, primam interpretationem & verbis, & menti legis noſtræ magis accedere. Animaduertimus enim tota hac lege, verbū *inſtitutionis*, ſæpe repeti, *vt in princ. item §. 1. §. & quid ſi tantum, §. quid ſi quis filium, §. ſi eius, §. forſitan, §. in omnibus, §. & videtur, §. ſequenti parte, §. videndum, §. ille caſus in difficili eſt*, quibus in locis Iuriſconſultus nō ſine myſterio verbo *ſubſtitutionis* abſtinet, non idem facturus, ſi paria poſſet ſubſtitutio, quæ inſtitutio. Nec mouet, quod ſubſtitutio nōnullis in locis inſtitutio vocetur, cum ipſa inſtitutio latius pateat, & ſubſtitutionem ſua ſignificatione cōplectatur, an vero & fideicommiſſarias ſubſtitutiones comprehēdat, non eſt præſentis loci inquirere, poterintq; de ea re conſuli Bart. *in l. centurio, ff. de vulg. & pup. ſubſtit. & Iaſon hic num. 28. & ſeq. & quæ ſcribimus in prælud. tit. de impub. & aliis ſubſtit.* Porro quod ſubſtitutio regulariter inſtitutionē includat, id dicendū non eſt: Subſtitutio enī eſt ſecundus aut tertius gradus inſtitutionis, ſecundum ea, quæ ſuo loco explicauimus. Porro, quod in præſenti inſpectione iuriſconſultus inſtitutionis verbo vti maluerit, videtur primum impetraſſe ratio a Goueano & Cuiacio conſiderata, quamuis iuriſconſulti 37

Digitized by Google

conſulti noſtri id tam anxie in ſimilibus caſibus non videantur obſeruaſſe, *vt in locis ſupra allegatis.* Eſt deinde & alia eaque potior atque vrgentior obſeruatio, quam in conſilium adhibuit Boet. *Epo. hic num. 25.* quod in hac noſtra lege non ſolum caſus præmorientis filii inſpiciatur, ſed etiam alii diuerſi, in quibus auus filium præterire poteſt, veluti, ſi ab hoſte ſit captus, *l. in omnibus*, vel ſi ſit emancipatus, vel etiam exheredatio interuenerit, *vt §. in omnibus*, hic enim nepos ſubſtitui non poteſt, cum nulla inſtitutio præcedat. Circa quam inſpectionem Goueanus hic a Boetio reprehenditur, quod primam rationem ſolam expendiſſet, quæ ipſius iudicio lubrica ſit: deinde quod ſubſtitutis deneget ius accreſcendi contra *l. vnicam, §. his itaque, Cod. de caduc. tollend. l. qui patri 59. ff. de acq. vel omitt. hered.*

Quamuis itaque fateamur, inſtitutionis verbum hic non ſine peculiari conſideratione a iureconſulto Scæuola duntaxat vſurpari: tamen non animaduertimus, quod contrariæ opinioni aliqua ratione ſuffragari poſſit. Nam cum ex rationibus antea intellectis appareat, inſtitutionem plerunque conferri in illos caſus, quo filius ante mortem parentis de numero ſuorum exi-
38 matur, & nepoti locum faciat, recte † qui-
dem inſtitutio vocatur, non tamen propterea cōſectarium eſt, idem teſtamentum ſine inſtitutione filii valere, *l. ſi filius 7. ff. de libe. & poſthum. hered. inſt. & hac noſt l §. in omnibus, l. inter cetera, hoc eodem tit.* cum ad hoc, vt teſtamentū valeat, inſtitutio filii requiratur, neq; teſtamentum confirmet mors filii, viuo teſtatore, ſuperueniens.

Licet in dubio pro teſtamento pronunciandum ſit, vt decimo tertio aperitur: tamen admittere non poſſumus cauſſam du-
39 biam eſſe, cum circa formam † ipſius rei pec-
catum contrahitur. Si enim minimæ ſolemnitatis omiſſio teſtamentum vitiet, *l. ad teſtium, §. ſi quis, & §. ſignum, ff. qui teſtam. facere poſſ. & l. ſi vnus, ſup. de teſtam.* multo iuſtiori ex cauſſa illud probabimus, ſi quis filium præterierit, *§. in omnibus, hac noſtra l. Inſt. de liber. exheredat.*

Quæ decimo quarto de iure Prætorio commemorantur, in triplicem quęſtionem incidere videntur: primo, *an iure Prætorio poſthumi nepotes ante prouiſionem Galli inſtitui potuerint?* Secundo, *an hæc conditionalis mentio de filio facta, pro vera inſtitutione ſit habenda?* Tertio, *quod ſi hoc munus præſtare nequeat? an ſaltem eius beneficio, mortuo filio, antequam parens ab hac luce ſubtrahatur, cōualeſcat:* Quod ad primam quæſtionem attinet, negari non poteſt, poſthumos nepotes iure Prætorio ante Iuſtiniani tempora potuiſſe inſtitui, cum etiam poſthumus alienus in illa cauſ-
ſa fuerit, *Inſtit. de bonorum poſſeſſ. in prin.* † Sed 40
an hoc liberum fuerit ante formulam a Gallo compoſitam, id denique controuerſum eſt. Etenim Bartolus *in hac noſtra leg. §. ille caſus, & ibidem Alciatus numer. 22. Cumanus num. 3. & paſſim alii interpretes, Conan. libro 10. comment cap. 3. num. 8.* auctores ſunt, tale ius Prætorium poſt tempora, quibus Gallus floruit, inualuiſſe. Ceterum repugnat Boet. Epo. *in explicatione præſentis legis, circa inſcriptionem huius legis, num. 4.* qui contendit, illud veriſimile non videri, quod Saluii Iuliani temporibus Prætores edicta facere deſierint, imo tempore Ciceronis & Galli pene de rebus omnibus edicta fuiſſe propoſita, adeo, vt vix noua amplius deſiderarentur, ſed Prætores edictis fere tralatitiis vterentur, qualium frequentem mentionem Cicero faciat, *vt libro 3. epiſt. ad amicos, item libro 3. epiſtol. ad Attic. item 3. oratione in Verrem,* item quod Aulus Ofilius Cæſari familiariſſimus, edictum Prætoris primus diligenter compoſuiſſe ſcribatur a Pomponio *l. 2. § Seruius autem Sulpitius, ff. de orig iur.* quodq; his edictis Saluius Iulianus ſupremas manus impoſuerit, iuſſu Adriani, *l. 2. C. de vet. iure enucleand. Eutrop. lib. 9.* Et ſi quis fortaſſe vrgeat, quod ſi nedum poſthumi nepotes, ſed etiam alieni ante Galli conſilium, ſiue conceptionem hac lege propoſitam, potuerint heredes inſtitui, quid opus fuerit hac Galli prouiſione, ille non incolerate reſpondet, quod cum ſucceſſio iure ciuili ſit perpetua, *Inſtit. de perpet. & tempor. actionib.* bonorum poſſeſſio vnius anni interuallo concludatur, *Inſtit. de bonor. poſſeſſ. in fine.* Item quod decreto Prætoris opus fuerit, *l. fin. ſupr. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ.* eaque ſolemnitas in adeunda hereditate neceſſaria non ſit, *l. gerit, ff. de acquirend. vel amittend hered.* Denique, quod opera Galli Aquilii, nedum vtilis fuerit, ſed etiam aliquando neceſſaria. Certum enim eſſe, bonorum poſſeſſionem non dari, ſi teſtamentum ſeptem teſtium ſignis confirmatum non eſſet. Allegat *§. ſed cum paulatim, Inſt. de teſtam.* item *l. ad teſtium 22. §. ſignum, ff. qui teſtam. facere poſſ.* Propius meo iudicio vrget *l. ſi poſthumus 14. ff. de lib. & poſthum. hered. inſtit.*

Digitized by Google

In propoſita cõtentione nõ video, quare a priori ſententia diſcedendum ſit, cum ipſe Boetius Epo. vt etiam facit Balduin. *Inſtit. de iur. natural. gent. & ciuil. §. prætorum quoque n. 1.* fateantur vſq; ad tẽpora Saluii Iuliani, a prætoribus edicta propoſita fuiſſe. Conſtat autẽ inter Gallum Aquil. & Iulianũ, qui ſub Imperatore Adriano floruit, pene alterum ſeculum interfluxiſſe, & veriſimile eſt, Prætores motos exemplo, quod Gallus Aquilius id in poſthumis nepotibus inuexiſſet, generaliter etiam poſthumis alienis conſuluiſſe, *vt d. §. 1. Inſt. de bonor. poſſ.* Porro rationes ab ipſo Boetio in conſilium adhibitæ, plurimũ momenti adferre poſſunt in cõſideratione, quare Iuſtinianus noua cõſtitutione, de qua mentionem facit *in §. ſed nec, Inſt. de legat.* his ſubueniendum eſſe putauerit.

41 Secunda quæſtio, an verba † conditionalia, *ſi filius meus me viuo morietur*, ſaltem iure prætorio inſtitutionem cõtinere videantur, ſatis perplexa eſt, propter *l. etiam, §. ſi libertus, ff. de bon. libert.* Sed nõ video, quæ abſurditas illam ſententiam conſecutura ſit, ſi cum heredes ab inteſtato, moriente filio, antequã teſtator in fata concedat, iure prætorio bonorum poſſeſſionẽ amplecti poſſint, idem in patrono reſpuendum ſit eo caſu, quo talẽ filii cõmemorationem feciſſet, *vt ex d. l. 3. de bon. libert. §. ſi libertus*, colligi poteſt.

42 Tertia quæſtio, † *an teſtamentum ex poſt facto conualeſcat*, diſtinctionis fœdere componi poteſt, vt ſi de iure ciuili tractemus, definitionem recipiat, *ex l. ſi filius 7. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* vt ſcilicet hoc modo nõ confirmetur: quod ſi vero quæramus de iure prætorio, diuerſum obtineat, *d. l. poſthumus, 12. ff. de liber. & poſth. hered. inſtit.* Qui in re tamen obſeruandum eſt, quod licet iure ciuili præteritio filii, teſtamentum ipſo iure vitiet: tamen nõ ſatis expeditum ſit, an id procedat de iure prætorio, cum ei deferat bonorum poſſeſſionem contra tabulas *§. eadẽ, de heredit. quæ ab inteſtat. defer. & l. 2. C. de bonorum poſſeſſ. contra tabul.* quæ ſane teſtamentum reſcindere dicitur, *l. vt liberis, ſup. de collat.* vt videre licet apud Vigl. *Inſtit. de exheredat. liber. in princ. num. 3.* Philippum Decium *in d. l. 2. num. 11.* vbi in vtramq; partem multa argumẽta accerſit, deinde, quod hæc traditio etiam confirmetur arg. *l. ſi duobus, §. 1. ff. de bonor. poſſ. contra tab.* cui tamen reſpõderi poſſet, *vt oſtendi in l. hac conſultiſſima, §. fina. ſupr. de teſtam.* Vnde animaduertimus, Bartoli opinionẽ hoc caſu non adeo abſurdam eſſe, ſi rem ad ius prætorium reuocare velimus. Si enim teſtamentum ex poſtfacto vires ſuas recipit, quod filius viuo patre deceſſerit, vbi nulla ratione inſtitutus eſt, quáto iuſtiori ex cauſſa illud procedet, vbi eius per modum conditionis mentio facta eſt: non tamen idem eo caſu probarem, quo filius ſuperuiueret, ſi fortaſſe coheredem haberet, aut legata vel fideicommiſſa, maxime ſecundum tempora iuriſconſultorum ab illo relicta eſſent. Eſt deinde & alia ſolutio Antonii Fabri *coniectur. lib. 9. cap. 15. & 16.* quam non inſubtilem perſequemur *in §. idẽ credendum eſt, hac noſt. l.*

Circa formulam a Gallo propoſitam, reuoco in dubium, quod a nemine hic motum animaduerto, quid cauſſæ ſit, quod Gallus Aquilius illam conceperit in perſonam filii, *Si filius me viuo*, & nullam mentionem † fecerit filiæ. Exiſtimabit fortaſ- 43
ſe aliquis, appellatione filii etiam filias comprehendi, & quæ exempli cauſſa poſita ſunt, legem non reſtringere, *l. ſi quis, ff. de verborum. ſignificat. & l. 1. §. quod vulgo, ff. de vi & vi armata.* Sed is perpendere debet, illud parum commode huc deflecti poſſe, cum idem Gallus Aquilius mox cum diſtinctione natum & natam cõplectatur. Sciendum itaque eſt, aliam conditionẽ antiquitus fuiſ-
ſe † filiarum, quippe quæ præteritæ teſta- 44
mentum non vitiarint, *Inſt. de liber. exhered. in princ. verſ. ſed non ita de filiabus*, quoad per Iuſtinianum id emendatum fuit, *l. maximum vitium, inf. de libe. præt.* Sed admiſſa hac ſolutione, occurrit alius ſcrupulus paulo intricatior, cur nõ idem obtineat in † nepotibus 45
& pronepotibus filii, qui ſecundum definitionem *Inſtit. de exheredat. liberor. in princip.* item *d. l. maximum vitium, & §. in omnibus, hac noſt lege*, æque omitti poterant, quamuis ita præteriti, ius accreſcendi vſq; ad certam portionem haberent, cum tamen ex noſtro text. *§. idem credendum eſt*, intelligamus, illos etiam inſtituendos eſſe, ne agnaſcẽdo rumpant teſtamentum. In propoſita difficultate non video aliam euadendi rationẽ, quam vt diſtinguamus inter teſtamentum irritum & ruptum, filio præterito teſtamentum irritum conſtituitur, *l. 1 ff. de iniuſt. rupt. & irrito fact. teſtam. Inſtit. de exheredat. liber. in princip. & §. in omnibus hac noſtra lege.* Porro ſi nepos aut pronepos, qui ſuorum locum obtinẽbãt, præteriti eſſent, teſtamentũ quidem non vitiabatur, ſed ius accreſcendi locũ habebat, *vt dictũ eſt, vt in loco ſupr. allegato*, aliud tamen obtine-

Digitized by Google

obtinebat in illis nepotibus & pronepotibus, quos pares tempore teſtamenti iure ſui heredis præcedebat: quãuis enim hi impune eodẽ tempore omitti potuerint, *l. ſi quis filio exheredato, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* tamen patre illorũ, & filio teſtatoris rebus humanis exemto, in locũ ſuorum ſuccedebant, & teſtamentũ, quod prius valebat, rumpebant, *l. poſthumorũ 13. ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſt. &* §. *poſthumorũ, Inſt. de exhered. lib.* Sed adhuc exquirenda ratio eſt, quare hi totum teſtamentũ infirmarint, cum tamen nepotes, qui ſuorũ loco tempore teſtamẽti erant, in diuerſa cauſſa fuerint, qua in quæſtione promtiorẽ rationem reddere nõ poſſum, quam illã, quam ſuppeditat §. *poſthumi, Inſt. de exhered. lib.* q ex quo parens nullã illorum mentionẽ fecit, non videatur de huiuſmodi caſu cogitaſſe, qua de cauſſa etiã fit, vt nedum poſthumi, ſed etiã poſthumæ, de quibus nihil teſtamento cautũ erat, naſcẽdo poſtea teſtamentũ labefactent. Quod igitur in poſthumis obtinet, idem reſpuendũ non eſt in illis, qui poſthumorum loco ſunt, *d. l. poſthumorum*, cum qua ratione de poſthumis cogitaſſe non videtur, eadẽ ratione etiã non exiſtimauerit filiũ ſe viuo contra naturæ ordinem, *l. 15. ff. de inoff. teſtam.* moriturum.

Excutiendo itaq; hanc Galli formulam, etiam reliquorũ verborũ vim expendemus, ait Gallus, ſi filius me viuo moriatur; recte *viuo*, nam ſi poſt mortem patris id eueniret, exſtingueretur ſubſtitutio, deficiente cõditione *l. 1. C. de inſt. & ſubſtit. ſub condit. factis, l. ſi quis filio exheredato, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Sed hic exoritur ſcrupulus, quem
46 noſtri doctores, ex parum conſiderata † obſeruatione iuris, nõ neceſſariis commentationibus excitarunt, quod cum talis hereditas ante conſtitutionem Iuſtiniani de caducis tollendis, §. *pro ſecundo*, in cauſſam caduci venerit, ita vt fiſco locus fuerit, quomodo inſtitutio nepotis rata eſſe potuerit. Torſit hæc conſideratio Bald. *hic in tertia oppoſit.* item Ang. §. *in omnibus, infr. hoc tit.* Iaſ. *n. 72. & ſeq.* Marian. Socin. *nu. 64.* & multos alios, quos referre non eſt operæ pretium, adeo, vt ad euadendam hanc difficultatem cõſtituant, filio coheredem datum eſſe, ex cuius perſona teſtamentũ ſuſtineretur. Iaſon vero poſt longam diſceptationem *nu. 66.* tandem diuinando cõmemorat, in hoc noſtro textu neceſſario ſubaudiendum, quod vna cũ nepote alius fuerit ſubſtitutus. Nos aũt omiſſa tam extranea expoſitione, ex auctoritate *l. vnica, de caduc. tollend. in princ. ſtatuimus, l. Papiam*, quæ ius caducorum introduxit, liberis teſtatoris vſque ad tertium gradum, ſi heredes ſcripti fuiſſent, ſuum iugum imponere erubuiſſe, quod etiam obſeruauit Alciat. *lib. paradox. 3. c. 6. n. 5. & ſeq.*

Sequuntur in textu hæc † verba: *tũc ſi quis mihi ex eo nepos, ſiue quæ neptis:* cum edoceamur ex *l. 1. ff. de verbor. ſignific.* pronuntiatione dictionis, *ſi quis*, etiam fœminas contineri, atque etiam multis iuris noſtri reſponſis comprehendatur, quod maſculinum genus fœmininum concipiat, *l. pronuntiatio 195. eo. tit. item* §. *ſui, Inſt. de hered. qualit. & differ. l. 1.* §. *ait Prætor, ſupr. de conſtit. pecun. l. ſi quis id 7. ff. de iuriſd. omn. iud. l. ſi ita ſcriptum, ff. de legat. 2. l qui duos 62. ff. de legat. 3. l. ſeruis legatis 81. eod. tit. l. 3. §. ait Prætor, ff. de negot. geſt.* & iuriſconſultis ſemper propoſitum eſſe debeat, vt breuitati ſtudeant, *l. 1. & 2. ff. quod met. cauſſ. fact. l. fin. inf. de appell.* alienum a ratione videri poſſet, quod Gallus in conceptione huius formulæ aliud inſinuaſſe videatur, quaſi appellatione nepotis neptis non comprehenderetur. Sciendum itaque eſt, quod quamuis regulariter definiatur, quod † maſculinum genus fœmininum cõcipiat, *d. l. ſi quis, vbi Bart. num. 1. & 2. Andr. Tiraq. de retract. gentil.* §. *1. gloſſ. 9. num. 205.* vbi infinitis auctoribus teſtimonium huius rei denũtiet, *Andr. Gabr. commun. concluſ. lib. 6. tit. de verborum ſignificat. concluſ. 6. nu. 1.* vbi etiam multos more ſuo accumulat, Didac. Couarr. *in c. Raynutius, in princ. num. 16.* quod † tamen hoc axioma ſuas exceptiones habeat. Principio enim nõ procedit in his diſpoſitionibus, quæ mulierum perſonis non conueniant, veluti ſi de feudo tractetur, *vt c. vnic. de alien. feud. verſ. etſi clientibus, l. ex facto,* §. *fin. ff. ad SC. Treb. l. ſi quis aliquid 38. ff. de pœn. §. qui abortionis*, vnde quidam inepte argumentãtur, quod appellatione hominis mulier non contineatur, cum textus inter mulierem & hominem diſtinguat. Etenim cum ibi duo caſus proponãtur, abortionis & poculi amatorii, & prior caſus duntaxat in perſona fœminæ locũ habere poſſit, vltimus aũt vtriſq; conueniat, recte iuriſconſultus diſtinctionem introduxit. Accedit *l. fin. ff. de tutel.* Barth. Soc. *in ſuis fallentiis, in dict. maſculinum, in 6. fallent.* 47 48 49

Secundo, † ſi ſeparatim de vtroque ſexu quid cautum ſit, *l. ita ſcriptum 13. hoc tit.* 50

Tertio hæc regula † non procedit, ſi verſemur in materia plane odioſa, *vt l. quiſquis, inf. ad l. Iul. Maieſt. l. 1. §. quare. ff. de vent. in poſſ.* 51

Digitized by Google

mittendo, c. quamuis, de pœn. in 6. l. 1. §. totiens, ff. de ventr. inſpic. Andr. Tiraquell. de retract. gentil. §. *1. num 194.* vbi multos auctores recenſet, *Barthol. Socin. in ſuis fallent. in dictio. maſculini, in 4. fallent. Anton. Gabr. d. concl. 6. titul. de verbor. ſignific. nu. 65.* Ad hanc exceptionem Alexand. *hic num. 10.* putat pertinere definitionem † præſentis legis, cum illa, vt ipſe cõtendit, ſit correctoria, idemq; defendit Decius *in l. fœmina, ff. de reg. iur. Corn. conſ. 13. col. 3. Barth. Soc. in loc. ſupr. deſignato in 9. fallen.* Sed hanc Alexandri conſiderationem repudiãt Iaſ. *n. 59.* Marian. Soc. *n. 50.* Galliaul. *n. 34.* Tiraq. *de retract. gentil.* §. *1. gloſſ. 9. num. 221.* ſecuti opinionem gloſſæ in dictione *neptis*, item Raph. Cumani *n. 5.* Alciat. *hic n. 60* quibus etiam aſtipulatur Boet. Epo. *num. 60.* Contendunt enim idem Iaſon & Socin. legem noſtram non eſſe inter alias recenſendas, quæ alias abroget, ſed quæ eaſdem, vt ipſe vocat, limitet ſiue declaret. Ceterum hæc cõſideratio ex eo impugnari poſſet, q̃ etiam in huiuſmodi legibus, quæ alias determinare ſoleãt & ſingulare ius introducere, benignior interpretatio prohibita ſit, *l. ſi vero,* §. *de viro, ff. ſoluto matrim. l. quæ contra, ff. de reg. iur. l. quæ vero, ff. de legib.* Sed tamen probabilior illorum ſententia videtur, qui etiam in † legibus correctoriis talem interpretationem nõ reſpuunt, *vt docet Andreas Tiraquell. in loco iam allegato, argum.* §. *conſequens, &* §. *ſi defunctus, in verb. ſolis fratribus, Nouell. 118.* vbi appellatione fratris etiam ſoror continetur. Et ſane ſiue hanc noſtram legem huius vel alterius generis eſſe ponamus, negare nõ poſſumus, eandem benigniorem interpretationẽ admittere, vt apparet ex §. *idem credendum, &* §. *& quid ſi tantum,* in quibus id, quod ſtatutum eſt in vna perſona, vel vno caſu, transfertur etiam ad alias, neque illos audiendos puto, qui arbitrẽtur Scæuolam illud tanquam legiſlatorem feciſſe, cum non conſtet, ipſum huiuſmodi poteſtatem habuiſſe, & ex verbis ipſius in *d.* §. *& quid ſi tantũ, & ſeq.* facile intelligamus, hoc illum facere, vt interpretem, & ex ſententia Galli, aut legis Velleiæ, quemadmodum etiam iudices facere poſſunt, & iubẽtur, *l. non poſſũt, & l. neque, ff. de legib.* cum hoc ad ſenſum legis pertinere videatur, *l. fin. inf. de indict. viduit. tollend.*

Qua de cauſſa, vt quod mei iudicii ſit, paucis expromere poſſim, conſtituo duo in diſceptationem † venire: Primo, *an is, qui auctoritate legiſlatoris careat, citra Galli Aquilii prouiſionem, huiuſmodi interpretationem facere potuiſſet, vt pronuntiatione nati etiam natam comprehendi pronuntiaret?* Secundo, *an teſtator nepotem, qui naſcetur, inſtituens, etiã neptem inſtituiſſe intelligatur?* Circa primã quæſtionẽ non improbabilis videri poſſet ſententia Franc. † Cõnani *lib. 10. comment. c. 4. n. 2.* certum eſſe, quod maſculinũ hanc interpretationem non admittat, cum diuerſitas rationis huiuſmodi extẽſioni repugnet, *vt declarant Bart. in l. ſi quis, ff. de verb. ſig. Ant. Gabr. d. concl. 6. tit. de verb. ſig. n. 51.* vbi multos auctores more ſuo congerit. Quod aũt non eadẽ ratio in perſona neptis, quæ fuit in perſona nepotis, interueniat, *arg. l. maximum vitium, inf. de lib. præt.* defendi poteſt. Ceterũ, q̃a idẽ pene ius in cauſſa inſtitutionis & exheredationis, quod ad nepotes & neptes attinet, receptũ fuiſſe animaduertimus, *Inſtit. de lib. exhered. verſ. ſed non idem*, vt & ſupra intellectũ eſt, ideo † puto Gallum Aquil. id propterea feciſſe, vt anxiam & ſuperciliosam quorundam dubitationem ſubmoueret, quemadmodũ ipſum Imperatorem facere videmus *in l. fin. de ind. ct. vid. toll. item in l. vt liberis, l. illam, ſup. de coll.* † cum illa, quæ tollendæ dubitationis cauſſa contractibus inſeruntur, ius cõmune non lædant, *d. l. qui mutuam, ff. mandati*, cum alii infiniti pene loci exſiſtant, in quibus illud fieri videmus, *vt l. vt tantũ, ff. de ſeru. corrup.* §. *1.* in hæc verba: *de filio filiave familias corruptis, huic edicto locus non eſt, & in l. 1. eod. tit. Qui ſeruum, ſeruam, alienum, alienam recepiſſe, l. doli* §. *3.* in hæc verba: *ſi ſeruus ſerua feciſſe dicetur, l. 1. ff. de poſtul.* §. *fin. priuigno priuigna, pupillo, pupilla, furioſo, furioſa, l. quid ergo 13. ff. de his, qui notant. infam.* §. *1.* quem, quamve in poteſtate haberet, & §. *2. qui filium vel filiam conſtituere patitur, l. patronus, patrona, ff. de re iudic. l. interdum, ff. de iudic.* filium vel filiam, *l. fin. ff. de fideicommiſſ. libert. in verb. ſi quis natus natave erit, Inſt. de exheredat. liber. in princ.* Sed ſi non fuerant ſcripti heredes ſcriptæve, exheredati exheredatæve, & infinitis aliis locis, quos in hanc cauſſam conquiſiuit Andreas Tiraquell. *de retract. gentil.* §. *1. gloſſ. 9. num. 217.*

Hæc de prima quæſt. *An aũt idem in verbis teſtatoris admittendum ſit?* cõuenientius exſequemur *in* §. *& quid ſi tantũ, hac eadem l.*

Offerunt ſeſe in textu hæc verba, *in decem menſibus proximis.* Quamuis tempus pariendi incertum ſit, cum nedum decimo & nono, ſed etiam ſeptimo menſe perfectum partum ex auctoritate Hippocratis mulieres eniti poſſe intelligamus, *l. ſeptimo menſe, ff. de*

Digitized by Google

58 *ff de ſtatu homin.* tamen † ex definitione noſtri iuris, non eſſe iuſtum partum accipimus, qui citeriori *d.l.ſeptimo, & l.3.§.fin.ff.de ſuis & legitim.hered.* vel vlteriori tempore, veluti menſe vndecimo natus eſt, §.*final. Nouell.de*
59 *reſtit.& ea quæ parit intra vndecim.* Et † quamuis Alciat.*lib.paradox.3.c.7.* ex auctoritate Ariſtotelis, itē Dioclis Chariſti, præterea Marci Varronis, exiſtimet, fœminas etiam vndecimo menſe adhuc liberos geſtare, & in eam rem citet quoq; decretum Adriani Imperatoris, de quo mentio fit apud Gell.*lib.3. noct.Attic.c.16.* huiuſmodi partum pro legitimo habentis, & Gaius Plinius *natural.hiſtor. libro 7.cap.5.* memoriæ prodiderit, Veſtiliam Gaii Harditii, ac poſtea Pomponii atque Orfitii clariſſimorum ciuium coniugem, ex his quatuor partus enixam eſſe, ita vt Sempronium ſeptimo menſe pareret, Suillium Rufum vndecimo, Corbulonem ſeptimo vtrumque conſulem, poſtea Cæſoniam Cai Principis coniugem octauo, & Lucium Papirium Prætorem ei bonorū poſſeſſionem dediſſe, qui decimo tertio menſe editus eſſet, imo Dionyſ. Godofred. *Nouell.39. de reſtitut.* teſtetur, Senatum Pariſienſem partum eius mulieris, quæ decimo quarto menſe poſt mortem mariti prolem enixa erat, legitimum iudicaſſe, quod ea mulier ſine ſtupri ſuſpicione diligenter aſſeruata, apud mariti heredes vixiſſet, de qua re etiam Angel. Matheat. *de legat. & fideicommiſſ. cap.17.* Item Tiraquell. *in l.ſi vnquam, infr. de reuocand.donat. in verb.ſuſceperit liberos, num.209.* Item Mynſing.*centur.6.c.40.* nos tamen a legum auctoritate, *vt d.§.fin. Nouell.de reſtitut. & hac noſtra l.item l.3. §.11.ff.de ſuis & legitim. hered.* ſecundum ea, quæ etiam *l.12.tab.* comprehenſa fuiſſe tradit Balduin. *in leges Romuli, cap.17.* minime diſcedendum eſſe exiſtimamus, quod non putemus ſequenda eſſe ambitioſa quorundam decreta, *l.nemo, infr. de ſententiis & interlocut.omnium iudic.* quodq; Philoſophi, item & Medici profiteantur, mulieres rariſſime vltra illud tempus vterū ferre. Hippocrates *lib. περὶ φύσιος παιδίου, item lib. περὶ τροφῆς* Ariſtoteles *lib.7. de natura animal.* Tertull. *in lib.de anima*, Plutarch. *lib.5. de placitis Philoſophorum,* qua de re etiam conſuli poterunt Plinius *in loco ſupra allegato*, Gellius *lib 3. noct. Attic. cap.16.* Macrob. *lib.1. cap.6. in ſomnium Scipionis*, Dionyſ. Godofred. *d. Nouell.39.de reſtit.§.fin.* Balduin. *ad leges Romuli, cap.17.* Reuard.*cap.28.in leges 12.tabul.* Victorius *cap.18.*

Quærit Bart.*num.13.* quid iuris ſit, ſi † mulier poſt mortem mariti ſui ſtatim nuptias 60
contraxerit, & deinde ſeptimo, nono, aut decimo menſe pariat, cui hic partus adſcribi debeat, & ipſe quidem auctor eſt, nos debere inſpicere ſigna conceptionis, quorum mentionem faciat Rofred. *in ſuis libellis ſuper edicto, ſi mulier vētris nomine in poſſeſſionem mittatur*, quod ſi autē huiuſmodi argumenta deficerent, tunc ſpectandam eſſe conſuetudinem mulieris, quanto temporis ſpatio eniti conſueuerit, *arg.l.non omnes, §. a barbaris, ff.de re milit. & l.vel vniuerſorum, ff. de pignorat.action.l.1.§.beſtias, ff.ſi quadrup.pauper. feciſſe dicat.* Quod ſi autem de conſuetudine non appareat, tunc rem committendam eſſe medicis & obſtetricibus in illa arte peritis, *l.1.§.1.ff.de vent.inſpic. Angel.autem in l.duo ſocii 8.ff.de hered.inſtit.* argum. eius textus exiſtimat, quod eo caſu, quo mulier ſtatim poſt mortem mariti ad ſecundas nuptias conuolaſſet, & filium nono aut decimo menſe peperiſſet, hunc filium vtrique parenti poſſe ſuccedere, quod ſane cum ridiculum ſit, ita non multo felicior eſt cenſura Franciſci Aretini *hic numer.4. verſ.& videtur dicendum*, putantis illum hoc caſu neutri ſuccedere, *argum.l.ſi fuerit 10.ff.de rebus dub.* quamuis poſtea variare videatur. Æque abſurda iudicari poteſt ſententia Alciati *hic numer.64. & 65.* ſtatuentis rem ſorti committendam, Ioan. ab Imol.*num.12.* arbitratur, poſteriori marito hunc adiudicandum eſſe, *argu.l.filium definimus, ff.de his qui ſui vel alieni iuris ſunt.* Porro Bald.*hic n.12.* Ang. ſibi contrarius, *num.6.* Alex *n.14.* Iaſ.*n.72.* Marian.Soc.*n.61.* Bartolo ſubſcribunt, cuius opinionem idem Socinus communem eſſe renuntiat.

In hac interpretationis varietatē, ſententiam Bartoli quidem magis probabilem iudico, ſed eandē certo modo declarandam.

Conſtituo † itaque iudicem tanquā prudentem virum, non ad vnam cōiecturā vel 61
probationis ſpeciem cognitionem ſuam allegare debere, *l.3.§.diuus, ff.de teſtib.* vt ſemper confugiat ad peritos in arte, cum certæ poſſunt eſſe probationes vel argumenta, quod prioris mariti filius non ſit.

Quid enim ſi imaginemur maritum priorem per multum temporis ante mortem ſuam abfuiſſe, & peregre vitam cum morte commutaſſe, ſane filius poſtea natus ipſi adſcribi non poterit, *leg.filium definimus, in fine, ff.de his qui ſui vel alieni iur.ſunt, l.1.§.ceterum, ff.de agnoſcend. & alend. liberis.* Quid ſi

Digitized by Google

ponamus illum plane decrepitæ ætatis fuiſ-
ſe, vel ex graui valetudine per multos men-
ſes decubuiſſe, ita vt proles procreare non
potuerit, *l. quæſitum, ſupr. hoc titul.* In his e-
nim & ſimilibus caſibus non puto ad peritos
confugiendum, niſi dubitaretur de valetu-
dinis grauitate. Pari ratione non exiſtimo,
ſtatim repudiandum teſtimonium matris,
huic vel alteri filium aſſignantis, *l. etiam ma-
tris, ff. de probat. item l. vxorem, ff. de manu-
miſſ. teſtam.* quamuis enim, *vt Bartol. inſtat,*
mater decipi poſſit, *argum. l. 1. §. ſi mulier, ff.
de liber. agnoſcend. & l. 1. §. ſi per calumniam, ff.
ſi mulier ventris nom. in poſſeſſ. calum. cauſſ. eſſe
dicet.* tamen rarius illud accidere ſolet: nam
& ipſi periti in arte labi poterunt, *cap. fra-
ternitatis, extr. de frigid. & malefic. & l. 1. ff. de
ventr. inſpic.* Itaque matris verba tunc fidem
impetrare poſſent, ſi nulla ſuſpicio illam vr-
geat, puta, quod aſpiraret ad hereditatem
prioris mariti diuitis & pecunioſi, & pro-
pterea comminiſceretur ſobolem ex eo ge-
nitam, *argum. cap. ſicut, de teſtib.* Porro & hoc
caſu exiſtimarem, coniecturis locum eſſe,
quæ teſtimonium matris cōfirmarent, quid
enim, ſi, vt ipſe Bartolus admittit, ſigna con-
ceptionis, viuo adhuc priore marito, appa-
ruiſſent, & partus ſeptimo menſe poſt mor-
tem patris editus eſſet, quid ſi ſecundus ma-
ritus per valetudinem procreare non poſ-
ſet, quid ſi filii priorem maritum facie refer-
rent, hanc enim cōiecturam repudiandam
non eſſe oſtendunt Baldus *conſil. 390. tam pro-
funde in princip. lib. 2.* Fulgoſius *conſ. 212. quæ-
dam mulier*, Alberic. *in l. ſeptimo menſe, ff. de
ſtatu homin.* Alciat. *in l. quæret, ff. de verborum
62 ſignificat.* vbi facetam hiſtoriam † proponit
de Duce Plombini, qui, cum arbitraretur,
concubinam ſuam ex ſe grauidam eſſe, mul-
tos amicos inuitauit ad baptiſmi ſacra. Por-
ro cum ea infantem peperiſſet æthiopi ſi-
millimum, omnibus ludibrio fuit, quod in-
de appareret, non ipſum, ſed coquum ſuum
æthiopem, vt ipſa poſtea faſſa eſt, parentem
fuiſſe, idem quoque his auctoribus relatis
defendit Andreas Tiraquellus *ad legem con-
nubialem ſeptimam, num. 52.* vbi id multis ex-
emplis & auctoritatibus illuſtrat. Conſtat
63 enim, † Iuliam Auguſti filiam fœminam ſa-
laciſſimam, cum ab adulteris forte interro-
garetur, cur omnes proles Agrippæ ſimi-
les pareret, cum tamen rem cum tam mul-
tis amatoribus habuiſſet, reſpondiſſe, nun-
quam niſi plena naui ſe tollere vectorem.
Accedit, quod Soranus medicus Epheſius
in ſua Iſagoge c. 16. teſtetur, quod fœtus quin-
to menſe † ſimilitudinem ſeu patris ſeu ma- 64
tris induat, aut adulterum demōſtret. Hinc
Plinius *libr. 7. natural. hiſtor. cap. 12.* Solin. *cap.
4.* Tiraquell. *in loco iam deſignato*, comme-
morant, ancillam quandam gemino partu,
alterum marito ſimilem, alterum vero adul-
tero atque procuratori ipſius edidiſſe. Huc
pertinent Ariſtotelis *libro 7. de hiſtor. animal.
cap. 4.* item Homeri, Heſiodi, Euripidis,
Theocriti, Virgilii, Horatii, Catulli, Ouidii,
Martialis, Papinii auctoritates, quas idem
Tiraquellus luculenter perſequitur. Neque
mouet, quod, *vt inſtat Iaſon*, hæc coniectura
fallax eſſe poſſet, quod ex imaginatione mu
lieris proles alium repræſentare queat, vt in
exemplo † propoſito a Diuo Hieronymo, 65
deinde Quintiliano, in ea muliere, quæ æ-
thiopem, vel plane diſſimilem infantem pe-
periſſet, cum in ipſius conclaui imaginem
depictam, atque oculis e diametro obuer-
ſantem haberet, quodque Plinius auctor ſit
naturalis hiſtoriæ *lib. 7. capit. 12.* Toranium
mangonem Marco Antonio eximios for-
ma pueros, alterum in Aſia genitum, alte-
rum trans Alpes, vt geminos vendidiſſe, ita
ſimiles, vt veri fratres gemini crederentur,
item non defuiſſe ex plebe homines, qui
Magno Pompeio, item Scipioni Africano,
Lucio Planco oratori, Curioni Meſſalæ, tam
concordi figura coniuncti eſſent, vt vix di-
gnoſci potuerint. Nam huiuſmodi exem-
pla, eo nomine ſcriptorū monumentis con-
ſignata ſunt, quod † tanquam rariora, & 66
quaſi naturæ prodigia, digna admiratione
eſſent. Nemo inficias ire poteſt, regulari-
ter ita comparatum eſſe, vt parentum fa-
ciem, & lineamenta filii referant, & ſuffi-
cere ad conſtituendā præſumtionem, quod
illud ſæpe fieri ſoleat. *Nicolaus Euerhard. in
ſuis topicis, in loco ab vſitatis & ſolitis, l. excepto,
C. locati, l. ſi prius, §. recte placuit, ff. de aqua plu.
arcend. l. vel vniuerſorum, ff. de pignorat. action.
l. quod ſi nolit, §. quia aſſidua, & § ſi mancipia, ff.
de ædilit. edicto.* Nec obſtat conſideratio Ia-
ſonis *num. 69.* quod mulier, quæ cum alio vi-
ro cōmercium habet, propterea proles ma-
rito ſimiles pariat, quod aduentum † mariti 67
reformidet, & ſemper de illo cogitet: hæc e-
nim ratio per ſe leuis eſt, ſtabiliq; fundamē-
to caret, cum illud veriſimile non videatur,
deinde ad præſentem caſum nullo modo
deflecti poteſt, quo marito rebus humanis
exemto, illa obliterata eius memoria, præ-
mature ad ſecundas nuptias conuolarit.

Diſce-

Digitized by Google

68 Diſceptatio † itaque mea eo redit, vt quemadmodum Iudex ex aſpectu corporis, iudicat de ætate alicuius, *l. minor 25. annis ex aſpectu, ff. de minorib. in integ. reſtit.* ita quoque ex comparatione perſonarum æſtimare poſſit, cuius filius infans ſit, non quod putem has coniecturas ſolas ſufficere poſſe, ſed quod cum aſſertione matris vel aliis coniunctæ, id merito impetrare debeant. Sane cum iure noſtro partus vndecimi menſis pro legitimo non habeatur, nõ exiſtimarim eam mulierem audiendam, quæ ſtatim repetito nuptiarum fœdere, vndecimo, duodecimo vel decimo tertio menſe prolem enixa, cõtenderet ſe illam concepiſſe ex priori marito.

§. quidam.

SVMMARIA.

1 *An Scæuola ratione ſuperfluitatis reprehendat Gallum Aquilium.*

2 *Probata ſententia Caſtrenſis, qui ſtatuit Scæuolam ex mente Galli Aquilii, ea quæ formulæ deerant, ſupplere.*

3 *Quinque exempla a noſtris interpretibus propoſita, in quibus nulla mortis filii mentio fiat.*

4 *Difficultas circa eadem exempla.*

5 *Poſthumum alienum ante tempora Iuſtiniani iure ciuili non potuiſſe heredem inſtitui.*

6 *Aliud exemplum ex Franciſco Connano, Boetio, & Antonio Fabro.*

7 *Nepos qui poſt mortem aui & patris poſtquam is heres exſtiterit, genitus ſit, auo non agnaſcitur.*

8 *An quinque formulæ ab Accurſio propoſitæ, nunc temporis admittendæ videantur.*

9 *An ſi auus in teſtamẽto ſuo ita loquatur: filiũ meum Gaium & eius liberos heredes inſtituo, filii cum patre concurrant, an demum poſt mortem eius admittantur.*

10 *Auctores qui poſt mortem parentis illos duntaxat audiendos conſtituunt: cum nouem argumentis.*

11 *Diuerſæ ſententiæ vindices, additis vndecim argumentis contrariis.*

12 *Intellectus horum verborum illam duntaxat inſtitutionem valere quæ ex verbis concipi poſſit.*

13 *Declarata l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2.*

14 *Differentia inter orationem coniunctam & diſiunctam.*

15 *Vbi regula in contrarium vrget, ibi ab exceptionib. argumentari non poſſumus.*

16 *Ordo affectionis tunc demum in conſideratione eſt, cum oratio teſtatoris ambigua deprehenditur.*

17 *Pater non cogitur nepotem vna cum filio heredem inſtituere.*

18 *Ibi nulla neceſſitas prætexi poteſt, vbi quis liberã habet alio modo inſtituendi facultatem.*

19 *Quando oratio coniuncta in diſiunctiuã reſoluatur.*

20 *In feudis habetur ratio ordinis, propter naturam ipſius feudi.*

21 *Viuus heredem iure noſtro non habet.*

22 *Si quis extraneum cum ſuis liberis heredem inſtituat, liberi cum eo coniunctim ſuccedunt.*

23 *Ordinis ratio habetur, ſi quis aliquem & eius heredes inſtituat.*

24 *Idem ſi diſiunctiua oratione vſus ſit.*

25 *An filii cum parente ex vulgari ſubſtitutione, an vero iure fideicommiſſi admittantur.*

QVamuis gloſſa, Bart. Bald. Ang. † con- 1
ſtituant Iuriſconſultum Scæuolã, formulam a Gallo Aquilio propoſitam, ex eo reprehendere, quod ſuperfluis verbis concepta eſſet: tñ ſequendã puto † ſententiam 2
Paul. Caſtr. *hic nu 2. Ioan. ab Imol. nu. 12. Socin. nu. 1. Alciat. n. 6.* nullam hic reprehenſionem intercedere, ſed Scæuolam iuſti interpretis officio fungentem ex mente Galli, cum in *hoc* §. tum in tota lege multa ſupplere, ad ſuſtinendum illud arbitrium, ꝙ nunquam redit. Oſtendit itaque teſtamentum ex eo infirmari non poſſe, ꝙ teſtator inſtitutionem nepotis non exegiſſet ad diligentiam ſingulorum verborũ, quæ Gallus Aquilius in ſua formula exhiberet, valere enim inſtitutionem nepotis, quamuis de morte filii nullam mentionem feciſſet, modo tñ illa ex verbis concipi poſſet. Optandum eſſet, vt IC. conuenienti exemplo, quę ab illo cõmemorata ſunt illuſtraſſet, vt hoc modo ſuperflua illa contentione ſcribẽtium liberari poſſemus. Etenim Accurſius *in verb. non exprimat*, & Accurſium ſecutus Bart. *nu. 1. & 2 Bald. nu. 7. Ang. n. 1. & 2. Ioh. ab Imol. num. 16. Raph. Cuman. n. 6 & 7. Caſtr. n. 2. Barth. Socin. nu. 2. & 3. Alex. nu. 6. & ſeq. Iaſ. n. 8. & ſeq. Marian. Socin. nu. 12. & ſeq.* quinque modos, quib. † hæc 3
ſubſtitutio, nulla mortis filii mentione facta, recte formari poſſe contendunt, excogitarunt, vt primus modus ſit, *Si quis mihi nepos poſt mortem meam naſcetur, heres eſto.* Alter autem modus, *ſi filius heres non erit, nepotẽ qui ex eo naſcetur, ſubſtituo.* Tertius, *filium inſtituo, & nepotem ſubſtituo.* Quartus, *filiũ & nepotem, qui ex eo mihi naſcetur poſt mortem meam heredem inſtituo.* Quintus, *filium meum & nepotem ex eo inſtituo.* Ceterũ haud ſcio, vtrũ † vllum 4
exemplũ in ea conditione deprehendatur, vt ſcrupulo careat. Certũ n. eſt, ante Iuſtin. conſtitutionem, de qua † mentio fit *in §. ſed* 5
nec huiuſmodi, Inſt. de leg. nõ potuiſſe poſthumum alienũ ſimpliciter inſtitui aut vulgariter ſubſtitui, nec etiam poſthumos nepotes, *vt in pr. noſtræ legis intellectum eſt*: Scæuolã aũt ICtum nõ potuiſſe diuinando aſſequi quid Iuſtinian. poſt multa ſecula edicturus eſſet. Qua de cauſſa etiam præferendũ † eſſe ſta- 6
tuo exemplum a Connano *lib. 10. cõmen. c. 4. num. 3. Boetio Epone in hoc noſtro §. num. 4. Ant.*

Fabro, *coniect. libr. 9. cap. 12.* propoſitũ, *ſi quis ex filio meo poſt mortem meam nepos aut neptis naſcetur, qui ſui ſint aut ſuorum locum obtineãt, heredes ſunto.* Id enim præ ſe ferre videntur ſequentia ipſius Scæuolæ verba *in* §. *& videtur, in verb. qui ei ſuus heres futurus ſit*: & rurſum *in* §. *ſequẽti parte, verſ. & bene ſe verba habent, ſi quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit, item in* §. *videndum, in verb ſi quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit, liberi eius in locum ſuorum, ſui heredes ſuccedunto.* Et quamuis inſtari poſſit hanc interpretationem illam abſurditatem conſecuturam, vt patre eodemque filio teſtatoris poſt mortẽ ipſius aui exſtincto, hic nepos admittatur, quod tamen pugnat cũ diſpoſitione iuris & mente teſtatoris, quod filii poſt mortem parentis ſtatim fiant heredes, ſiue ſe immiſceant hereditati, ſiue non immiſceant, niſi abſtinendi beneficio vtantur §. *ſui, Inſti. de hered. qualit. & differ.* is meminiſſe debet hunc nepotem, qui poſt mortem aui & patris, poſt-
7 quam is heres exſtitiſſet, genitus eſſet, † non agnaſci auo, vt ſuum heredem, cum poteſtas aui, quam in tali poſthumo habiturus erat, *l. quo tutela 73.* §. *1. ff. de reg. iur.* per mortem ipſius aui, & ſucceſſionem filii ſuperſtitis peremta fuerit, & hoc ius translatum in ipſum filium, *l. ſi quis filio exheredato, ff. de inuſt. rupto & irrit. fact. teſtam.*

Poſſent & alii aliæ formulæ excogitari, quæ idem quod ſuperius exemplum tribuerent, veluti *Nepotem, qui poſt mortẽ meam naſcetur, ſi contingat illum in parentis locum ſuccedere, heredem inſtituo, l. poſthumorum, ff. de inuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* idem dici poſſet, ſi generaliter verba ſua concipiat, *ſi quis mihi nepos ex filio, qui inter ſuos me viuo eſſe deſierit, naſcetur, eundem heredem inſtituo*, quamuis hoc exemplum pertineat ad explicationem §. *& quid ſi tantum.*

Ceterum excutiendum videtur, quod cum, *vt antea oſtendi*, poſthumus alienus ex noua Iuſtiniani cõſtitutione, & conſequenter poſthumus nepos aut pronepos ſimpliciter heres inſtitui vel ſubſtitui poſſit, an illæ
8 quinque formulæ, quas † Accurſius & reliqui perſecuti ſunt, nunc admittendæ videantur. Et ſane non dubito ſecundam & tertiam, veluti, *ſi filius heres non erit, nepotem inſtituo, aut filium inſtituo, nepotem ipſi ſubſtituo*, defendi poſſe, quod Duarenus quoque ingenue fatetur, reliquæ tamen maxime vltima ex conſideratione ſequenti ſatis controuerſæ ſunt. Etenim conſtituo huiuſmodi inſtitutionem valere: ſed reuoco in diſceptationem, an propoſita huiuſmodi inſtitutio-
ne: † *Ego filium meum Gaium & eius liberos heredes inſtituo*, filii intelligantur vocati ex ordine, vt ſcilicet poſt mortem parentis duntaxat admittantur, an vero vna cum paren- 9
tibus? Illis † poſt mortem patris duntaxat locum eſſe, veluti ſi contingeret, eundem viuo teſtatore ab hac luce migrare, conſtituit gloſſa, *in verb. non exprimat, Bart. nu. 4. Bald. nu. 8. Ang. nu. 3. Caſt. nu. 6. Raph. Cuman. nu. 6. Alex. nu. 6. Barthol. Socin. nu. 5. Iaſ. nu. 11. & 12. Marian. Socin. nu. 19. Iul. Clar. in* §. *teſtamentum, q. 80. nu. 3. Berous in c. Raynutius, nu. 68. & ſeq. Corneus conſ. 159. libr. 4. & conſ. 321. num. 1. Matheatius lib. 2. de legat. & fideicom. c. 13. nu. 4. Decius conſ. 236. num. 1. Iacob. Menoch. lib. 4. præſumt 70. nu. 3. Mich. Graſſus in theſ. commu. opin. in verb. inſtitutio, q. 20. num. 6. Ferdinand. Vaſq. de ſucceſſ. creat.* §. *20. nu. 118. Ant. Gomez. variar. reſolut. tom. 1. c. 2. n. 4.* Et hanc opinionem cõmunem eſſe tractatur Marian. Soci. Menoch. Mich. Graſ. *in locis allegatis*, mouentur autem ex ſequentib fundamentis. 10

Primo auctoritate noſtri §. dum ait, *Iuriſconſultus huiuſmodi inſtitutionem valere, quæ ex verbis concipi poſſit.*

Secundo allegat gloſſam in fulcimẽtum huius opinionis, *l. peto 69.* §. *fratre, ff. de leg. 2.* vbi quod familiæ relictum eſt, non omnib. debetur, ſed gradus prærogatiua ſeruatur.

Tertio adducit *l. cum pater 77. ff. eod. tit.* §. *penult.* qui ita conceptus eſt, *A te peto marite, ſi quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel ſi non habueris, tuis ſiue meis propinquis, aut etiam libertis noſtris, nõ eſſe enim datam electionem, ſed ordinem ſcripturæ factum ſubſtitutioni reſpondi.*

Quarta confirmari hæc opinio videtur, *l. heredes 57.* §. *fin. ff. ad SC. Trebell.* qui ita conceptus eſt. *Peto a te vxor cariſſima, vti cum morieris hereditatem meam reſtituas filiis meis, vel vni eorum, vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis, ſi cui voles, ex tota cognatione mea. Inter filios reſpondi ſubſtitutionẽ fideicommiſſi factam videri. circa nepotes autem & ceteros cognatos facultatem eligendi datam, ex ceteris autem cognatis, ſi nepotes ſupereſſent, non recte mulierem electuram, propter gradus fideicommiſſi præſcriptos. Deficiente vero gradu nepotum ex cognatis quam velit perſonam eligi poſſe.*

Quinto commendat hanc enuntiationem *l. ſæpe ita comparatum eſt 53. ff. de verb. ſignific.* quod ſæpe coniuncta pro diſiunctis, & diſiuncta pro coniunctis accipiantur, ſi ali-

qua

Digitized by Google

qua ſit ratio, quæ mentē loquentis inſinuet. Porro cum pater & liberi heredes inſtituuntur, ordo affectionis, de qua in *l. Publius 36. §. 1. ff. de conditionibus & demonſtr.* exigere videtur, vt cauſſa ſucceſſionis ſeparetur, & ita demum admittantur nepotes, ſi filius loco ſuorum eſſe deſierit, *arg. l. Lucius 85. ff. de hered. inſtit.*

Sexto, quod vt argumentatur Alexander in neceſſitatibus nemo liberalis cenſeatur, *l. cum rem legatam, infr. de adim. leg.* parentem enim nepotes propterea inſtituiſſe, ne ex eius præteritione teſtamentum infirmaretur. Vnde etiam nepos eo caſu inuitatus intelligitur, quo ſuccedendo in locum patris, *l. poſthumorum, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* teſtamentū rumpere poſſit, non eſſe enim veriſimile, quod pater quid adimere voluerit filio, vt nepoti illo ſuperſtite largiretur.

Septimo, confirmare hanc aſſertionem poteſt definitio *l. generaliter ſupr. de inſtit. & ſubſtit.* quod quemadmodū diſiunctiua reſoluitur in coniunctiuam, cum aliqua probabilis ratio interuenit, ita quoque in præſenti controuerſia accidere dicamus.

Octauo, nō vulgare pondus huic opinioni adiicere poteſt diſpoſitio iuris feudalis, *§. filia, titul. 8. de ſucceſſ. feud. libr. 1. item cap. vnic. de feud. fœmin. l. 2. tit. 30. præterea §. item ſi quis, tit. 104. caſus quibus fœmina ſuccedit.* Ex quib. edocemur, quod ſi quis acceperit feudum pro ſe & filiis maſculis & fœminis, fœminæ ita demum admittantur, ſi nulli filii ſuperſtites ſint.

Nono conſiderari poteſt doctrina *l. tale 40. §. fin. ff. de pact.* eum qui ſibi & fratri ſuo heredi paciſcitur, non videri coniunctim id facere ſed ex ordine, & ideo, ſi is frater heres non fiat. aut paciſcens poſtea proles ſuſtuliſſet eoſque heredes inſtituiſſet, nō immerito repellitur.

11 Diſſentiunt autem & contrariam † ſententiam capeſſunt Iac. de Aren. hic a Bartolo relatus, Iohan. ab Imol. *nu. 17.* Aretin. *num. 7. Galliaul. num. 60.* Oldrad. Salycet. & Fortun. Garzias relati a Mariano Socin. *nu. 19. Alciat. num. 42. Aemyl. Ferretus num. 7. Boet. Epo. num. 11. Did. Couar. in c. Raynutius, §. 2. nu. 6* Rubeus, Salomonius, Oldrad. Turniel. quos commemorat Iacob. Menoch. *lib. 4. præſumt. 70. Iacob. Cuiac. in præſenti §. Anton. Faber coniect. lib. 9 cap. 12.* adducti variis legibus & rationibus.

Primo, quod in omni diſpoſitione verborum proprietati ſeruiendum ſit, *l. 4. ff. de legat. 1. l. non aliter, ff. de legat. 3. cum ſimilib.* naturam autem coniunctionis, *&*, in eo verti, vt æqualiter diuidat *l. interdum 13. ff. de hered. inſtit. l. ſi quis Attio, ff. de iur. accreſ. l. vnic. §. his ita definitis, infr. de caduc. tollen.*

Secūdo cognita multis in locis iuris regula, quod abſurdū ſit, ſi vnum & idem verbum inæqualiter determinet, *l. iam hoc iure 4. ff. de vulg. & pup. ll. ſubſtit. l. fin. infr. de ſenten. & interloc. omn. iud.*

Tertio, quod idem videatur coarguere præſens §. dum Scæuola ait, *hanc inſtitutionem eo caſu valere, qui ex verbis concipi poteſt.* Ex verbis autem formulæ a gloſſa vltimo loco propoſitæ non concipi, quod nepos ex ordine vocetur, ſed potius coniunctim & vna cum parente ſuo.

Quarto, quod ceſſante cauſſa ceſſet effectus, in præſenti autem enunciatione, nullam aliam cauſſam a Doctoribus contrariæ partis conſiderari, quam quod non potuerit nepos poſthumus heres inſtitui, niſi adſcripta conditione mortis ipſius filii vel ſubaudita, quod ſane in nepotibus iam natis locum non habebat, quippe qui potuerint inſtitui, quamuis ius ſuorum heredum non haberent, cum id nuſquam inueniatur prohibitum.

Quinto, quod repugnet *l. fin. ſupr. de impub. & aliis ſubſtitut.* vbi hæc formula inſtituſtitutionis, *Titius vna cum filiis ſuis, & Sempronius mihi heredes ſunto*, illam interpretationem recipit, vt filii æqualiter cum parente ſuccedant & partem hereditatis conſequantur.

Sexto, huic finitima eſt deciſio, *l. ſi mulieri, ff. de vſufru. accreſc.* vbi ſi vſuſfructus matri cum liberis relinquatur, cum matre vſufructu potiuntur.

Septimo non mediocriter vrget *l. codicillis, alias incipit Lucius 80. §. inſtituto*, ex qua colligimus, nepotes vna cum patre inſtitutos, ſucceſſionem ex æquo vindicare.

Octauo, quod *l. cum in teſtamento 37. ff. de hered. inſtitut.* id aperte confirmari videatur in verb. ſequentia: *Cum in teſtamento ita ſcribitur, ſi filius meus me viuo moriatur, nepos ex eo poſt mortem meam natus, heres eſto, duo gradus heredum ſunt, nullo enim caſu vterque ad hereditatem admittitur. Ex quo apparet ſi nepoti Titius ſubſtitutus fuerit, & filius patri heres extiterit, non poſſe Titium vna cum filio heredem eſſe, quia non in primum ſed in ſecundum gradū ſubſtituitur.*

Nono, quod cum ipſe Bartolus, *hic nu. 4. & 5.* & alii Doctores, vt aſſerit Galliaula, *hic num. 16.* concedant nepotem coniunctim ſuccedere, ſi inſtitutus ſit cum parente, per dictiones *vna cum*, vel per ſolam vocem cōiunctiuam huius particulæ, cum neceſſario quoque cōſequatur, quod idem admittendum ſit in cōiunctione, *&*, quippe quæ eandem vim obtineat, *l. ſi quis Attio 7. ff. de vſufruct. accreſcen.*

Decimo quod hanc concluſionem fulciat doctrina eiuſdem Bartoli *in l. huiuſmodi, §. cum pater, ff. de legat. 1.* quod quamuis pater cogatur dotare filiam ſuam, *l. fi. C. de dot. promiſſ.* tamen ſi filiæ legatum aliquod in teſtamento adſcribat, & ſuperſtes eam conuenienti dote proſequatur, nihilominus ad legati emolumentum aſpirare poſſit, neque fiat illa interpretatio, vt compenſandi conſilium & neceſſitatis habuiſſe videatur, vt alias fieri ſolet *d. l. huiuſmodi 84. §. cum pater, ff. de legat. 1. l. filiis legatorum, infr. de legat.*

Vndecimo quod de hac cōtrouorſia textus ſint expreſſi *in c. Raynutius, & c. Raynald. de teſtam.* ex quibus apparet, quod etiamſi filius vel filia cum liberis per coniunctionem, *&*, inſtituātur, quod tamen non ex ordine, ſed coniunctim admittantur.

In hac auctorum nec nō rationum vltro & citro pugnantium conflictatione, conſtituo vltimam opinionem iuris definitioni magis cōnſentaneā, idq; ex cauſſis & rationibus, quas ſupra ordine conſerimus. Nec putamus reformidanda ea legum præſidia, quibus contraria pars ſe inſtruere conatur, cum vix certaminis congreſſum, ſi manus conſerenda ſit, ferre poſſit. Etenim tantum abeſt, vt §. in cuius enarratione verſamur, aliquid ſubſidii iiſdem ſubminiſtrare poſſit, vt plane aſſertionem, quæ ab illis conſtituta eſt, ſubuertat, cum exemplum ab illis excogitatum, & deinde interpretatio exemplo adſcripta eiuſdē verbis minime reſpondeat, *vt ſupra oſtendi*, cum tantum Iuriſconſultus
12 commemoret, ita † demum inſtitutionem valere, ſi ex verbis concipi poſſit. Pari ratione ſecundum gloſſæ argumentum cauſſam
13 ex eo ſuſtinere non poteſt, quod † *d. l. peto, §. fratre*, nulla copulatiuæ orationis mentio fiat, quæ æqualiter ab initio diuidere ſoleat, *l. interdum, ff de hered. inſtit. l. fin. hoc noſtro tit. l. reos, §. cum in tabulis, ff de duobus reis ſtipul. & promitt.* ſed familiæ, vnde ex præſumta volantate teſtatoris, & aperta iuris definitione *l. fin. infr. de verb. ſignif. item l. omnia 32. alias incipit cum ita legatur, §. fin. ff. de legat. 2.* non vniuerſæ proſapiæ aut generi, ſed illis, qui ꝓpinquiori vel eodē gradu ſunt, huiuſmodi fideicommiſſum vel aliud comodum, quod in familia relinquitur, debetur.

Æque deploratæ ſunt illæ ſuppetiæ, quas ſibi ex *l. cum pater 77. §. penult. ff. de legat. 2. & l. heredes, §. fi. ff. ad SC. Trebellian.* pollicentur.
Etenim longa † differentia eſt inter oratio- 14
nem coniunctam & disiunctam, *l. 5. ff. de cōdit. inſtit. & l. ſi quis, ff. de verb. obligat.* deinde ex ipſa conceptione fideicommiſſi apparet, teſtatorem noluiſſe, vt ſimul admitterētur, ſed vt deficientibus prioribus vltimo relati ſuccederent, neque optionis arbitrium eſſet, præterquam in vltimo caſu *d. l. heredes, §. fin.* circa nepotes & cognatos, vt ex illis vnum eligere poſſit, propter ſubiecta verba, *cui volueris*, vt ſcilicet, ſi nepotes ſuperſint, vni ex nepotibus, quod ſi vero hi diem obierint, vni ex cognatis gratificari queat, quēadmodum alias fieri videmus, vt ſi duo concurrere nequeant, ſiue ex iuris definitione, ſiue ex teſtatoris diſpoſitione, ille præferatur, qui prior nominatus ſit, *l. quotiens 34. ff. de vſufruct. authent. hoc amplius, infra de fideicommiſ.*

Quamuis vt quinto ingeritur coniuncta
pro † disiunctis, vel disiuncta pro cōiunctis 15
aliquando accipiantur, tamē regula in contrarium vrget *l. vnic de caduc. tollend. §. his ita definitis, l. 4. ff. de condit. inſtitut. item l. fin. ſupra, de impub. & aliis ſubſtit. l. interdum, ff. de hered. inſtit. d. c. Raynutius, & cap. Raynaldus*, vnde obſeruatio *dict. l. ſæpe ita comparatum eſt*, tunc demum procedit, quando ratio iuri cognita id ſuadet, vt in exemplis ibidem a Iuriſconſulto propoſitis, quod ſane in præſenti diſceptatione dici nequit, vbi ſi talem interpretationem inducamus, ſimus oppugnaturi indubitatam teſtatoris diſpoſitionem. Si enim voluiſſet eos ex ordine ſuccedere, id potuiſſet exprimere, quod cū non fecerit, intelligitur id voluiſſe, quod verba demonſtrant *l. vnic. de caduc. tollend. §. vbi, verſ. ſed & varietatis, l. non aliter 69 ff. de legat. 3. l. nepos Proculo, ff. de V. S l. Labeo, ff. de ſupell.*
legat. Nec mutant ea, quæ de ordine † affe- 16
ctionis commemorantur, illa enim tūc momentum facere poſſunt, cum oratio ambigua eſt, & quædam coniecturæ hanc voluntatem teſtatoris commendent, *vt dict. l. heredes ita 57. §. fin. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. item dict. l. cum pater 77. §. penult. ff. de legat. 2.* Porro, vbi verba certa & indubitata ſunt,

Digitized by Google

ſunt, eorum ſignificationi ſeruiendum eſt, *vt l. mulieri, ff. de iure accreſcend. l. fin. de impub. & aliis ſubſtit. d. c. Raynutius, extra. de teſtam. l. interdum, ff. de hered. inſtit.*

Multo minus extorquebunt ſuſceptę defenſionis conſilium, quæ ab Alex. de neceſſitate inſtitutionis inculcantur, quippe quæ duplici ratione refelli queant, ꝙ pater non
17 cogatur † nepotem heredem inſtituere, in caſu, quo filius illum præcederet, & tempore mortis auitæ adhuc ſuperſtes eſſet, *l. ſi quis filio exheredato, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. te-*
18 *ſtam.* deinde, quod nulla † neceſſitate adſtringatur, vt filium hoc modo maxime per coniunctionē, *&*, inſtituat, cum potuerit vti formula, quā Gallus Aquilius inſinuauit, vel aliis quas ſupra deſcripſimus. Imo vulgatiſſima illa formula, q̄ gloſſa expromſit, *filiū inſtituo, nepotem ſubſtituo*, vel alia, *ſi filius meus heres non erit, nepos ex illo heres ſit.* Etenim, vt antea dixi, in nepotibus iam natis vulgaris ſubſtitutio prohibita non fuit.

Quæ cum ita ſint, etiam ex definitione *l. generaliter, ſupra. de inſtit. & ſubſtit.* parum præſidii ſibi promittere poſſunt, cum, vt antea oſtendi, in cōfutatione præcedentis & quinti argumenti, iure cognita ratio id
19 impetrare ſoleat, † vt diſiuncta in coniunctam ex interpretatione vertatur, quæ ſane hic nulla, vel non ſatis idonea interuenit. Nō deſunt prætereà aliæ cauſſæ, quæ Iuſtiniani expoſitionē, *in d. l. generaliter*, expreſſerint, quas ibidem non celaui.

Non eſt, quod deinde nutātem cauſſam quis putet reſtitui poſſe ſubſidiis, ex iure feu-
20 dali quæſitis, ꝙ † natura feudi, ꝙ maſculis duntaxat deberi ſolet, *vt c. 1. de feud. & d. §. filia*, huiuſmodi interpretationem ſuaſerit, quemadmodum in ſimili quæſtione accidere animaduertimus, vt appellatione heredis, duntaxat heres maſculus deſignatus videatur, *lib. 1. de feud. c. 13. verſ. etſi clientulus.*

Quæ nono in noſtram ſententiam torquentur, expedita ratione depelli poterūt,
21 nemo † enim heres ſuprerſtitis eſſe poteſt, *l. nec nos præterit, inf. de capt. & poſtlim. reuerſ. l. qui ſuperſtitis 39. ff. de acquir. vel omittend. hered.* Accedit quod & aliæ rationes hos ſubmoueant, quod appellatione heredis, etiam heredis heres deſignetur, *l. ſciendum 70. ff. de V. S. l. fi. ſupr. de hered. inſtit.*

Salua itaque noſtra definitio eſt, nepotes coniunctim cum parente admittendos eſſe. Nec illa res dubitationē habet, ſi teſtator non filium, aut nepotes, quos neceſſario inſtituere aut exheredare debeat, ſed extra-
neum † cum filiis inſtituerit, *l. fi. de impub. & aliis ſubſtit. item l. ſi mulieri, de vſufr accreſc. Iacob. Menoch. de præſumt. 70. n. 35.* vbi ait hanc ſententiam apud omnes eſſe receptā. Imo ſi fratrem & liberos eius inſtituerit, adhuc idem probandum erit, quamuis Bart. temere reclamet, quod ceſſet cauſſa neceſſitatis a Doctoribus conſiderata. *Iul. Clar. lib. 3. ſenten. §. teſtamentum, q. 80. nu. 2.* vbi infinitos in hāc ſententiam allegat, *Did. Couar. in c. Raynutius, §. 2. nu. 1. Iaſ. hic nu. 22. Alciat. nu. 40. Galiaul. n. 20. Fortun. Garzias nu. 47 Ferd. Vaſq. de ſucceſ. creat. §. 20. num. 120. Mich. Graſ. in theſ. commun. opin. in verb. inſtitutio, quæſt. 20. num. 3. Anton. Gomeſ. variar reſolut. libr 1. c. 2. nu. 4. Iacob. Menoch. d. præſumt. 60. num. 16.* vbi tamen diſtinguit varios caſus. Idque defendi poteſt, primo ex omnibus argumentis, quæ ſupra longa ſerie exhibuimus, deinde, quod ceſſet ratio neceſſitatis, vt dictum eſt. Tertio, per *l. Lucius Titius 78. ff. ad SC. Trebell.* vbi mater & filia ſimul inſtitutæ pari iure ſuccedunt, *item l. fin. §. Lucius, ff. de legat. 2.* vbi ſimilis caſus proponitur. Et quamuis hæ leges non ſint cōceptæ in patris perſonam, ſed vxoris, tamen ſatis coarguunt ſolam affectionis cauſſam, hoc prærogatiuæ non cōciliare. Porro obſeruandum eſt, poſſe huiuſmodi cauſſas vel coniecturas emergere, quę contrarium ſuadeāt: quid enim ſi heredum
mentio ſit facta, veluti inſtituo † filiū meum 23
& eius heredes, vel fratrem & eius heredes, cum viuus heredes habere nequeat, vt antea intellectum eſt. Idem quoque proban-
dum eſt, ſi teſtator copulatiua voce † vſus 24
non ſit, ſed diſiunctiua, veluti inſtituo fratrem meum, vel eius filios, *arg. l. heredes 57. ff. ad SC. Trebellian. & l. cum pater 77. § penult. ff. de legat 2. ita Caſtr. hic num. 9. Franciſ. Aretin. nu. 7. Pariſ. conſ. 21. num. 11 lib. 3. Iulius Clarus lib. 3. ſenten. q. 80. num. 5. Iac. Menoch. libr. 4. præſumt. 70. nu. 30. vbi plures refert.* Et quamuis repugnare videatur, *l. cum quidam, infr. de verb. ſignif.* quæ demonſtret alternatiuam in ſimili caſu reſolui in coniunctionem, tamen cum ibidem non proponatur caſus, in quo affectionis & ordinis ratio habeatur, vt in exemplo a nobis propoſito, & contrarium coarguant textus a nobis allegati, nihil mutandum eſſe putamus. Pari ratione ſimilis interpretatiō admitti poteſt, ſi teſtator vſus fuerit huiuſmodi nomine, quod natura ſui ſucceſſionis ordinem contineat, veluti inſtituo fratrem meum & eius deſcen-

Digitized by Google

dentes, vel ſuos & familiam eius, nam cum pronuntiatione horũ verborũ plures gradus ſignificentur *l. fin. infr. de verb. ſignific.* intel igitur teſtator illos ex ordine inuitaſſe, *vt d. l. ſi. item l. omnia 32. §. ſi. præterea l. peto 69. §. fratre. ff. de legat. 2. Barth. Socin. hic nu. 5. vbi idem etiam admittit in dictione liberorum, arg. l. liberorum 220 ff. de verb. ſignific. Franc. Aret. num. 7. Rubeus nu. 47. Torniel. nu. 24. Iac. Menoch d. præſumt 70. nu. 24. vbi plures cõmemorat. Tiraquell. lib. 1. de retract. §. 11 gloſſ 4. nu. 2. D. d. Couarr. in c. Raynutius, extr. de teſtam. §. 2. num. 9. Decius conſ. 248. num. 4. Crauet. conſ 22. num. 2.*

His ita ſubductis, quæſtionis eſt, *an admittendi ſint filii ex vulgari ſubſtitutione, an vero iure fideicommiſſi.* Pro cuius quæſtionis diſſo-
25 lutione † ſciendum eſt, quod ſi Bartoli opinionem amplectamur, nepotes admittendos eſſe ex vulgari ſubſtitutione, vt ſubducto vel mortuo patre, antequam hereditas ad illum deferretur, filii ſuccedãt, quod verba in dubio in directa ſignificatione accipienda ſint, *l. fin. ſupr. de hered. inſtit. c. ſi pater. de teſtam. in 6.* de qua re diſſeruimus *in l. quamuis, ſupr. de impub. & aliis ſubſtit. Caſtr. hic in fi. Barth. Socin. nu. 6. Alciat. n. 46. Galliaula, nu. 19. Iac. Menoch. lib. 4. præſumt. 71.* Quod ſi vero ſequamur contrariam expoſitionem, quam veriſſimam ſtatuo, hæc quæſtio locum habere non poteſt, cum nepotes iure proprio admittantur, & habeant etiã ius acceſcendi, ſi forſitan pater deficeret, *l. vnic. C. de caduc. tollend. §. his ita definitis l. triplici 142. ff. de verb. ſignif. l. re coniuncti 89. ff. de legat. 3.* Porrò, ſi fratrem ſuum vel heredes aut deſcendentes ipſius, quandocunque decederet, inſtituerit, hoc caſu fideicommiſſo locus erit, de qua re copioſe Menochius *dict. q. 71. lib. 4. num. 12.*

§. idem credendum eſt.

SVMMARIA.

1 *An prouiſio Galli, etiã in pronepote procedat, cum cauſſis dubitandi.*

2 *Rationes decidendi, quod ſcilicet illud menti & deliberationi ipſius Galli conueniat.*

3 *Appellatione nepotis pronepotem proprie non contineri.*

4 *Iuſta interpretatio legis ſæpe ſupplere ſolet, quod verbis deſit.*

5 *Tres diuerſi caſus heredes inſtituendi.*

6 *Difficultas circa tertium caſum a Scæuola propoſitum, quo ſucceſſione nepotis in locum filii teſtamẽtum rumperetur.*

7 *Cum de teſtamenti factione tractatur, tria tempora inſpici ſolent in perſonis extraneorum, non autem neceſſariarum perſonarum.*

8 *Quamuis nepos ad aui viuentis ſucceſſionem aſpirare non poſſit, tamen ſuccedendo in locum filii, iura ſui heredis nanciſcitur.*

9 *Cauſſa differentiæ quod illi nepotes, quos pater tempore teſtamenti non præcedit, non infirment teſtamentum, cum tamẽ diuerſum ſit in nepotibus, qui poſtea ſuccedendo in locum filii, ſuorum loco eſſe cœperint.*

10 *Poſthumi tam maſculini quam fœminini ſexus, ſine vlla diſtinctione, agnaſcendo teſtamentum paternum rumpebant.*

11 *Excuſſa differentia inter filios & poſthumos nepotes, quare hi nati non rumpant teſtamentum, ſi ante teſtatorem moriantur, cum tamen diuerſum ſit in filio.*

12 *Conſideratio Antonii Fabri.*

13 *Animaduerſio auctoris in hanc conſiderationem.*

14 *Qua ratione pater non videtur cogitaſſe de poſthumo, quem ipſe aut eius filius ſuſcipere poſſit, ita etiam non videtur exiſtimaſſe, quod nepos mortuo filio propriò ſe viuo in eius locum ſucceſſurus ſit.*

15 *Declaratus §. non tamen, Inſti. quibus mod. teſtam. infirm.*

16 *Conſiderata tres difficultates circa l. poſthumus, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.*

17 *Exploſa ſolutio Alciati circa interpretationem dictionis iniuſtum.*

18 *Explicatio Bartoli diſtinguentis inter teſtamentum irritum & iniuſtum.*

19 *Notata differentia inter poſſeſſionem, quæ ſimpliciter detur, & eam quæ cum re competat.*

20 *An heredes, de quibus in l. poſthumus, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtamen. neceſſario bonorum poſſeſſionem petere debeant.*

CVm Gallus Aquilius in ſua formula nepotis dũtaxat mentionem fecerit, nullam autem pronepotis, venire in contro-
uerſiam cœpit, an idem † de pronepote in- 1
telligendum ſit. Dubitandi cauſſam præbebat, quod quemadmodum appellatione filii nepotes non videntur proprie contineri, *l. ſed ſi nepotes, ff. de teſtamen. tutel.* ita etiam pronuntiatione nepotis, non comprehendatur pronepos. Deinde, quod leges coniectoriæ nõ ſint adiuuandæ interpretatione *l. præcipimus, in fin. de appellat. l. illam, ſupr. de collat.* Vnde etiam Ang. *hic num. 4.* auctor eſt, quod quamuis auia poſſit eſſe tutrix nepotis ex definitione authent. *auia, C. quando muli. tutel. offic. fungi pot.* quod tamen id admittendum non ſit in proauia, argum. noſtri §. & rationis adductæ.

Contrarium tamen conſtituit Scæuola, 2
quod illud videatur menti & deliberationi ipſius Galli conuenire, & propterea credatur ita etiam ſenſiſſe. Primo, quod exſtent diuerſa iuris reſponſa, ex quibus edocemur vocabu-

vocabulo filii etiam nepotes deſignari, *l. filii 84. ff. de verb. ſignif.* in verb. ſequentia, *Filii appellatione omnes liberos intelligimus, item l. iuſta 201. eod. tit. l. filium habeo, ff. ad SC. Macedon. l. ſi filius, ſupr. eod titul. l. liberorum 220. §. ſed & Papirius, ff. de verb. ſignific.* Et quamuis vrgeri poſſit, quod illud non eueniat ex propria ſignificatione ipſius verbi, vt oſten-
3 dunt † Aretinus *hic nu. 32. Zaſ. conſ. 7. vol. 1. Tiber. Decian. conſ. 54. vol. 2. num. 4. Gaddeus in d. l. filii, ff. de verb. ſignif. nu. 2. Ant. Gabr. commun. concluſ. lib. 6. tit. de verb. ſignif. concluſ. 1. num. 3. Iac. Menoch. libr. 4. præſ. c. 84. num. 16. d. l. 6. ff. de teſtam. tutel. item §. fin. Inſtit. qui teſtam. tut. dari poſſ. l. filium, ad SC. Macedon. l. filium 6. ff. de illis, qui ſui vel alie. iur. ſunt,* tamen
4 negari non poteſt, illud ex iuſta † interpretatione legis ſuppleri, *d. l. iuſta 201. & l. liberorum 120. §. ſed & Papirius, ff. de verb. ſignific.* Secundo, quod dictio *nurus* complectatur etiam pronurum, *l. nurus 50. ff. de verb ſignif. item l. 1. 2. & 3. ff. de in ius vocand. l. 3. § 2. ff de poſtulād.* & qua ratione appellatione generi maritus neptis & proneptis, tam ex filio quam ex filia editæ deſignantur, *l. 136. ff. de verb. ſignif* ita etiam pronunciatione nepotis, pronepos demonſtretur. Tertio, quod eadem ratio interueniat in perſona pronepotis, vnde idem ius quoq; probandum eſſe *l. his ſolis, infr. de reuocand. donat.* cum multis aliis legibus, quas exhibemus *in auth. quas actiones, ſupra de ſacroſanct. eccleſ. cap. 8.* Nec mouent ea, quæ dubitandi cauſſa propoſita ſunt. Etenim concedimus, nepotes appellatione filii proprie non deſignari, cum alias diſtinguendi nō eſſent nominibus, *l. ſi idem, infr. de codicill. & dict. l ſed ſi nepotes.* Porro, ſi quæramus de iuſta interpretatione legis, vbi eadem ratio atque æquitas id ſuadere ſolet, aliud dicendum eſt, vt apparet ex legib. ſupra a nobis propoſitis, & ex præſenti §. *vbi Scæuola* non legiſlatoris ſed interpretis officio fungitur, *vt antea admonui.* Accedit & alia conſideratio, quod ea quæ exempli cauſſa dicta ſint, legem non reſtringant, *l. 1. §. ſed quod vulgo, ff. de vi & vi armata, l. dāni infecti ſtipulatio pertinet, ff. de dam. infect.* Multo minus negotii nobis erit cum animaduerſione & ſententia Angeli, oſtendimus enim antea hanc expoſitionem Scæuolæ correctoriam non eſſe. Deinde, quod ad relatum caſum attinet, Angeli doctrinam damnant Imol. *hic nu. 31. Raph. Cuman. nu. 1. Iaſ. nu. 4. Marian. Socin. nu. 5. Alciat. nu. 11.*

Demonſtrat itaque Scæuola conceptionem a Gallo proditam, paucis verbis mutatis, poſſe trāsferri † ad perſonam ꝓnepotis, 5
tres huius quæſtionis caſus conſtituens, vt ſiquidem teſtamentum fiat eo tempore, quo filius rebus humanis exemtus eſt, poſſit ita formulam moderari: Si nepos me viuo morietur, tunc ſi quis ex eo pronepos aut proneptis poſt mortem meam intra 10. menſes proximos, quibus nepos meus moreretur, natus nataue erunt, heredes ſunto. Pari ratione, ſi nepotem ab hac luce ſubtractū ſingamus, nulla difficultas erit, in cōcinnanda huius inſtitutionis formula, præterquam ꝙ loco nepotis & neptis debeamus ſubſtituere dictiones pronepotis & proneptis. Porro, ſi vtrumque & filium & nepotem ſuperſtites eſſe imaginemur, hic impeditior ratio inſtituendi erit. Quamuis enim nihil prohibeat, pronepotem ſub hac conditione inſtitui, *ſi filius & nepos me viuo decedāt, tunc ſi quis, &c.* tamen incidet hæc res in difficultatem, vt oſtendit noſter Scæuola *in verſ. nam etſi filius,* ſi forte filius prior vitam cum morte cōmutaret, tunc enim nepotem agnaſcētem, & in locum filii ſui ſuccedentem, rumpere teſtamentum, *vt hic & l. poſthumorum 13. inf. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* aliud aūt eſſe ſi nepotem antea extinctum ponamus.

Hæc Scæuolæ traditio, † quamuis prima 6
fronte ſatis plana appareat, impingit tamen in ſcrupulos infeſtiores, quam vt ſine labore ſubmoueri poſſint.

Obſtat enim initio multis in locis inſinuata regula, *vt l. ſed ſi conditioni 6. §. ſolemus, itē, l. ſi alienum 49. §. 1. ff. de hered. inſtit. item §. in extraneis, Inſtit. de hered. qualit. & differ.* in teſtamentis tria duntaxat tempora inſpicienda, ſi de factione heredis inſtituti quæratur, mutationem autem iuris medio tempore contingentem non nocere, atqui nepos inter teſtamenti tempus & mortis teſtatoris defunctus eſſe proponitur, merito itaque conſiderari non debebat, quod medio tempore in locum filii ſucceſſerit.

Secundo notiſſimo iuris definitio eſt, *viuum heredem habere non poſſe, l. nec nos præteriit 4. infra de capti. & poſtlim. reuerſ. l. qui ſuperſtitis 93. ff. de acquirend. vel omittend. hered.* Cum itaque nepos filii aui heres exſiſtere non potuerit, conſequenter quoque non debuit teſtamentum ipſius infirmaſſe.

Tertio, quod intelligamus ex *leg. maximum vitium, infra de liber. præter. vel exhered. item Inſtit. de liber. exhered. in princip. verſ. ſed non ita de filiabus,* nulla neceſſitate parentes

Digitized by Google

aſtrictos fuiſſe, vt nepotes heredes ſcriberent, vel nominatim exheredarẽt, ſed quod habuerint ius accreſcendi vſque ad certam portionem. Quod cum ita ſe habeat, inconueniens iudicari poſſe, quod ille nepos dicatur teſtamẽtum ſubuertere, qui tamen ante mortem teſtatoris decedat.

Quarto faceſſit negotium doctrina Bartoli, de qua mentionem fecimus *in princip. huius legis*, quod filius ex tali commemoratione, ſi filius & nepos me viuo moriantur inſtitutus videatur, vt merito teſtamentum conuellere non potuerit.

Quinto repugnat diſpoſitio, *l. poſthumus 12. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtamen.* quæ ita concepta eſt, *Poſthumus præteritus, viuo teſtatore natus deceſſit, licet iuris ſcrupuloſitate, nimiaque ſubtilitate teſtamentum ruptum videatur, attamen ſi ſignatum fuerit teſtamentum, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accipere heres ſcriptus poteſt, remque obtinebit, vt & Diuus Hadrianus, & Imperator noſter reſcripſerunt. Idcircoque legatarii & fideicommiſſarii habebunt ea, quæ ſibi relicta ſint, ſecuri. Idem & circa iniuſtum & irritum teſtamentum erit dicendum: ſi bonorũ poſſeſſio data fuerit ei, qui rem ab inteſtato auferre poſſit.*

Vt igitur hæc offendicula tollamus, e re facturi videmur, ſi eadem ſigillatim aggrediamur.

7 Certum eſt, cum de teſtamenti † factione tractatur, tria tempora inſpici ſolere, & caſus, qui in medio emergere poſſent, teſtamenti cauſſam non perſtringere; ſi tractetur de perſonis extraneis, de quibus leges, quarum mentionem fecimus, nominatim loquuntur, per argumentum a contrario ſenſu inſinuantes, aliud iuris eſſe in ſuis heredibus, vt ſiquidem mutatio huius iuris in illorum perſonis contingeret, teſtamentum ſuccedendo in locum parentum ſuorum labefactare poſſint *dict. leg. poſthumorum, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtament. & §. poſthumorum, Inſtit. de exheredat. libert.*

Quemadmodum enim ſi quis filium adoptet, teſtamentum rumpitur, ſine diſtinctione, quo tempore illa adoptio intercedat: ita etiam teſtamentum ex tali ſurrogatione infirmatur. Et qua ratione teſtamentum infringitur agnatione poſthumi, adeo, vt non interſit, quo tempore is natus ſit, *paragraph. poſthumi, Inſtit. de exheredat. liber.* eadem ratione etiam teſtamẽtum conuellitur, ſi quis loco poſthumorum in ſui heredis locum ſuccedat, *dict. §. poſthumorum.*

Quæ conſideratio etiam depellet omne periculum, quod a ſecunda incurſione eſſe poterat. Concedimus enim nepotem viuo auo ad eius hereditatem aſpirare † non poſſe *l. 1. §. ſi impuberi, ff. de collat.* ſed tamen hæc res non prohibet, quo minus in ſpem ſucceſſionis, ſublata ea perſona, quæ obſtare videbatur, ſurrogetur, & iura ſui heredis nanciſcendo, de quibus *in l. in ſuis, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* ex cauſſa præteritionis ſubuertat paternum teſtamentum, qui ſaltẽ eo nomine peccaſſe videtur, quod mortuo filio teſtamentum non mutarit, & nepotem heredem inſtituerit. 8

Non animaduerto † qua ratione crucem tertio loco fixam reuellamus, quam aut repetendo conſideratione, quam circa principium noſtræ l. inſinuaui, quam etiam præcepiſſe animaduerto Ant. Fab. *coniect. libr. 9. cap. 13.* eum qui omittit inſtitutionem nepotis, qui ſui heredis locum tempore teſtamẽti obtinet, videri quodammodo ſuo iure vti, quemadmodum euenit in perſona matris, item militis, qui ſcientes & prudentes liberos ſuos præterierint, *Inſtit. de exhered. liber. §. mater. item l. ſicut, cum l. ſeq. ſupr. de teſtamen. milit.* quæ ratio cũ in præſenti caſu ceſſet, quod parẽs de huiuſmodi caſu cogitaſſe non videatur, conſequenter teſtamentum rumpi ſtatuamus, vt in ſimili caſu etiam euenire videmus in teſtamento militis, in cuius poteſtatem filius, qui antea in ſacris auitis erat, recidiſſet, *l. ſi filiusfamilias 33. in pr. & §. 1. 2. & 3. ff. de teſtam. milit.* Eſt deinde & alia, eaque meo iudicio ſecurior ſolutio, quamuis idem Ant. Faber aduerſetur, ſeparandam eſſe cauſſam nepotum, qui iam nati ſunt, & primum gradum mortuo fortaſſe parente, vt ſui heredes obtineant, & eorum, qui nondum editi ſunt, aut quidem ſunt nati, ſed patrem qui iure ſui heredis præcedat, habent. Primo enim caſu neque inſtitutio, neque exheredatio exigebatur, quod aliud ius eſſet filiorum, qui primum gradum obtinerent, *Inſtit. de exheredat. liber. in princip. l. maximum vitium, Cod. de liber. præterit. &* nepotũ, qui in ius ſui heredis ſucceſſiſſent, *Inſtit. eodem titul. verſ. ſed non ita de filiabus, l. 6. §. primo, ff. de hered. inſtit.* Secundo vero caſu neceſſarium fuit, vt poſthumi nepotes item pronepotes nominatim inſtituerentur vel exheredarentur, *leg. poſthumi 3. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtamento.* in verb. 9

Digitized by Google

in verb. ſequentia. *Poſthumi per virilẽ ſexum deſcendẽtes, ad ſimilitudinem filiorum nominatim exheredandi ſunt, ne teſtamentum agnaſcendo rumpant.* Quamuis enim idem Faber *d. lib. 9. cap. 13. item Iacob Cuiac. l. 4 ff. de liber. & poſthum hered. inſtitu.* putent hæc verba, *per virilem ſexum deſcendentes* a Triboniano, vt nouo iuri ſeruiret, inſerta fuiſſe, tamen ea conſideratio ſubuertere noſtram aſſertionem non poteſt, quod appareat ex *l. poſthumi, ff. de liber. & poſthum. hered. inſti. item l. maximum vitium, infr. de liber. præterit.* in poſthumis filiis & nepotibus, & deinceps, qui virilis ſexus eſſent, æquale ius fuiſſe, vt nominatim inſtitui debuerint; aut exheredari. Porro, ſi de rumpendi iure tractaretur, o-
10 mnium liberorum poſthumorũ † tam maſculini quam fœminini ſexus par conditio erat, vt ſcilicet agnaſcẽdo rumperent teſtamentum, niſi fœminis inter ceteros exheredatis, legati nomine aliquid relictum eſſet, ne viderentur præteritæ per obliuionem *dict. leg. maximum vitium. Vlpian. in ſuis fragment. tit. 22. §. 17. 20. & 21.* Quæ cum ita ſeſe habeant, non debet alienum a ratione videri, ſi eadem transferãtur ad perſonas, quæ poſthumorum loco eſſe dicuntur, id eſt, qui iam nati, poſt factum teſtamentum prius in locum ſui heredis ſuccedunt, *l. poſthumorum 13. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. §. poſthumorum, Inſt. de exhered. liber.* per argumentũ, quod ſumitur ab his, quæ exæquata ſunt, *l. 1. & 2. ff de leg. 1.* quod ſane aperte euincũt verba *dict. leg. poſthumorum, ne ergo eo modo rumpatur eius teſtamentum, ſicut ipſum filium vel heredem inſtituere, vel nominatim exheredare debet teſtator, ne non iure faciat teſtamentum, ita nepotẽ neptemue ex filio neceſſe eſt ei, vel heredẽ inſtituere vel exheredare, ne forte ſe viuo, filio mortuo ſuccedendo in locum eius, nepos neptisue quaſi adgnatione rumpat teſtamentum,* adeo vt ex his verbis refelli videatur coniectura Anton. Fabri & Cuiacii, cum vt antea propoſui, Triboniano illa verba: *per virilem ſexum deſcendentes*, adſcribunt. Et quamuis fateri conueniat, diſtinctionem *d. §. poſthumi*, etiam hic ſubaudiendam, vt ſufficiat legati titul. poſthumos filias & neptes, quæ inter ceteros exheredatæ ſint, ornari, ſalua tamen, admiſſa hac ipſa obſeruatione, noſtra expoſitio eſt, intereſſe inter cauſſam nepotũm, qui iam ſui heredis locum obtinent, & qui ex poſt facto ſuccedere poſſunt, ex ratione, quam ipſe textus non diſſimulat.

Quibus conſtitutis nõ eſt, quod multum conflictemur cum traditione Bartoli, cum ex multis argumentis, quæ ordine perſequimur in principio noſtræ l. oſtenderimus, hanc Bartoli traditionem iure defendi non poſſe. Eadem igitur hic repetita ſunto. Etſi eiuſdem leg. initio obicem hic quinto loco occurrentem moliri conati ſimus, tamen illud facere ex cauſſis ſuperſedimus, quod cõſilium eſſet hoc loco expendere conciliationem traditam ab Antonio Fabro *libr. 9. coniectur. cap. 15. & 16.* & quam etiam inſinuat præſenti *in §. Alciat. num. 7.* intereſſe inter cauſſam † poſthumi & filiorum iam nato- 11
rum. Etenim ſi illos primo gradu eſſe ſtatuamus, duplici ex cauſſa teſtamentum conualeſcere non poterit, quamuis talis filius decedat, *l. 7. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtitu.* Primo, quod teſtamẽtum ab initio nullum ſit filio præterito, *Inſtit. de exhered. liber. in pr. & hac noſt. l. §. in omnibus*, quod in poſthumis locum non habet, *§. poſthumi, Inſtit eod. titul.* Secundo, quod grauiorem culpam contrahat, qui inſtitutionem filii iam nati omittit, quam qui nullam mentionem eius facit, qui poſtea & præter opinionem naſci poterat. Quod ſi † vero vlteriori in gradu ſint Anto. 12
Faber *dict. c. 16.* adhuc idem defendendum putat, quanquam enim, ait, prima ratio ceſſet, quod vtrumque teſtamentum ab initio, quãdiu adgnatione aut ſucceſſione ruptum non eſt, valeat, attamen multo magis imputari ei poteſt, ſi iam natum nepotem, licet nondum in primo gradu conſtitutum, præteriit, quam ſi poſthumum, quem fortaſſe nunquam naſci continget, quique per obliuionem potius, quã per impietatem a patre præteritus credendus ſit, omiſiſſet: cum de parẽtum erga liberos voluntate, pie ſemper & humaniter, quantum fieri poteſt, ſuſpicemur.

Tametſi † hæc expoſitio ipſius Fabri in- 13
genioſa ſit, tamen neutrum membrum huius explicationis ſcrupulo carere videtur. Non primum, quod obſtet definitio, *§. non tamen, Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* ex quo intelligimus, mutationem medio tempore factam, ſi cum moreretur teſtator, eadem cauſſa ceſſaret, nihil præiudicii adferre, ſi ſeptem teſtium ſignis teſtamentum munitum fuiſſet, quo minus heres ſcriptus bonorum poſſeſſionẽ agnoſcere poſſit, deinde quod ex *l. poſthumos 12. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* edoceamur, idem eſſe, ſi teſtamentum ſit iniuſtum vel irritum.

Quæ conſiderationes quoque alterum

membrum ex æquo impugnant, quod eo minus ſuſtineri poſſe videtur, quod in his, quæ exæquata ſunt, diuerſum ius introducere non debeamus, *l. 1. & 2. ff. de legat. 1. l. 1. & 2. ff. de legat. 1. authent. ſed cum teſtator, Cod. ad leg. Falcid. Nicolaus Euerhard. in loco a ratione legis larga, nu. 27.* de qua quæſtione copioſius diſſerimus *in authent. quas actiones, ſupr. de ſacroſ. eccleſ. c 8. num. 18.* poſthumos autem & hos nepotes eiuſdem conditionis eſſe ex pronuntiatione legis intelligimus, *d. l. poſthumorum 13 item §. poſthumorum, Inſtit. de exhered. liber.* Et quamuis inſtari poſſit hanc iuris comparationem tunc procedere, cum eadem eſt ratio, hic autem diuerſam eſſe rationem, *vt ex eodem Fabro audiuimus*, tamen hæc ipſa allegatio ſecura non videtur, quod
14 qua † ratione pater non videatur cogitaſſe de poſthumo, quem ſuſcipere ipſe poſſet, aut eius filius, eadẽ & iuſtiori ex cauſſa non videatur cogitaſſe, quod filius turbato ordine mortalitatis, *l. nam etſi, ff. de inoffic. teſtam.* ante ſe diem obiturus eſſet, cum hæc ipſa cogitatio, & triſtis & ominoſa cenſeri poſſet, *l. cum tale 72. ff. de condit. & demonſtrat.* Et quamuis vtroque caſu prouidentia paterna & auita iure noſtro requiri videatur, *l. poſthumi 3. & l. poſthumorum 13. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtamen* tamen non animaduerto, quare grauiorem culpam contraxiſſe intelligatur, qui tam triſtem euentum ſibi non propoſuerit, quam qui meditando ea aſſecutus non ſit, quæ & fieri conſueuerint, & mæſtitiæ labe carent. Nec mouet definitio præſentis §. cum vt recte obſeruauit Bald. Alexand. Raphael Cuman. hic relati a Barthol. Socin. *num. 1.* Alciat. *nu. 4.* Marian. Socin. *nu. 16.* intelligenda ſit de iure ciuili non vero prætorio, quod duplici ex cauſſa ſuſtinere tale teſtamentũ videtur. Primo, quod huiuſmodi nepotes ſint poſthumorum loco, vt dictum eſt, & propterea æquitas, *in l. poſthumus 17. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtament.* hic quoque interueniat. Secundo, quod ſpecialis ratio hanc interpretationem commendet, quod illi proponantur inſtituti eſſe, qui rem ab inteſtato habituri erant *d. l. poſthumus, in fin. prin.*

Quibus bene ſubductis, ſecundum expoſitionis ab Antonio Fabro inſtitutæ mẽbrum amplecti non poſſum. Reuertor itaque ad primum, vbi quis iudicauerit, nõ ob-
15 ſtare quæ a nobis allata ſunt, ex † §. *non tamẽ, Inſtit. quib. mod. teſta. infir.* diſtinctionem enim adhibendam, quæ mutatio interceſſerit, veluti, quod quis medio temporis ſpatio capite deminutus fuit, aut quod is deceſſerit, qui vt filius inſtitui ab initio debuerat. Priori enim caſu partes ſuas accommodat Prætor, ſi teſtamentum ſeptem ſigna habeat, & teſtator tempore mortis ſui iuris fuerit, *dict. §. non tamen*. Secundo vero caſu, teſtamentum nullo modo conualeſcit, neque iure ciuili, *l. ſi filius 7. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* neque iure prætorio, niſi illis data ſit bonorum poſſeſſio, qui hereditatem ab inteſtato auferre poterant, *dicta leg. ſi poſthumus*, ratio illa eſt, quod huiuſmodi teſtamentum ab initio plane nullum fuerit, *Inſtit. de exheredat. liber. in princip. & hac n. l. §. in omnibus, item leg. ſequent.* quodque maiori odio dignus ſit, qui filium iam natum, atque ſui ius habentem prætereat, quam ſi poſthumi inſtitutionem omiſiſſet, *§. poſthumi, Inſtit. de exhered. liber.* Ceterum obſeruandum eſt, quod cum nepos in ea conditione ſit, vt hereditatem ab inteſtato auferre poſſit, ipſius Fabri conſiderationem adhuc non poſſe procedere, niſi ſtatueremus aliam cauſſam eſſe nepotis, aliam vero reliquorum ab inteſtato ſuccedentium, quod nepoti magis fauendum ſit, ne legatis & fideicommiſſis temere onerentur. Quam diſceptationem maturiori deliberationi relinquo.

Sed exſiſtũt hic † tres ſcrupuli, & illi quidem ſatis infeſti, circa explicationem *dict. l. poſthumus 12. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam* quod cum ibidem comprehendatur, quod idem ſit circa iniuſtum & irritum teſtamentum ſecundum interpretationem Alciati paradox. *lib. 3. cap. 8. nu. 6. & 7.* ex definitione, *l. 1. ff de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* iniuſtũ aut nõ iure factum teſtamentũ illud dicatur, vbi ſolemnia iuris defuerint, irritum vero, quod in eam cauſſam deducitur, non adita hereditate, neutrum videatur applicari poſſe ad cauſſam filii, qui præteritus viuo patre deceſſiſſet, & quod denique in in hoc ipſo ſenſu, vt etiam obſeruauit Antonius Faber *lib. 9. coniect. cap. 16.* vix defendi poſſe videatur, cum abſurdum ſit illi deferre bonorum poſſeſſionem, qui teſtamentum minus ſolẽne proferat, contra *§. non tamen, Inſtit. quibus modis teſtamen. infirm. & l. prima, de bonorum poſſeſſ. ſecund. tabul.* deinde, quod non poſſit videri deſtitutum teſtamentum ob non aditionem hereditatis, ſi quis bonorum poſſeſſionem agnouerit, *l. ſi nemo. ff. de reg. iur.* 16

Secun-

Digitized by Google

Secundus autem ſcrupulus eſt, quod ſatis obſcura videatur eſſe deciſio eiuſdem l. dum ait: *heres ſcriptus ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem accipere poteſt, remque obtinebit, & rurſum idcirco legatarii & fideicommiſſarii habebunt ea, quæ ſibi relicta ſunt, ſecuri.*

Tertia difficultas eſt, quod alienum videatur, illis per bonorum poſſeſſionem ſubuenire, qui commodius remedium ab inteſtato habebant atque ipſo iure muniti erant, ſiue filios proponamus, *Inſtit. de hered. quæ ab inteſtat. deferunt.* §. *ſui.* ſiue agnatos ſiue alios, *Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* idque illis etiam expedire videatur, cum nulla legata aut fideicommiſſa præſtent, *l. ſi quis teſtamentum, de legat. 2.*

17 Vt igitur his difficultatibus † ſatisfaciamus, obſeruandum eſt hanc ipſam traditionem Alciati ex eo periclitari, quod dictio, *iniuſtum*, etiam proprie de teſtamento intelligi poſſit, vbi filius præteritus eſt, *l. 3.* §. *ex his apparet, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtament.* deinde caſum a Iuriſconſulto propoſitum hãc ſignificationem ſuadere, cum qua ratione poſthumus, qui natiuitate ſua rupit teſtamentum, ſi poſtea deceſſerit amplius obſtare non dicitur, eadem etiam ratione filius, qui ante patrem vitã cum morte commutarit.

Porro, ſi Alciati ſententiam amplecti velimus, non video, quomodo illam in tuto collocemus, niſi ponamus illam ſolemnitatem, quæ Iure ciuili introducta eſt; quæque vt nimis ambitioſa emendationem a Iuſtiniano inuenit, de qua in *l. quoniam indignum, l. ambiguitates, l. præpoſteri, l. cum in teſtamentis, ſupr. de teſtamen.* forſitan etiam ſubſcriptionem teſtium apud prætorẽ hoc caſu nõ fuiſſe in conſideratione. Porro, quæ de teſtamento irrito commemorantur, vt antea oſtendi, etiam ſuam diſceptationem recipiunt, quod in illa ſignificatione quam Alciatus adſcribit, nõ videantur cõuenienter procedere.

18 Accommodatior † itaque eſſe videtur interpretatio Bartoli *in dict. leg. poſthumus, numero ſeptimo, Bald. ibidem numer. 1. Angel. numer. 2. Imol. numer. 3. Caſtren. numero ſecundo,* quod dictio, *irritum*, accipi debeat de teſtamento, quod per capitis deminutionem ipſius teſtatoris irritum reddatur, §. *hoc autem caſu, Inſtit. quibus modis teſtament. infirm.* vt ſiquidem voluntaria ſit capitis deminutio, nouæ voluntatis declaratio requiratur, *l. qui ex liberis,* §. *teſtamento, ff. de bonorum poſſeſſ. ſecundum tabul.* quod ſi vero (vt illi putãt) talis ſit, quæ inuito inferatur, veluti ſi quis damnatus capite, a Principe reſtituatur, *l. ſi quis filio exheredato,* §. *quatenus aliud probemus, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Et quamuis obſtare videatur, §. *non tamen, Inſtit. quibus modis teſtamen. infirm.* qui etiam priori caſu ſimpliciter loquatur neque declarationem requirat, tamen nouum non eſt, vt ea, quæ generaliter certis in locis cauta ſunt, diſtinctionem ſuam ab aliis legibus accipiant, *l. non eſt nouum, ff. de legibus,* adeo vt ſuſpecta ſit differentia quam Doctores ſupra relati inter capitis diminutionem voluntariam & non voluntariã conſtituerunt, quod abſurdum videatur, ſi benignius cum illo agant, qui grauiorẽ capitis diminutionem ex delicto ſuo paſſus eſt, quam qui nihil peccauit & minimam duntaxat capitis diminutionem ſenſit. Porro, in præſenti caſu, cum illi, qui ab inteſtato ſucceſſuri erant, ſcripti ſunt heredes, talis declaratio neceſſaria non videtur.

Scrupulum ſecundo loco iniectum ſubmouebimus, ſi meminerimus intereſſe inter cauſſam poſſeſſionis † quæ ſimpliciter 19 detur, & eam, quæ cum re competat. Etenim in poſſeſſione ſimpliciter data, duntaxat duo tempora inſpicimus, an quis teſtamenti factionem habuerit, teſtamenti ſcilicet & mortis, *l. prima,* §. *ſufficit, &* §. *exigit. ff. de bonorum poſſeſſ. ſecundum tabul.* Vlpianus *fragment. titul. vigeſimo tertio, quemadmodum teſtam. rump.* §. *ſi ſeptem, & tit. vigeſimo octauo,* §. *vltim.* vbi etiam oſtẽditur bonorum poſſeſſionem dupliciter cõcedi, ſine re & cum re: cum re, ſi is qui accepit cum effectu, bona retineat: ſine re, cum alius iure ciuili hereditatem euincere poſſit. Et quamuis aliquis vrgere queat, non adeo magnam vim in huiuſmodi fragmentis conſtituendam eſſe, is tamen fateri debebit, ipſam legem *poſthumus*, circa cuius explicationem occupati fuimus, talem differentiam inſinuare, & eodem referri poſſe *l. filiis, Cod. de inoffic. teſtamen. item l. qui cum herede 15. ff. de obligat. & action.* quemadmodum etiam hoc ipſum diſcrimen obſeruarunt Cuiacius *l. ſeptima, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* item multo apertius Antonius Faber *coniectur. libro nono, capit. decimo quarto.* Senſus igitur eiuſdem legis eſt, non ſolum heredem inſtitutum, ex bonorum poſſeſſione ita munitum eſſe, vt illa auelli amplius ab heredibus ab inteſtato nequeat, ſed etiam legata-

Digitized by Google

rios & fideicommiſſarios ſecuros eſſe, cum alias attentata inſtitutione, hæc quoque corruere ſoleant, *l. Papinianus*, §. *fin. ff. de inoffic. teſtamen. & l. 1. & tot. titul. ff. de legat. præſtand.*

Reliqua eſt tertia difficultas, quid cauſſæ ſit, quod heredibus ab inteſtato hoc beneficii deferatur, cum videantur habere remedia potiora. Hunc ſcrupulum ſenſit, & multis perſequitur Antonius Faber *libro nono, capit. decimo ſexto*, & eo relabi videtur, vt conſtituat heredes ab inteſtato, quaſi ſibi euincere hereditatem, & cauſſam teſtamenti conuerti in cauſſam ab inteſtato.
20 † Sed huiuſmodi interpretationē verba eiuſdem legis non videntur recipere, dum Iuriſconſultus ait: *Idem circa iniuſtum & irritum teſtamentum erit dicendum, ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei, qui rem ab inteſtato auferre poſſit.* Hæc enim verborum conceptio, ſatis euidenter arguit definitionem *dict. leg* locum habere, ſi bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas data ſit. Etenim ſi ſtatuamus illos ab inteſtato ſuccedere, non video, quomodo legata & fideicommiſſa præſtare cogantur, contra definitionem *l. ſi quis teſtamento 81. ff. de legatis ſecundo*, quod tamen idem Faber admittit. Exiſtimo itaque hos bonorum poſſeſſionem petere debere, neque ab inteſtato ſuccedere poſſe, quod ex *leg. tertia*, § *ſi quis liberis*, *ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabul.* edoceamur, non eſſe confugiendum ad cōtraria remedia, quamdiu quis ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem amplecti poteſt, quod denique periculum ſit, ne incidant in edictum ipſius prætoris, de quo *in lege prima*, §. *non quærimus*, *ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam* & tot paſſim titulo. Quamuis enim teſtamentum iniuſtum aut irritum ſit, ſi iuris ciuilis diſpoſitionem ſpectemus, idque ex cauſſis ſupra relatis, tamen cum iure prætorio ſuccedere queant, atque honorabili titulo, qui ex teſtamento proficiſcatur, *vt dict. leg. poſthumus, item l. filium*, § *ſed et ſi portio*, *ff. de legat. præſtand.* non videntur dolo carere, qui omiſſo proprio honore, propter compendium, vt ait Papinianus, *l. Iulianus vigeſimo ſexto, ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtament. ab inteſtat. vel alio mod poſſid hered* aliam ſucceſſionis viam tentauerint, & ſupremum teſtatoris iudicium fraudare voluerint.

Hæc de §. noſtri difficultatibus propoſuiſſe ſatis eſt, & quamuis animaduertam Bartolum, Socinum, Alciatum & paſſim alios Doctores, de vi & effectu dictionis, &c. hic multa inculcare & complecti; tamen quod illa aliena videantur a proſecutione noſtræ materię, eadem omittenda eſſe duxi.

§. Et quid ſi tantum.

SVMMARIA.

1 *An teſtator in ipſa inſtitutione nepotis vel pronepotis mortis duntaxat mentionem faciens, videatur intelligendus eſſe, de aliis caſibus, quibus ſoluta patria poteſtate nepos aut pronepos ſuorum loco ſuccedunt, ardua quæſtio.*

2 *Auctores qui ſententiam negatiuā defendant, cum ſeptemdecim argumentis.*

3 *Contrariæ ſententiæ defenſores cum viginti argumentis.*

4 *Confirmata prior ſententia cum certa diſtinctione.*

5 *Intellectus præſentis §. enucleatus.*

6 *Ante legem Velleam teſtatorem non potuiſſe nepotem etiam nominatim inſtituere ſub aliis caſibus, quæ in formula Galli non comprehenduntur.*

7 *An eadem in caſibus hoc §. deſignatis inſtituendi ratio videatur.*

8 *Explicata l. Titius, §. Lucius, ff. de liber. & poſth. hered. inſtit.*

9 *Expoſitio l. ab exheredati, paragraph. final. ff. de legat. 1.*

10 *Regulariter cum de interpretatione quæritur, extenſio de caſu ad caſum locum habere non ſolet.*

11 *Si ex vi & comparatione eius quod expreſſum eſt, apparere de caſu omiſſo poſſit, interpretatio benignior admittetur.*

12 *Quid iuris ſit, ſi caſus omiſſus ex natura actus interpoſitus, ſub expreſſo comprehendatur.*

13 *Si veriſimiliter apparere poſſit de voluntate ipſius teſtatoris, hoc caſu extenſio locum habebit.*

14 *Intellectus l. final. hoc noſtro titul. ſecundum Bartolum.*

15 *Alia explicatio Caſtrenſis.*

16 *Tertia expoſitio Caſtellionei quam auctor amplectitur & declarat.*

17 *Repudiata conſideratio Ferdinandi Vaſquii circa eandem legem.*

18 *An pater filios inſtituendo illum quoque inſtituere videatur, quem ſe habere neſciat.*

19 *Examinata tertia concluſio Bartoli exiſtimantis, quod ſi non poſſit conſtare de mente diſponentium, vt tunc interſit, an vnus caſus exprimatur, an vero duo ſeparatim, vt in priori membro caſus omiſſus per æquipollens impleri poſſit, ſi expreſſo ſimilis ſit.*

20 *Animaduerſio in hanc Bartoli doctrinam, quod etiam hoc caſu voluntas teſtatoris requiratur.*

21 *Si ratio diuerſitatis reddi poſſit, tunc æquipollens non admittitur, quamuis eundem effectum habeat, idque diuerſis exemplis commonſtratum.*

22 *Excuſſa quarta Bartoli concluſio, quod ſi expreſſi fuerint duo caſus, qui coniunctim obuenerint, vt in materia fauorabili plenior interpretatio admittenda ſit.*

23 Diſ-

23 *Difficultates circa hanc traditionem.*

24 *Diſtinctio Zaſii circa doctrinam præcedentem, vtrum mixturam metiamur ex ſpecificatione diuerſorum, an vero ex participatione, an denique ex concurſu diuerſarum qualitatum.*

25 *Si ex diuerſis rebus ſpecies aliqua conflctur, tunc appellatione ſimplicium mixtum non continetur.*

26 *Regulariter appellatione ſimplicium, quod mixtum eſt, non contineri, idq; diuerſis iuris auctoritatibus & exemplis comprobatum.*

27 *Quod ſi cui beneficium conceſſum ſit, vt diſpenſare cum illis poſſit, qui ex inceſtu vel adulterio nati ſunt, is hanc gratiam eis impartiri non poterit, qui vtroque vitio infecti ſunt, cum difficultatibus circa hanc quæſtionem.*

28 *Appellatione ſimplicium mixta contineri videntur, cum voluntas teſtatoris hoc ſuadeat, & vnde illa colligatur.*

29 *Non ſolum in teſtamentis, ſed etiam aliis diſpoſitionibus ſub ſimplicibus mixta contineri, ſi circumſtantiæ hoc ſuadeant.*

30 *Ad vitandam contrarietatem, ſimplicibus etiam mixtum adſcribitur.*

31 *Multis ex cauſſis rem ex eo, quod excellit denominationem ſuam & vires ſortiri: quæ res tamen cum materia ſimplicium & mixtorum doctrina nullam affinitatem habeat, idque multis exemplis illuſtratum.*

32 *Excellentiam rei ex quibus cauſſis metiamur.*

33 *Examinata ſecunda pars principalis diſceptationis quando verba ſunt per modum cõditionis prolata.*

34 *Caſus diſſimilis expreſſo, in conditionibus pro omiſſo habetur.*

35 *Si caſus in conditionibus omiſſus ſit expreſſo ſimilis, diſtinguendum eſſe, an conditio ſit neceſſaria ad actum ipſum vel effectum actus, an deniq; voluntaria, vt hic, quod in vno caſu dictum eſt, ſecundum eundem Bartolum non porrigatur ad alium, illic autem diuerſum obtineat, cum explicatione horum terminorum.*

36 *Difficultas circa hanc Bartoli doctrinam in vtroq; membro.*

37 *Conſtituta regula generalis, conditioni in forma, qua præſcripta eſt parendum eſſe, ſine diſtinctione ſimilis an diſſimilis, neceſſaria an voluntaria ſit?*

38 *Hanc regulam ex cauſſis & circumſtantiis ſuã moderationem recipere, maxime, ſi conditiones eiuſdem ſint effectus.*

39 *Si quis ſub hac conditione quid alicui relinquat, ſi morte parentis ſui iuris conſtituatur, & ipſe per emancipationem hoc prærogatiuæ conſequatur, diſtinguendum eſſe inter perſonam extranei & liberorum, vt hic conditio impleta cenſeatur, ibidem diuerſum probetur.*

40 *Ratio huius differentiæ.*

41 *Ex diſpoſitione iuris ciuilis etiam ab hac regula nonnunquã recedi, propter veriſimilem voluntatem diſponentium.*

42 *Vulgaris ſubſtitutio pupillarem tacite complectitur.*

43 *Intellectus l. cum proponas ſup. de hered. inſt.*

44 *Subſtitutio in caſum facta, ſi filius non naſcetur, etiam illo caſu admittitur, quo natus intra pubertatem decedat.*

45 *Quid ſit iuris, ſi pater aliquem eo caſu ſubſtituerit, quo filius intra pubertatem decederet, & is nullo modo natus ſit, idque exemplis illuſtratum.*

46 *Subſtitutionem ſi Titius heres non erit, Seius heres ſit, non ſolum hæc duo capita complecti, ſi heres eſſe non potuerit vel heres eſſe noluerit, ſed etiam expreſſo vno caſu, alter tacite ſecundum doctores intelligitur.*

47 *Animaduerſio auctoris in hanc traditionem, cum dubitandi cauſſis.*

48 *Excuſſa definitio c. prudentiam, §. adiicimus, ext. de off. delegat.*

49 *Sublata repugnantia inter eundem §. adiicimus, & c. ſciſcitatus, de reſcript.*

50 *Ponderata l. Deo nobis, ſup. de epiſc. & cler. vbi cõditio in caſum mortis concepta, per ingreſſum monaſterii impletur.*

51 *An ſubſtitutus in eum caſum, quo quis moreretur, ſtatim admittendus ſit, ſi is vitam monaſticã amplectatur?*

52 *Quando deportatio non eſt eiuſdem effectus, cuius mors naturalis, tunc ſubſtitutio in caſum mortis in deportatione locum non habet.*

53 *Intellectus l. ex parte, ff. de verb. oblig.*

54 *Deportationis cauſſam cum morte non comparari, niſi in caſibus, quibus id ſpecialiter iure definitum eſt ſecundum nonnullos.*

55 *Prolata ſententia illorum, qui tradunt inſpiciendũ eſſe, an deportatio plane eundem effectum habeat, an minus, vt illic extenſioni locus ſit, hic autem aliud admittatur.*

56 *Subſtitutus in caſum mortis ſtatim admittitur, ſi is ordinem mendicantium ſuſceperit.*

57 *Explicata l. fideicommiſſa, §. ſi cui, ff. de legatis 3.*

58 *Conditioni voluntariæ in forma, qua præſcripta eſt, parendum eſſe, ſecundum doctores.*

59 *Difficultates circa hanc inſpectionem.*

60 *Excuſſa rationes propoſitæ regulæ.*

61 *Certi caſus enumerati, in quibus conditioni voluntariæ per æquipollens ſatisfieri poteſt.*

62 *Quid iuris ſit, ſi teſtator vxori ſuæ legatum reliquerit, ſi in viduitate permanſerit, & poſt mortem vxoris idem legatum Sempronio cõſobrino adſcripſerit, & mulier intra vnũ aut alterũ annũ ad ſecundas nuptias conuolet, an ſubſtitutus ſtatim admittatur.*

63 *Auctores, qui id defendunt cum argumentis.*

64 *Contrariæ ſententiæ defenſores cum ſuis fundamentis.*

65 *Diſtinctio auctoris, vt ſi perſona ſubſtituta æque chara teſtatori videatur vt heres, vel carior, quam ceteri, vt hoc caſu prior ſententia procedat, alias vero diuerſum obtineat.*

66 *Subdiuiſio eiuſdem auctoris, an vxori vſumfructum & eiuſdem rei proprietatem deducto vſufructu, Sempronio pure legauerit, an minus?*

67 *Quamuis conditio in diſpoſitione defecerit, tamen ſi dies conſtitutus ſupererit, exſpectandum eſt.*

68 *Si teſtator Titium heredem inſtituerit, & eum hereditatem reſtituere iuſſerit, ſi moreretur ſine liberis, & is presbyter poſtea fiat, an ſubſtitutus ſtatim admittendus ſit?*

69 *Quid obtineat, ſi teſtator conſtituiſſet, vt hereditatem ſuam poſt mortem reſtitueret, ſi presbyter fie-*

LLll 4

ret, & is non presbyter factus, mortuus ſit.

70 *Quid probandum, ſi teſtator fratrem ſuum heredē inſtituiſſet, & eidem aliquod hoſpitale ſubſtituiſſet, quo caſu frater ſe viuo moreretur, & is non cognita voluntate teſtatoris decedat.*

71 *Quando conditiones voluntariæ impleri poſſint, per alias, quæ ſunt eiuſdem effectus.*

72 *Inter conditionem neceſſariam & voluntariam non vſque adeo magnam differentiam eſſe.*

73 *Declarata l. ſi mulier, ff. ad SC. Trebell.*

74 *Omnis iuris definitio eidem cognitas exceptiones admittit.*

75 *Definitio quod amplecti debeamus id, quod teſtator veriſimiliter reſponſurus videbatur, locum non habet, vbi verba certa ſunt, aut ſi forma loco aliquid præſcriptum eſt.*

76 *Leges facilius ſuppletionem recipiunt, quam diſpoſitio priuatorum.*

77 *Intellectus l. fin. ff. mandati.*

78 *Non videri illum caſum omiſſum, qui diſerte quamuis alternatim a teſtatore comprehenſus fuerit, quamuis vterque coniunctim poſtea euenerit.*

79 *Si nouiſſimo quis ſubſtitutus eſt, inter legatarios quoque mutua ſubſtitutio contracta videtur.*

80 *Non ita ſtudendum eſt teſtamentorum conſeruationi, vt voluntas ipſius teſtatoris periclitetur.*

81 *Secundum naturam eſt, commoda cuiuſque rei eum ſequi, quem ſequuntur & incommoda.*

82 *Regula, qui vult conſequens, vult omne neceſſarium antecedens, non procedit, quando certa forma expreſſa eſt.*

83 *Quo caſu monachi cum mortuis comparentur.*

84 *Quando modus eſt cauſſa ipſius effectus, tunc is attendi debet.*

85 *Idē ſi ex modo formam metiamur, tūc enim ſublata forma, tollitur ipſa diſpoſitio.*

86 *Formam ſententiæ in verbis condemnationis aut abſolutionis non conſiſtere.*

87 *Paragraphum noſtrum de officio interpretis intelligendum, quo ex ſententia legis Velleiæ alios caſus ad ſimilitudinem ſuppleat.*

88 *Difficultas circa exemplum emancipationis.*

89 *Repudiata interpretatio Bartoli exiſtimantis filium iure ſuitatis in præſenti §. inſtitutum eſſe.*

90 *Explicatio Alciati & Cuiacii, qui putant exemplum emancipationis locum habere, cum pronepote inſtituto nepos emancipatus ante patrem & teſtatorem deceſſerit.*

91 *Tertia explicatio Emanuelis a Coſta, exiſtimantis, nepotem præcedente filio non eſſe neceſſario heredem inſtituendum.*

92 *Sententia Raphaelis Cumani, quam auctor etiam confirmat, non ſolum valere inſtitutionem pronepotis, ſi filius emancipatus præmoriatur, ſed etiam ſi ſuperuixerit, quo caſu ex æquis portionibus admitti debeat.*

93 *Sublata difficultas l. cum in teſtamento, ff. de hered. inſtit.*

94 *Cauſſa quare pronepos aut nepos cum ſuo patre coniungantur.*

95 *An pronepote inſtituto nepoti deferatur bonorū poſſeſſio contra tabulas, diuerſa doctorum ſententia.*

96 *Confirmata ſententia Galliaulæ, nepoti propterea denegandam bonorum poſſeſſionem, quod alio iure munitus ſit.*

97 *An differentia patriæ poteſtatis & emancipationis ſublata ſit per Nouell. 118. & conſequenter etiam abrogatus titulus de coniungend. cum emancip. liber.*

98 *Auctores qui id defendant.*

99 *Argumenta ſex, quibus illud aſſeri poſſe videatur.*

100 *Contrariæ ſententiæ defenſores.*

101 *Per argumentum a ſufficienti partium enumeratione oſtenſum, quod differentia patriæ poteſtatis & emancipationis adhuc in conſideratione ſit.*

102 *Declaratus §. repetitis, Inſt. de ſeruil cognat.*

103 *Interpretatio l. maximum vitium, §. ſancimus, C. de liber. præterit.*

104 *Aliud eſt, quem admittere ad ſimilitudinem ſuorum, aliud autem vere ſuum conſtituere.*

105 *Differentiam emancipationis & patriæ poteſtatis, ſi de cauſſa teſtamentaria tractetur, ſecundum noſtros doctores ſublatam non eſſe.*

106 *Si teſtamentum duntaxat pro parte expugnetur, titulum de coniungendis cum emancipato liberis ſublatum non eſſe, ſecundum multos doctores.*

107 *An, ſi quis filium emancipatum præterierit, locum habeat Nouell. 115. §. aliud autem capitulum.*

108 *Quod nominatim mutatum non eſt, veteris iuris regulis relictum videri.*

109 *Imperatorem non videri vno & eodem verbo infinitas leges, multis vigiliis excogitatas, ſuſtuliſſe.*

110 *Multi patriæ poteſtatis effectus, remiſſiue.*

111 *Confirmata vltima ſententia, emancipationis diſcrimen ſublatum non eſſe.*

112 *Conſiderati duo caſus, qui in nepote emancipato, ex hoc noſtro § elici poſſunt.*

113 *Pronepotem cum parente emancipato in cauſſa ſucceſſionis coniungi.*

114 *Quid obtineat, ſi pronepotem præteritum, & nepotem, qui poſtea emancipetur, duntaxat inſtitutum ponamus, ſecundum doctores noſtros.*

115 *Intellectus §. ſi quis igitur deſcendentium, Nouell. 118.*

116 *Excuſſus §. nullam, eadem conſtitutione, & n. 122.*

117 *Differentia inter pronepotem ſuum, & emancipatum ratione acquiſitionis & aliorum onerum, & nu. 126.*

118 *Filios & filias, item neptes emancipatas excludere parentes & agnatos, item ſuccedere cum filiis & filiabus in poteſtate.*

119 *An admittantur iure ciuili, an vero prætorio?*

120 *Filium emancipatum nepotes aut pronepotes, qui ſui ſint, non excludere.*

121 *Filiis emancipatis ius prætorium adhuc patere, de ciuili vero remedio magnam inter noſtros doctores controuerſiam eſſe.*

123 *Explicata l. meminimus, Cod. de ſuis & legitt. hered.*

124 *Quod remedium habeant filii ſui, ſi præteriti ſint, quod denique filii emancipati.*

125 *Enodatio §. neque illo, Nouell. 18.*

127 *Error Irnerii in compoſitione authenticæ, in ſucceſſione, C. de ſuis & legit. liber.*

128 An

128 An ſi lege municipali caueatur, quod maſculi in ſucceſſione parentum fœminis præferantur, locum habeat, ſi parens teſtamentum fecerit, & filias præterierit vel exheredarit?

129 Quid iuris ſit, ſi pater filium vel nepotem emancipatum poſtea adoptet, an hoc nepoti vel pronepoti noceat?

130 Sententia gloſſæ hãc adoptionem nepotibus aut pronepotibus non nocere cum argumentis.

131 Contraria ſententia Alciati, qui putat hanc adoptionem nepotibus & pronepotibus præiudicare.

132 Confirmata ſententia gloſſæ, & aliorum interpretũ, quod interſit, an quis adoptetur in filium, & tanquam patrem eius nepotis, de quo quæratur, an vero ſimpliciter, vt priori caſu nepos excludatur, non autem poſteriori.

133 An ſi filius, cui aqua & igni interdictum fuit, vel qui deportatus erat, poſtea reſtituatur, recuperet locum priſtinum?

134 Diſtinctio gloſſæ & multorum interpretum, inter reſtitutionem & ſimplicem indulgentiam, cum argumentis.

135 Ponderata quædam argumenta contraria.

136 Principem ea, quæ ſunt iuris ciuilis, mutare poſſe.

137 Lucrum facilius auferri, quam quod re ipſa iam partum erat.

138 Deportatione auferri ius ſucceſſionis ex definitione iuris ciuilis, non autem naturalis.

139 Aliam eſſe cauſſam teſtamenti, quod ab initio valuit, quam quod non adhibita ſolemnitate tũc temporis vitioſum fuit.

140 An reſtitutus ex beneficio Principis confugere debeat ad remedium prætorium, an vero ius ciuile ipſi patrocinetur?

141 Differentia inter capitis deminutionem, quæ in teſtatoris perſona contingit, & illam, quæ locum habeat in herede inſtituto.

142 Princeps ius ex interpretatione legis exſtinctum reſuſcitare poteſt.

143 An reſtitutus a Principe poſt mortem teſtatoris, recuperet bona iam nepoti aut pronepoti quæſita?

144 Sententia gloſſæ, Bartoli, Baldi, & aliorum negatiua, cum nouendecim argumentis.

145 Contraria ſententia Alciati, Socini, Fortunii, cum octodecim fundamentis.

146 Diſtinctio auctoris, vt ſi conſtet de voluntate Principis, eandem ſequamur.

147 Deportatum a Principe reſtitutum, etiam illa bona auocare poſſe, quæ medio temporis ſpatio a fiſco in alium tranſlata ſunt, ſecundum multos.

148 Principem ex iuſta cauſſa illud facere non prohiberi.

149 Voluntatem parentis filium inſtituentis, & votum gerentis, vt nepotis ordine præferatur, ſatis iuſtam cauſſam videri.

150 Imperator filium naturalem etiam poſt mortem parentis legitimare poteſt, ſi pater teſtamento illud petierit.

151 Nepotes & pronepotes in ſpem ſucceſſionis viuere, & propterea parenti meliorem fortunam inuidere non debere.

152 Quid ſequendum ſit, ſi Princeps quid de hereditate fieri deberet, non expreſſerit, an tunc iuſtæ coniecturæ, quæ ex forma gratiæ colligantur, locum habeant?

153 Nepotem & pronepotem filio eo caſu præferendos, quo de voluntate Principis non conſtaret, ſi is verbo indulgentiæ vſus eſſet.

154 Quid defendendum ſit illo caſu, quo Princeps reſtitutionis verbum ſuo diplomati inſeruiſſet, diuerſæ doctorum ſententiæ.

155 In re dubia conſultius eſſe, vt Princeps conſulatur, qui beneficii ſui ſit optimus interpres.

156 Quæ interpretatio ſit facienda, ſi Princeps in remotiori loco agens, vix conſuli poſſit.

157 Intellectus l. 1. §. ſi filio, ff. ad Senatuſconſultum Tertull.

158 Tria tempora duntaxat in extraneis conſiderari, vt capaces ſint hereditatis.

159 Cauſſa dubitandi in l. 1. §. ſi filio, ff. ad Senatuſconſul. Tertull.

160 Verbum reſtitutionis, tunc pleniſſimũ videri, cum quis per modum iuſtitiæ reſtitutus eſt.

161 Intellectus l. 1. C. de ſentent. paſſ. & reſtit.

162 Gratia Principis aliquem omnibus reſtituentis, non complectitur ea bona, quæ poſt deportationem a fiſco ex cauſſa venditionis in alium tranſlata ſunt.

163 Princeps non intelligitur facile aliquid indulgere cum præiudicio alieno.

164 An pretium rei alienatæ reſtituendum ſit?

165 Intellectus l. ſi quis multi, §. 1 ff. ex quib. cauſ. maior. in integr. reſtit.

166 Difficultas circa communem noſtrorum doctorum traditionem, quod ea, quæ ex diſpoſitione legis poſt deportationem vnius alteri quæſita ſunt, per ſimplicem reſtitutionem Principis inſtaurentur.

167 Quibus caſibus deportatus & reſtitutus in iure hoc modo quæſito audiendus videatur.

168 Diſpoſitioni legis & beneficio Principis nonnullas tacitas conditiones ineſſe.

169 Intellectus l. ſi vt patronus, ff. de iure patronat.

170 Diſtinctio inter iura, quæ ſtatim plenum effectum habeant, & ea, quæ tractum recipiant, atq; cauſſam ſuſpenſiuam.

171 Declarata l. ſ horus, §. fin. ff de legat. 3.

172 Ius ſemel exſtinctum regulariter non inſtauratur.

173 Iura, quæ tractum temporis habent, mutata cauſſa mutationem quoque recipiunt.

174 Principis beneficium quando pleniſſimam interpretationem recipere dicatur.

175 In reſtitutione per modum gratiæ facta, non comprehenduntur fructus medio temporis ſpatio percepti, aliud autem obtinere in ea reſtitutione per viam iuſtitiæ.

176 Declarata regula ſoluto iure datoris, accipientis ius quoque perimi.

177 Conditio omnem diſpoſitionem, & conſequenter etiam legatum ſuſpendere ſolet.

178 Explicata l. ſeruitutes, §. ſi ſublatam, ff. de ſeruit. vrban. præd.

179 Difficilius tolluntur illa, quæ iam parta radices egerunt, quam quæ nondum in ea cauſſa verſentur.

180 Princeps cum præiudicio agnatorum filios naturales legitimos efficere poteſt.

Digitized by Google

181 *Cauſſa huius iuris introducendi.*

182 *Cum parens extraneum inſtituendo agnatos excludere potuerit, non prohibetur idem facere filium naturalem inſtituendo.*

183 *Vitia parentum filiis innoxiis imputari non debent.*

184 *Pater adoptando filium naturalem agnatos antea excludere poterat.*

185 *Antiquis parentibus filii ſine diſtinctione mox vt procedebant, fiebant legitimi.*

186 *Qua ratione ſerui natalibus reſtitui poſſunt, eadem ratione etiam filii non legitimi.*

187 *Antiquitus ſolutiorem ſuſcipiendi proles fuiſſe facultatem.*

188 *Vnius vxoris complexibus ex præſcripto Euangelii inhærendum.*

189 *Legitimus filius, auctoritate iuris diuini dũtaxat heres ſit.*

190 *Quare Iuſtinianus conſtitutionem Anaſtaſii l. iubemus, C. de natural. liber. ſuſtulerit?*

191 *Principem propterea ſibi ius legitimandi reſeruaſſe, vt ponderatis deſideriis paterni meritis, & aliis circumſtantiis ſecum conſtituere poſſet, an voluntati ipſius, an minus parendum eſſet?*

192 *Diuerſos eſſe modos filios naturales legitimos conſtituendi, per oblationem curiæ, item per matrimonium ſubſequens.*

193 *Tertia ratio filios legitimandi ex §. ſi quis ſane, Nouell. 74.*

194 *Quartus modus, quibus filii illegitimi natalibus reſtituuntur, ex eadem Nouell. §. ſit igitur, & Nouell. 89. quib. mod. natural. eff. ſui, §. ſi vero is.*

195 *Quare auctor de vltima ratione filios legitimandi, duntaxat tractandum duxerit?*

196 *Multas conditiones in huiuſmodi legitimatione requiri, & primo voluntatem patris.*

197 *An Princeps, ſi de voluntate patris non appareat, ex abſoluta poteſtate hoc beneficii impartiri poſſit?*

198 *Diſtinctio multorum doctorum intereſſe, an hereditas ſit adita, an minus, vt hic Princeps illud facere queat, illic diuerſum obtineat?*

199 *Auctores, qui defendant, illud etiam poſt aditam hereditatem fieri poſſe, modo poſſeſſio apprehenſa non ſit.*

200 *Sententia Bartoli, Emanuelis a Coſta, Principem illud indiſtincte poſſe.*

201 *Quarta ſententia Fortunii, qui plane contrarium defendit, quod Princeps illud nullo modo poſſit, ne quidem ante aditam hereditatem.*

202 *Argumenta, quibus defendi poſſe videatur, quod ante aditam hereditatem Princeps hoc beneficii conferre queat.*

203 *Argumenta pro ſententia Bartoli, quod illud poſſit, etiam poſt aditam hereditatem.*

204 *Contrariæ ſententiæ fundamenta, quod poſt aditam hereditatem Princeps hanc poteſtatem exercere nequeat.*

205 *Diſtinctio auctoris, an conſtet de voluntate teſtatoris, quod noluerit illum legitimum fieri, vel ad hereditatem admitti, vel contra, quod voluerit, an vero illud dubium ſit?*

206 *Inuito patre Imperator beneficium impartiri non ſolet.*

207 *Si conſtet de voluntate patris, quod filio ſubuenire velit, quamuis illud in teſtamento factum nõ ſit, Imperator partes ſuas accommodare poterit.*

208 *Quid obtineat, ſi dubia parentis voluntas ſit?*

209 *An ſi in diplomate legitimationis vitium aliquod interueniat, poſſit poſt mortem parentis huic vitio mederi.*

210 *Ponderata ſententia Caſtrenſis, qui exiſtimabat, inſtitutionem non valere, ſi filius non eſſet recte legitimatus.*

211 *In legitimatione filiorum etiam eorum conſenſus requiritur.*

212 *An idem etiam probandum ſit, ſi per matrimonium ſubſequens filii ad hanc conditionem rediganturt?*

213 *Tertia conditio, vt filii reddãtur legitimi, eſt, quod pater nullas proles ex iuſto matrimonio quaſitas habeat.*

214 *An Imperator ex abſoluta poteſtate hoc caſu filios naturales legitimos efficere poſſit?*

215 *Argumenta & doctores pro ſententia negatiua.*

216 *Contrariæ ſententiæ aſſertores.*

217 *Filii curiæ oblati legitimi redduntur, quamuis extent aliæ proles, ex iuſto matrimonio procreatæ.*

218 *Imperator ea, quæ ſunt iuris gentium, ex iuſta cauſſa infirmare poteſt.*

219 *Dominiis ius auctoritate legis confirmatum fuit.*

220 *Pater filium adoptando, vel arrogando ſpem legitimorum filiorum minuere poteſt.*

221 *Viuo parente liberi nullam certam ſpem hereditatis habent.*

222 *Imperator in præiudicium agnatorum, in feudalibus filios naturæ reſtituere poteſt.*

223 *Diploma Imperatoris, vbi filii naturales legitimi conſtituuntur, cum pater alias proles iuſtas habeat, nullius eſt momenti, niſi Imperator de his mentionem fecerit.*

224 *Ius diuinum, quod filius iuſtus duntaxat heres ſit, quomodo exaudiendum.*

225 *An pater filio legitimato plus relinquere poſſit, quã liberis iuſto matrimonio quæſitis.*

226 *Auctores, qui id defendant cum argumentis.*

227 *Contrariæ ſententiæ vindices cum ſuis fundamentis.*

228 *An filii naturales beneficio Principis donati pro veris & legitimis haberi debeant?*

229 *In quibus filii legitimati, & iuſto matrimonio quæſiti, par ius habeant, & in quibus differant.*

230 *Quamuis filii legitimati ſui reddantur, non tamen propterea ſequitur, illos in omnibus iuſtis filiis pares eſſe.*

231 *An agnati in legitimatione filii citandi ſint?*

232 *Qui poteſt inuitis aliquid facere, multo magis illis abſentibus & ignorantibus poterit.*

233 *Denuntiatio, quæ ventris nomine fit, aliis facienda non eſt, quam his, quos proxima ſpes ſucceſſionis contingit.*

234 *Non vocatis agnatis aut cognatis, non eſſe inter eos & legitimatos ius mutua ſucceſſionis.*

235 *Confutata contraria ſententia Bartoli.*

236 *Factum cuique ſuum non alteri nocere debere.*

237 *Quamuis adoptio ius agnationis pariat, non tamen comple-*

complectitur ius ſanguinis, neque praiudicat agnatis, qui in talem adoptionem non conſenſerunt.

238 *Filii qui per oblationem curiæ legitimi ſunt facti, agnatis & cognatis non ſuccedunt.*

239 *Quod noſtrum eſt ſine facto noſtro, nobis auferri non debet.*

240 *Filios legitimatos reſcripto Principis, non habere ius retractus.*

241 *Si paternus conſenſus in legitimatione requiritur, multo magis cognatorum & agnatorum, ſi de ſucceſſione illorum tractetur.*

242 *In omni adoptionis confirmatione, ex qua alii lædi poſſunt, illi vocandi ſunt.*

243 *Beneficia Principis ita interpretari non debemus, vt inde aliqua iniquitas naſcatur.*

244 *Agnatorum mentio quorſum in reſcriptis pertineat.*

245 *Vitiari gratiam Imperatoris, ſi nulla parentum, qui viuerent, mentio ſit facta, aliud autem obtinere in agnatis.*

246 *An filii legitimi, ſi tractetur de legitimatione naturalium filiorum, vocandi ſint?*

247 *An ſubſtitutus ſub hac conditione,* ſi quis ſine liberis legitimis deceſſerit, *etiam citari debeat?*

248 *Differentia inter Comitem Palatinum & Imperatorem, in præcedenti quæſtione.*

249 *In omni legitimatione adhibendam eſſe cauſſæ cognitionem.*

250 *Quæ autem verſentur in cauſſæ cognitione.*

251 *An in reſcripto Imperatoris cauſſæ cognitio neceſſaria ſit?*

252 *Imperator Comiti Palatino rem excutiendam, non negligendam relinquit.*

253 *In cauſſæ cognitione etiam venire ſolet, ex quibus complexibus huiuſmodi proles natæ ſint.*

254 *Vtrum liberi ex cõſuetudine inceſta, a Comite Palatino legitimari poſſint.*

255 *Specialem ad hoc requiri conceſſionem.*

OMiſſa nõ neceſſaria noſtrorum interpretũ altercatione, an Scæuola reprehendendi conſilium ſecutus, hic eo nomine Gallum Aquilium coarguat, quod cum plures caſus ſint, quibus filius ſuorũ numero eſſe deſinat, veluti ſi deportetur, ſi aqua & igni eidem interdicatur, ſi ab hoſtibus capiatur, non expreſſerit, quid his caſibus iuris eſſet, quod iam ſecundo aut tertio oſtẽderim, illum interpretis officio fungentem, quæ ad vtilitatẽ formulæ, & totius inſpectionis pertinerent, vberius exponere, celebrem illam
1 quæſtionẽ, *an teſtator † in ipſa inſtitutione nepotis vel pronepotis, mortis duntaxat mentionem faciens, videatur intelligendus eſſe de aliis caſibus, quibus ſoluta patria poteſtate, nepos aut pronepos ſuorum loco ſuccedunt*, perſequendam conſtituo.

2 Non eſſe hanc † interpretationẽ faciendam, & caſum, cuius mentio facta non eſt, pro omiſſo habendum, conſtituunt Raph. Cum. *n.6. & 7.* Fortunius Garſias *n.10. & 17. & multis ſeqq.* Franc. Aret. *n.15. in ſecundo notab.* Marius Salomon. *n.50.* Lancellot. Galliaula *n.14.* Marian. Socin. *n.4.* Gouean. *n.28.* Emanuel a Coſta *in 5. par. num.1.* Duaren. & Cuiacius *in præſent.* §. Franc. Cõnan. *comm. lib.10. c.4. num.5.* Anton. Fab. *coniectur. lib.9. c.3.* Decius *in l. quamuis, ſup. de impuber. & aliis ſubſtitut. num.1. verſ. ſecundo reſpondetur.* Lancellot. Polit. *in tract. de vulgar. ſubſtit. part.6. num.23.* Corn. *conſ.276. n.12 lib.6.* Idem quoque probare videntur Oldrad. *conſ.177.* Ioan. Andr. *in addit. ad Specul. tit. de teſtam. §. in primis.* Ang. *conſ.93.* Anchar. *conſ.356.* Caſtr. *conſ.395.* Signorol. *conſ.199.* Alexan. *conſil.188. volum.2.* Socin. *conſ.259.* relati a Tiberio Deciano *reſponſ.1. n.51.* in ſimili, aut plane affini quæſtione, vt apud eundem videre licet.

Pro confirmatione huius ſententiæ multæ leges & rationes expendi poſſunt, & primo quidẽ §. in cuius enarratione verſamur, vbi haud obſcure Scæuola inſinuare videtur, ꝙ niſi poſt Galli formulam promulgata fuiſſet lex Velleia, non potuiſſet teſtator in huiuſmodi caſus inſtitutionis conditionem conferre: nunc tamen ex ſententia eiuſdem legis aliud admittendum eſſe, inſinuare volens, illud ita demum procedere, ſi nominatim hos caſus cõprehendiſſet, aut ſaltẽ generaliter nepotẽ inſtituiſſet, qui ſibi poſt mortẽ ſuus naſceretur, vt recte inſtituiſſe videatur, quibuſcunq; caſibus nepos poſt mortẽ natus, ſuus eſſet, rumperetq; præteritus, perinde ac ſi generaliter quicquid ſibi liberorũ natũ erit poſt mortem, aut quicunque natus fuerit, ſit inſtitutus, ſi ſuus eſſet.

Secundo hãc ſententiam aſſerere poteſt *l.10. ff. de liber. & poſth. hered. inſt.* quæ ita concepta eſt: *Commodiſſime is, qui nondum natus eſt, ita heres inſtituitur, ſiue viuo me, ſiue mortuo, natus fuerit, heres eſto: aut etiam pure, neutrius temporis habita mentione. Si alteruter caſus omiſſus fuerit, eo caſu, qui omiſſus ſit, natus rumpit teſtamentum, quia hic filius nec ſub conditione quidem ſcriptus heres intelligitur, qui in hunc caſum naſcitur, qui non eſt teſtamento adprehenſus.* Cui etiam finitima eſt diſpoſitio *l. ſi pater 26. ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* in verba ſequentia: *Si pater filium impuberem heredem ſcripſerit, & ei ſubſtituerit, ſi quis ſibi poſt mortem natus erit, deinde viuo fratre poſthumus natus fuerit: teſtamentum viuo rumpetur. poſt mortem autem fratris viuo patre natus, ſolus heres patri ſuo exſiſtet.*

Digitized by Google

Tertio non vulgare pondus huic opinioni adiicere poterit *l. cum pater 77. ff. de legat. 2. §. hereditatem*, item *l. ex parte 121. §. in inſulam, ff. de verborum obligation.* ex quibus cognoſcimus, legatum & fideicommiſſum relictũ, cum aliquis morietur, nõ deberi, neq; ſtipulationem hoc modo conceptam, committi, quamuis is deportatus ſit, idemq; repetitur *in l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus, ff. ad SC. Trebellian.*

Quarto commendat hanc cõcluſionem *l. fideicommiſſa 11. §. ſi cui, ff. de legat. 3.* quo cauetur, quod ſi cui fideicommiſſum ita relictum ſit, ſi morte patris ſui iuris fuerit effectus, & emancipatione a patria poteſtate liberatus ſit: non tamen ſtatim ad fideicommiſſum admittendum, ſed mortem exſpectandam.

Quinto non aliena eſt definitio *l. qui habebat 49. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* quæ manifeſtat etiam ordinis a teſtatore propoſiti mutationem ex euentu cõtingentem, ſubſtitutionem vitiare, neque verba teſtatoris ad hunc caſum porrigenda eſſe.

Sexto, hæc enunciatio auctoritate maiori nitetur, ſi obſeruemus omnes conditiones in ea forma, quæ præſcripta eſt, obſeruandas eſſe, *l. qui heredi 44. l. Maeuius 55. l. Lucius 83. ff de condit. & demonſtrat.* neque audiendos illos eſſe, qui per illud, quod tantundem præſtat, & noſtri æquipollens vocant, conditionem implere velint.

Septimo, his finitima eſt deciſio *l. fin. C. de his qui ven. ætat. impetra.* vbi Imperator aperte profitetur, quod ſi ad aliquam diſpoſitionem certa ætas requiratur, non eſſe hoc de illa ætate intelligendum, quam Imperator ſuo beneficio ſuppleuiſſet.

His octauo reſpondet, quod quamuis nuptiarum tempus eſſe videatur illa ætas, qua virgo matura connubio eſt, quod tamen ſi quis in contractu vel alia diſpoſitione, temporis nuptiarum mentionem fecerit, non aliter illa conditio adimpleri poſſit, quam ſi nuptiarũ feſtiuitas interceſſerit, *l. ſancimus, C. de nuptiis.*

Nono, quod quamuis dos ab extraneo data ex diuerſis cauſſis ſoluto matrimonio repeti poſſit, *l. extraneus, ff. de condict. cauſ. dat. cauſſ. non ſecut.* quod tamen ſi cauſſa reſtitutionis in vnum caſum duntaxat collata fuerit, in eum caſum, in quem pactus non eſt, excludatur, & mulieri actio de dote deferatur, *l. ſi cum dotem 22. ff. ſolut. matrimo.* Quod autem a contractibus ad legata argumentemur, colligitur ex *l. ſi ſeruum 44. §. cum qui chirographum, ff. de legat. & aliis ſimilib. Nic. Euerhard. in loc. a contract. ad vltim. volunt.*

Huic conſiderationi decimo contermina eſt *l. 99. ff. de verbor. oblig.* quod quicquid aſtringẽdæ obligationis cauſſa fit, id niſi palam verbis exprimatur, pro non ſcripto habeatur. Accedit, quod nedum in contractibus, *vt d. l. 99. & l. ſi quis ſtipulatus ſit Stychum, 112. eodem tit.* ſed etiam in vltimis voluntatibus, *l. 4. ff. de legat. 1. l. non aliter, ff. de legat. 3. l. Labeo, ff. de ſuppellect. legat. l. ſi alii, ff. de vſufru. legat.* quod ſane non fieret, ſi appellatione mortis naturalis ſtatueremus, comprehendi caſum deportationis, interdictionis, emancipationis.

Vndecimo, quod quamuis hereditas perſonæ vicem ſuſtineat, *l. hereditas 61. ff. de acq. rerum domin.* tamen ſub his verbis, *ſi quis abſentis negotia geſſerit*, non contineatur, *l. ait Prætor, in princip. & §. hæc verba, ff. de negot. geſtis.*

Duodecimo huc referri poteſt definitio *c. ſuſceptum, de reſcript. in 6.* vnde intelligimus, collationem in caſu mortis factam, locum non habere, quamuis per reſignationẽ aut cauſſam matrimonii, vel ſimili ex caſu beneficium vacet.

Decimo tertio ab his, quæ dicta ſunt, non abhorret *l. vim paſſam, §. proſcriptio, ff. ad leg. Iul. de adult.* vnde colligimus, quod quamuis ſingula crimina adulterii & inceſtus certo temporis ſpatio exſtinguantur, quod tamen idem non eueniat, ſi eadem cumulata ſint.

Decimo quarto ſuffragatur notiſſimum iuris noſtri reſponſum, quod ſi teſtator voluiſſet rem aliter exaudiri, hoc diſerte commemoraturus fuerit, *l. vnic. §. vbi circa fin. inf. de caduc. tollend. & c. ad audientiam, extr. de decim.* quod cum non fecerit, verborum proprietas ſpectanda eſt, & id quod expreſſit *d. §. vbi, & l. qui concubinam, ff. de legat. 3.*

Decimo quinto huc pertinet, quod ne quidem per argumentum a contrario ſenſu, quod alias fortiſſimum eſſe ſoleat, *l. 1. §. qui mandatam, ff. de eo cui mandat. eſt iuriſdict.* vlla inſtitutio inducatur, *l. ex facto 19. ff. de hered. inſtit.*

Decimo ſexto conuenit conſideratio *l. ſi repetendi, C. de condict. ob cauſſ. dator.* quod propoſitum in mente retentum nihil operari ſoleat.

Decimo ſeptimo, quod quãuis filius adoptiuus omnia iura filii legitimi habeat, *l. fin. infr. de adopt. & inſtit. de hered. quæ ab inteſtat. deferunt.*

Digitized by Google

deſerunt. in prin. quod tamen ſi alicui in tempus liberorum quid teſtamento relictum ſit, hoc non poſſit conſequi adoptando filium, *l. ſi ita quis 51. ff. de legat. & ſideicom. l. fideicommiſſum 16. ff. de cond. & demonſt.*

3 Contrariã † ſententiam defendunt gloſſ. *in verb. emancipatus, Bart. n. 3. Bald. n. 2. Ang. n. 4. Ioan. ab Imol. n. 25. & ſeq. Caſtr. n. 3. & 4. Alex. num. 4. & 5. Barth. Socin. num. 6. Iaſon num. 19. Alciat. num. 25. Alber. num... Bolognet. nu. 20. Marc. Aquilin. in verb. ſed ex ſententia, num. 2. Iacob. Menoch. præſumt. lib. 4. c. 26. nu. 2. Socin. Iunior conſ. 100. num. 29. lib. 3. Tiberius Decianus conſ. 1. n. 60. & 100. Curt. Sen. conſ. 51. & conſ. 29. in regno num. 2. Pariſ. conſ. 99. num. 17. volum. 2. Roman. conſ. 408.* & hanc opinionem cõmunem eſſe teſtantur Marian. Socin. *hic nu. 4.* Marc. Aquil. *n. 2.*

Nec deſunt huius traditionis fundamenta & leges. Principio enim in cauſſam deducitur §. quem explicandum ſuſcepimus. Etenim Scæuola nõ videtur loqui de ipſo Gallo Aquil. ſed de teſtatore, dum ait: *Et quid ſi tantum in mortis filii caſum cõciperet?* quæ verba cum per modum interrogationis & dubitationis prolata ſint, non videntur recte referri poſſe ad formulam Galli Aquilii, quę certam & indubitatam definitionem auctore eodem Scæuola habeat. Vnde cum paulo poſt adiiciat, *ad ſimilitudinẽ mortis ceteros caſus admittendos eſſe*, iudicari poteſt, hanc regulam ſtabiliuiſſe, quod ſi vnus caſus exprimatur, qui ad actum vel effectum actus neceſſarius ſit, ceteri quoque ſilentio contineri videantur.

Secundo, firmiſſimum huius aſſertionis fundamentum, ſecundũ eoſdem auctores, maxime Menochium ſuppeditare videtur *l. Titius 25. ff. de lib. & poſthum. hered. inſt. §. fin.* quem etiam ſubiicimus: *Lucius Titius, cũ ſuprema ſua ordinaret in ciuitate, & haberet neptẽ ex filia prægnante rure agentẽ, ſcripſit id, quod in vtero haberet, ex parte heredem: quæro, cum ipſa die, qua Titius ordinaret teſtamentum in ciuitate, hora diei ſexta, eodem die, albeſcente cælo, rure ſit enixa Mæuia maſculum, an inſtitutio heredis valeat, cum, quo tempore ſcriberetur teſtamentũ, iam editus eſſet partus? Paulus reſpondit, verba quidem teſtamenti ad eum pronepotem directa videri, qui poſt teſtamentum factum naſceretur, ſed ſi (vt proponitur) eadem die, qua teſtamentũ factum eſt, neptis teſtatoris, antequam teſtamentum ſcriberetur, enixa eſſet, licet ignorante teſtatore: tamen inſtitutionem iure factam videri, recte reſpondi.*

Tertio non contemnendum adminiculum præbere poteſt *l. ab exheredato 126. §. fin.* quam etiam ſubnectimus: *Cum à poſthumo ita legatur, ſi heres erit, & non nato poſthumo ſubſtituti adeant, legata eos debere, exiſtimandum eſt, quæ ille, ſi viueret, debiturus eſſet.*

Quarto non mediocriter vrgent *l. ſi mater, ſup. de inſtit. & ſubſtitut. l. mulier 22. ad SC. Trebell. item l. ſi ita 15. ff. quand. dies legat. ced.* ex quibus edocemur, quod ſi mater filiis ſuis legatum adſcripſiſſet, in tempus, quo morte patris ſui iuris futuri eſſent, & illi per emancipationem patria poteſtate ſoluti fuiſſent, legatum iiſdem deberi reſcriptũ fuit, quod ſatis eſſet, illos ſuæ auctoritatis factos, nec referret, quo iure illud accidiſſet. Verba autem vltimæ legis, quam tanquam breuẽ ſubiicio, hoc modo concepta ſunt: *Si ita liberis fideicommiſſum eſſet relictum, ſi morte patris ſui iuris eſſent effecti, nec morte patris, ſed emancipatione patresfamiliarum conſtituti ſint: deberi eis fideicommiſſum, nemo dubitauerit, diemque eius emancipationis ceſſiſſe, qui morte patris cederet.* Eadem etiam commemorantur *d. l. mulier, & l. mater*, dignæ, quæ & ipſæ legantur, quod facta ad rem pertinentia contineant & rationes decidendi non diſſimulent.

Quinto, quod cum vulgaris ſubſtitutio, etiam pupillarem contineat; propter præſumtam teſtatoris volũtatem; *l. 4. ff. de vulg. & pupillar. ſubſtitut. l. quamuis, ſupr. de impub. & aliis ſubſtitut.* alienum quoque videri non debet, ſi in propoſita controuerſia idem admittamus.

Sexto, quod huius rei argumentum locuples præbere videatur *l. fin. C. de inſt. & ſubſt.* qua ſignificatur, eũ qui ſubſtituit, ſi poſthumus natus non fuiſſet, videri etiã ſubſtituere eo caſu, quo natus in pupillari ætate deceſſiſſet, niſi circumſtantiæ aliud ſuaderẽt, vt ibidem hanc rem dilucide perſecuti ſumus.

Septimo, quod cognita illa iuris pronuntiatio ſit, illud teſtatorem ſtatuiſſe videri, ꝙ interrogatus veriſimiliter reſponſurus intelligatur, *l. 40. tale, §. fin. ff de pact.*

Octauo pugnat pro hac ipſa definitione *l. fin. C. de poſth. hered. inſt.* vbi ſi teſtator filium vel filiam, qui intra decem menſium ſpatiũ poſt mortẽ ipſius editi fuiſſent, inſtituiſſet, & illi eodẽ viuo nati eſſent, teſtamentum ratũ eſſe dicitur, ne pœnam præteritionis patiatur, qui ſuos liberos non præteriit.

Nono, quod etiam conditiones per illud, quod tantundem valeat, impleri videantur, vt apparet ex *l. ſi fundus 13. ff. de condit.*

& demonſtrat. vbi pupillo vel furioſo pecuniam dare iuſſus, conditioni obtemperaſſe videtur, ſi tutori vel curatori eandem detulerit. Huc referri poteſt *l. Iulianus 45. ff. eod. tit.* conditioni ſatisfactum videri, ſi quis accepto tuliſſet, quod eidem debebatur, quaſi per heredem ſtaret, quo minus pareret cōditioni, quod & ipſum confirmari videtur *l. Stychum 95. §. ſi furioſi, ff. de ſolut. & liberat. itē l. Titia cum teſtamento, §. ſi ea, ff. de legat. 2. l. qui filium, ff. de manumiſſ. teſtam.* Eodemque pertinet *l. in condition bus 19. §. ſi patronus, ff. de condit. & demo ſt.* vbi conditio, *ſi patronus heres erit*, effectum habet, ſi bonorum poſſeſſionem amplectatur. Quod etiam comprobatur *l ſi quis mihi bona 25. §. ſed quid ſi mandauit, ff. de acquir. vel omitt. hered.*

Decimo, quod quamuis mandati fines diligenter cuſtodiendi ſint, *leg. diligenter, ff. mandati,* & quidam a Gaio petiiſſet, vt pro P. Mæuio apud Sempronium fideiuberet, isq; nulla ſpōſione ſe obſtrinxiſſet, ſed mandaſſet creditori, voluntati ſatisfeciſſe videtur, & mandati actionem, perinde atque ſi fideiuſſiſſet, conſequitur.

Vndecimo, his finitima eſt *l. ſi ita ſcriptum 13. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. vel exhered. item l. Clemens 81. ff. de hered. inſtit.* vbi valet inſtitutio ſeparatim facta, quamuis præter opinionem teſtatoris, non filius ſolum, ſed filius & filia nati eſſent.

Duodecimo huic inſpectioni adhuc alius cumulus accedere poteſt, *ex l. cum auus 102. ff. de condit. & demonſtrat. item l. generaliter, C. de inſtit & ſubſtit. l. cum acutiſſimi, infr. de fideicommiſſ.* quod qua ratione liberi præter opinionem ſuſcepti, ſubſtitutum excludunt, q; teſtator id veriſimiliter diſpoſiturus videbatur, eadem ratione etiam, qui in ſubſtituendo mortis mentionem fecit, intelligatur illud de aliis caſibus conſtituturus fuiſſe.

Decimo tertio huc referri poteſt *l. ſi pater 25. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. item l. Titia Seio 87. §. Seia libertis, ff. de legat. 2. item l. Lucius 85. ff. de hered. inſtit.* in quibus animaduertimus, tacitam ſubſtitutionē propter præſumtam voluntatem teſtatoris induci, quamuis verba ad hoc ius conciliandum minus idonea eſſent.

Decimo quarto non aliena videtur eſſe illa conſideratio, quod in dubio proniores eſſe debeamus ad teſtamenti conſeruationem, *l. Papinianus 8. §. fin. ff. de inoff. teſtam. l. in teſtamētis, ff de reg. iur. l. ambiguitates, & l. cum in teſtamentis, l. quoniam indignū eſt, ſup. de teſt.*

Decimo quinto, quod cum in aliis diſpoſitionibus, tum maxime in cōditionibus voluntas teſtatoris ſpectanda ſit, *l. in conditionibus 19. ff. de cond. & demonſt.*

Decimo ſexto, quod etiam in contractibus videamus, virtute pacti expreſſi, definiri illas partes, de quibus nihil nominatim dictum eſt, *§. illud, Inſt. de ſocietat. & l. ſi non fuerint, ff. eod. tit.*

Decimo ſeptimo, quod quemadmodum ille, qui velit conſequens, intelligatur etiam velle omne neceſſarium antecedens, *l. illud, 76. ff. de acq. vel omitt. hered.* ita etiam teſtator nepotem vel pronepotem inſtituendo, intelligatur hanc inſtitutionem ratam eſſe voluiſſe, quocunque caſu is in locum ſui heredis ſuccedens, teſtatoris voluntatem in diſcrimen adducere poſſet.

Decimo octauo his reſpondet definitio *c. cum ſimus, extr. de regular.* filium a patre, qui monaſticam vitam profeſſus ſit, cōuenientem portionem bonorum poſtulare poſſe, contra definitionem *l. 1. §. ſi impuberi, ff. de collat.* legitimam ante mortem patris nō deberi, neque accommodatior ratio conſiderari poteſt, quam quod monachi mortuis ſimiles videantur, *c. multos, diſtinct. 54.* quodq; mors ciuilis eundem effectum habere ſtatuatur quem naturalis, quod & ipſum colligitur ex *l. intercidit 59. §. 2. ff. de condit. & demonſtrat.*

Decimo nono eodem ſpectat vulgata iuris regula non eſſe laborandum de modo, cum idem effectus ſequitur, *vt hac noſtra leg. Gallus, §. ſi eius, l. mulier, §. fin. ff. de cond. inſtit.*

Vigeſimo, quod quamuis ſententia ratione formæ exigere videatur, quod iudex in ea proferenda condemnationis vel abſolutionis verbo vtatur, *l. præſes, infra de ſentent. & interloc. omn. iudic.* quod tamen non prohibeat id explicari per verba, quæ eandē vim habeāt *l. in ſententiis 59. alias incipit in ſumma, ff. de re iudic. & l. ſi Prætor, ff. de iudic. l. qui reſtituere, ff. de rei vindic. c. in his, extra de verb. ſign.*

His argumentis † vltro & citro bene ponderatis exiſtimo primā ſententiam quidem 4
magis probabilē eſſe: ſed ſuam diſtinctionē requirere. Quod vt tāto euidentius demonſtrare poſſim, omnia illa legum & rationum præſidia, quę vltimam ſententiam fulcire videntur, ex ordine diluenda duxi. Facto itaq;
initio a † præſentis §. declaratione, conſti- 5
tuo eandem parum accommodate ad hanc cauſſam transferri, quod obſtent illæ cōſiderationes, quæ ex aduerſo allegatę ſunt, quod denique

Digitized by Google

denique ſiue hæc verba: *Et quid ſi tantum in*
mortis filii caſum cõciperet, referamus ad ipſum
Gallum Aquilium, & formulam ab eo pro-
poſitam, ſiue ad ipſum teſtatorẽ, neutro ca-
ſu poſteriorem aſſertionẽ confirmare que-
ant. Non primo, ꝙ repugnent rationes ſu-
6 pra *n.2.* diſerte cõprehenſæ, † non ſecundo,
quod teſtator ante l. Velleiam ex cuius ſen-
tẽtia Scæuola hos caſus ſupplet, ne nomina-
tim quidem hoc cauere potuerit, nunc aũt
nõ ꝓhibetur, & id feciſſe intelligitur, ſi eoſ-
dẽ caſus ſigillatim cõplectatur, vel generali-
ter nepotem inſtituat, qui ſibi poſt mortem
ſuus naſcetur, §. *quid ſi qui filium, hac l.* Nam ſi
mortis filii duntaxat mentionem faciat, nõ
poteſt iudicari, nepotem etiam aliis caſibus
ſubſtituiſſe *l. cum pater 77. §. hereditatem, ff. de*
legat. 2. l. ex parte 121. §. pen. ff. de verb. oblig. l. ex
facto 17. §. ſi quis rogatus, ff. ad SC. Treb. ꝙ non
7 eadem in his caſibus † ratio interueniat, vt
pater plane nepotem loco filii ſurrogaſſe vi-
deatur, cum deportatus, & is, cui bonis in-
terdictum eſt, beneficio Imperatoris in in-
tegrum reſtitui poſſit, *l. ſi quis filiam 6. §. qua-*
tenus, ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſtam. l. in-
tercidit 59. ff. de cond. & demonſtr. & captus ab
hoſtibus poſtliminio reuerti queat, *tot. tit. de*
captiuis & poſtlim. reuerſ. & emancipatus ex
teſtamento quoque ſuccedere non prohi-
beatur, de qua quæſtione poſtea, & per ado-
ptionem in patris poteſtatem reuerti, *l. filio,*
23. h. t. l. qui liberatus, ff. de adopt. quæ omnia in
filio mortuo locũ non habent. Vnde cum in
ambiguo proprietati ſermonis ſeruiendum
ſit, *l. nõ aliter, ff. de legat. 3. cum ſimil.* ne aliquid
fiat contra voluntatẽ teſtatoris, productioni
locus eſſe non poteſt.

Quamuis noſtri interpretes magnã vim
8 conſtituant † *in l. Titius, §. Lucius, hoc noſt. tit.*
tamen non animaduerto, ꝙ eadem l. cum
fructu huc deflecti queat, ſi obſeruemus eo
tempore poſthumũ alienũ, inter quos cen-
ſeri poteſt pronepos ex nepte natus, *vt oſtẽdi*
in prin. l. n. 12. & ſeq. vſque ad n. 19. inſtitui non
potuiſſe, ſed propterea illam inſtitutionem
iure factam, *vt loquitur iuriſconſultus*, videri,
quod tempore inſtitutionis iam natus eſſet,
quamuis ille exiſtimauerat, neptem ſuã ad-
huc vterum ferre, quod, *vt ait Cuiacius*, eo-
dem loci veritas opinioni in hoc caſu præ-
ponderet, *arg. §. ſi quis rem ſuam, Inſt. de legat.*
Plane ſi amplecti velimus conſiderationem
ſupra a nobis, *in princip. legis num. 10. verſ. duo-*
rum igitur alterum, dum ad *l. penult. §. fin. ff. de*
legat. 1. reſpõdemus, propoſitam, quod ſcili-
cet Paulus Iuriſconſultus motus exemplo
formulæ a Gallo Aquilio propoſitæ, poſthu-
mos alienos, id eſt, qui nati ex deſcendenti-
bus, inter ſuos futuri non ſunt, etiam inſtitui
poſſe conſtituerit, hic conſideratio Bartoli,
& aliorum locum habere poſſit. Et quamuis
obſtare videatur *l. commodiſſime, hoc noſtr. tit.*
tamen obſeruandum eſt, duplici ratione in-
de recedi. Primo, quod dubitari non cõue-
nit, hanc voluntatem fuiſſe parentis, vt ſiue
adhuc in vtero eſſet, ſiue iam in lucem pro-
diiſſet, eum heredem habere poſſet, quod
etiam interrogatus, id veriſimiliter reſpon-
ſurus fuiſſe videatur, *l. tale 40. §. fin. ff. de pact.*
cum filiis natis maior affectio debeatur, quã
illis, qui in vtero ſunt, vt apparet ex collatio-
ne principii, cum §. *poſthumi, Inſt. de exhered.*
liber. quodque in poſthumo incertum eſſet,
an mater abortum factura fuerit, *d. §. poſthu-*
mi. Secunda ratio eſt, ꝙ quamuis eo tem-
pore, quo Paulus floruit, id cõtrouerſum fu-
iſſe ſtatuamus, cum Iuſtinianus ſe hanc dif-
ficultatem ſuſtuliſſe profiteatur, *Inſtit. in §.*
poſthumo, tamen extra omnem dubitationẽ
fuerit, ꝙ ille, qui iam natus erat, heres ſcribi
potuerit, cum omnes, qui prohibiti nõ ſint,
teſtamenti factionem habere dicantur, *Inſt.*
de hered. inſt. in prin. & fauor vltimæ volunta-
tis expreſſerit, vt veritas opinioni præferre-
tur, *vt dictum eſt.*

Non eſt, quod nos tertio † ſollicitet *l. ab* 9
exheredati 126. §. fin. ff. de legat. 1. Etenim defi-
nitio eiuſdem §. nõ ex eo fonte deriuari po-
teſt, quod de caſu ad caſum productio fiat,
ſed quod hæc verba, *ſi heres erit*, cõditionem
nõ faciant, *vt oſtendit gloſſ. in verb. eos debere,*
& ibid. Bart. atque alii, quemadmodum illud
etiam videmus fieri in caſibus eadẽ ratione
ſubnixis, *vt in l. ſeruo alieno 113. §. ſi ab impube-*
re, eod. tit. item in l. 1. ff. de dot. prælegat.

Etſi fateri cõueniat quarto loco accerſita
ſubſidia, nõ mediocriter vrgere: tamẽ fœde-
re diſtinctionis cõpoſita, facile locum datu-
ra ſunt, & vlterioris concordiæ occaſionem
in hac ipſa diſceptatione præbitura. Regu-
lariter † enim definiendum eſt, quod quoti- 10
eſcunque de interpretatione quæritur, ex-
tenſio de caſu ad caſum locum non habeat,
ſiue verba per modum diſpoſitionis prolata
ſint, ſiue in formam conditionis, *l. ſi quis ita,*
§. ſi quis cum ignoraret, ff. de teſtam. tutel. l. non a-
liter, ff. de legat. 1. l. ſi alii, ff. de vſuf. legat. l. ſi cum
dotem 22. ff. ſolut. matrim. l. quicquid aſtringen-
dæ 99. ff. de verbor. oblig. adeo vt caſus omiſſus
relinquatur diſpoſitioni iuris *l. ſi extraneus, ff.*

Digitized by Google

de cond. cauſ. dat. cauſ. non ſecut. Marian. Soc. hic num. 23. poſt Bart. & alios hic in hanc ſententiam laudatos, Iaſ. nu. 21. Marc. Aquilin. in verb. ſed hæc ſententia, n. 49.

Regulam ita conſtitutam cum ipſi, tum etiam Bart. *hic num. 3. Alciat. num. 25. Ioan. ab Imol. n. 25. Bal n. 4. Franc. Aret. n. 17. Nic. Euerh. in ſuis locis legalib. in loco ab æquipoll. nu. 15.* di-
11 uerſis ex cauſſis declarant, † vt ſcilicet interſit, vtrum ex vi & comparatione eius, quod expreſſum eſt, apparere de caſu omiſſo poſſit, an minus, vt in primo membro locũ habeat hæc interpretatio. Exempli cauſſa, in ſocietate contrahenda cõprehenſum eſt, vt dimidia pars lucri vni cederet, tertia alteri, de dãno nulla eſt mentio facta, quæritur, *an illud pro æquis portionib. agnoſcere debeat, an eadẽ diſtributio admittẽda ſit, quæ in lucro?* Et ſtatuitur §. *illud, Inſt. de ſociet. item l. ſi non fuerint, ff. pro ſocio*, vtrobiq; eandem diuiſionem faciendam, *arg. notiſſimæ regulæ, ſecundũ naturã, ff. de reg. iur. l. 10.* Hãc enuntiationem Alciat.
12 & Aquilinus ornando, conſtituunt etiã † locum habere ſiue caſus omiſſus cõprehendatur in expreſſo ratione naturæ actus interpoſiti, *d. §. illud*, ſiue ex cauſſa neceſſarii antecedentis, *l. nec is 17. §. 1. & l. illud 77. ff. de acq. vel omit. hered. l. actionẽ 5. ſup. de procur.* vel ratione cuiuſdam neceſſariæ conſequentię, *l. nõ cogendum, §. fin. ff. de procur. l. 2. ff. de iuriſd. omn. iudic.* vel ſi vt connexa ſeparationẽ non recipiant, *l. Lucius, §. Paulus, ff. de adminiſt. tutor. & curator. l. cuicunque, §. non tantum, ff. de inſtit. action.* Sed ſane hęc traditio cõuenientem diſtinctionem requirit, vt videre licet apud Nic. Euerh. *in loco ab antecedente ad conſequens, & conſequente ad antecedens.* itẽ in noſtris commentariis *ad l. ſi de certa, & l. ſub prætextu, ſupr. de tranſact.*

Quod ſi autem caſus deſignatus illũ, qui omiſſus eſt, vi ſua nõ cõplectatur, aut oſtendat, differentia conſtituenda erit ſecundum eundem Bart. *n. 3. Marian. Soc. num. 35. Alciat. num. 28. Bald. n. 4. Alex. nu. 5. Franc. Aret. nu. 18. verſ. ſecundo adde, Caſtr. hic n. 7. Iaſ. n. 22. Franc.*
13 *Aret. nu. 25. Ang. nu. 4.* an poſſit † veriſimiliter apparere de voluntate ipſius teſtatoris quid diſponẽtis, vt hoc caſu extenſio locum habeat *per l. Titius 25. §. 1. hoc tit. & l. fin. hoc tit. de poſthum. hered. inſtit.* Hic autem obſeruandũ eſt, quod licet propoſita traditio non ſit reſpuenda: tamen videantur ipſe Bart. deinde Marian. Soc. Alciat. Nicol. Euerh. qui hanc materiam paulo plenius proſequũtur, principio eo nomine labi, quod inculcẽt exempla ad cauſſam conditionis, non autẽ diſpoſitionis pertinẽtia. Quare commodius hoc munus ſuſtinere poterit *l. cum tale 40. §. fin. ff. de pact.* quamuis pro eorum defenſione vis rationis allegari poteſt. Si enim illud obtineat, quod minus verum videtur, vtiq; quod magis, *l. ſi quando, ſupr. de teſtib.* Deinde culpam contraxiſſe videntur, quod allegant *l. fin. de poſth. hered. inſtit.* quaſi inter ius Digeſtorum & hanc ipſam legem nulla differentia ſit, & *l. commodiſſime, ff. de liber. & poſth. hered. inſt.* illã conciliationem reciperet, † quã 14
Bartolus nobis obtrudere conatur, ꝙ teſtator *d. l. fin.* graui valetudine correptus fuerit, diuerſum autem obtineat *in d. l. commodiſſime*, quam ſane ex eo amplecti non poſſum, ꝙ eadem manifeſtã diuinationẽ contineat, neq; rurſum aliã ſolutionẽ, quam nõ inſubtilem † excogitarunt Caſt. *in d. l. fin. de poſth.* 15
hered. inſtit. n. 4. item Cuman. in d. l. commodiſſime, glo. in verb. non præteriit, quod cum *d. l. fin.* reperiatur hæc verborum formula, *ſi filius vel filia intra decem menſium ſpatium, poſt mortem meam fuerint editi, heredes ſunto*, vel ita, *filius vel filia, qui intra decem menſes proximos mortis meæ naſcentur, heredes ſunto*: dictio *naſcendi* non determinetur a verbis *poſt mortem*, ſed aliis eiuſdẽ formulæ, *intra decẽ menſium ſpatium.* Senſus enim eſt, teſtatorẽ inſtituere non quemuis poſthumũ, puta qui vndecimo, duodecimo, aut decimo tertio mẽſe poſt mortẽ ipſius ex vxore naſcatur, ſed illũ duntaxat, quẽ vxor enixa fuerit intra definitum ſpatiũ: tamen non deſinat verũ eſſe, illũ ſaltem natum eſſe, antequam illi menſes exſpirarent. His tamẽ nihil prohibentibus, quod *naſcendi*, vel *editi* vocabulum ab omnibus verbis æqualiter determinetur ſecundũ definitionem *l. fin. infr. de ſentent. & interloc. om. iud.* † & l. præferenda videtur expoſitio 16
Chriſtoph. Caſtell. quã refert & ſequitur Iaſ. *in d. l. fin. circ. fin Donell. n. 3. Marian. Soc. hic n. 73. Eman. Coſt. in 5. part. nu. 96. Marc. Aquil. in verb. hæc ſentẽtia, n. 48. itẽ Cuiac. in d. l. cõmodiſſime, h. t.* ꝙ l. *commodiſſime*, declarationẽ recipiat a noua conſtitutione Iuſtiniani in duabus formulis ibidem propoſitis. Et quamuis verba *editi ſunt*, nõ ſolum determinẽtur per clauſulam de decem menſibus, ſed etiam mortis ipſius teſtatoris loquentem, quod tamen ex coniecturis a Iuſtiniano *d. l. fin.* ponderatis & cõfirmatis, nõ videatur habuiſſe animum, filium, qui ſe viuo natus eſſet, excludendi, ſed vtroque tempore inſtituendi, adeo, vt Iuſtin. non immerito in hæc verba

prorum-

Digitized by Google

prorumpat: *maneat teſtatoris voluntas immutilata, ſiue viuo teſtatore, ſiue poſt mortem eius intra decem menſis a morte teſtatoris numerandos, filius vel filia fuerint progeniti, neque pœnam patiatur præteritionis, qui ſuos filios non præteriit.* Quibus ſubductis, intelligimus nõ adeo magnam differentiam eſſe inter opinionẽ Caſtrenſis & hãc interpretationẽ, cum vtrobiq; præcipuum fundamentũ in eo conſtituatur, ꝙ teſtator excludere voluerit illos poſthumos, qui ex ſtupri conſuetudine poſt mortẽ
17 ſuã ab alio ſuſcipi poſſent. Hinc cõſtat, † nõ eſſe audiendũ Ferd. Vaſq. *de ſucc. creat. lib. 2. §. 20. n. 111.* qui auctor eſt *l. cõmodiſſime*, per hãc ſimpliciter antiquatam eſſe, ꝙ qua ratione conditiones, quæ legitimæ portioni filiorũ, qui iam nati ſunt, adſeribuntur, reiici ſolent, *l. quoniam, & l. ſcimus, ſup. de inoff. teſtam.* eadẽ ratione id etiam obtineat, vel inductũ ſit in poſthumis per eandẽ conſtitutionẽ. Probabilior n. eſſe videtur d. interpretatio Caſtellionei, Iaſ. Cuiacii atq; Donelli, addentium, ꝙ cum duo caſus *d. l. cõmodiſſime*, cõprehendantur, ex quibus inſtitutio vitiari ſolet, veluti ſi poſthumus me viuo naſcetur, aut cõtra, ſi vxor mea me mortuo poſthumũ enixa ſit, ꝙ vltimus caſus duntaxat emendationẽ, vel declarationem potius in caſibus, quos propoſuimus, acceperit, prior vero diſpoſitioni iuris relictus ſit, *l. præcipimus, §. fin. C. de appell.*

His ita digeſtis, cauendum tamen nobis eſt, ne huius concluſionis habenas liberius laxemus, & putemus etiam illam procedere, cum de diuerſis perſonis quæritur, exem-
18 plo res expediri poterit. Cum quis tres † aut quatuor filios haberet, exiſtimaret tamen vnum exſtinctum eſſe, & generaliter filios ſuos heredes inſtituiſſet, & dubitaretur, an is intelligatur etiam hunc, quem ſe habere ignorabat, inſtituiſſe, non videri, ex *l. ſi quis ita, §. ſi quis cum ignoraret. ff. de teſtam. tutel.* deinde ex *l. Titius 25. hoc tit.* pronuntiant gloſſ. Alberic. Angel. Raph. Cuman. & multi alii, quos refert & ſequitur hic Marc. Aquil. *nu. 61.* quamuis contrarium adſeuerent Paul. de Caſtr. *ibid. num. 7. Iaſ. num. 20. Fortunius hic n. 155. Marian. Socin. num. 38.* moti auctoritate *l. 3. ſupr. de inoffic. teſtam. l. tale pactum, §. fin. ff. de pact. item l. cum auus 102. ff. de cond. & demonſtratio.* Sed cum illæ leges particulares caſus complectantur, poſſet admitti hæc vltima ſententia in patre dubitante. Ceterum, ſi plane ignoret, ſe filium habere, forte, quod vxor illo abſente filium enixa ſit, vel quod pro certiſſimo habeat, illum exſtinctum eſſe, non video, quomodo a priori ſententia recedendum ſit.

Tertia † concluſio eiuſdem Bartoli eſt, 19
quod ſi non poſſit conſtare de mente diſponentium, tunc intereſſe, an vnus caſus exprimatur, an duo ſeparatim, vt hic vlteriori diſtinctione opus ſit, illic autem caſus omiſſus, ita demum per illud, quod æquipollens nominant, impleri poſſit, ſi expreſſo ſimilis ſit, & eundem effectum habeat *l. fin. ff. mandat.* Bartoli ſententiæ aſtipulantur Bald. *hic n. 4.* Alexand. *num. 5.* Iaſon *num. 23.* Marian. Soc. *num. 46.* Alciat. *num. 33.* Aretin. *num. 19.* Fortunat. *num. 117.* Galliaul. *num. 26.* Marcus Aquil. *in verb. ſed hæc ſententia, num. 70.* vbi plures refert. Pro confirmatione huius opinionis etiam adduci poteſt *l. ſi quis mihi bona 25. §. ſed quid ſi mandauit, ff. de acquir. vel omit. hered. item l. in conditionibus, §. ſi patronus, ff. de cond. & demonſtr.* vbi declaratur, mandatum de adeũda hereditate etiam impleri, ſi quis bonorum poſſeſſionem amplectatur. Huc etiam referri poteſt *l. fin. ſupr. de reb. alien. non alien.* quæ demonſtrat, quod ſi aliquid cautum ſit de alienatione, idem etiam probandum eſſe in pignore, quod quamuis pignoris datio, proprie alienatio non ſit: tamen eundem exitum ex contracta obligatione ſortiatur. Sed hic obſeruandum eſt, non carere ſcrupulo, quod Bart. ita hunc † caſum ſe- 20
paret a ſuperiori, vt neget hic de mẽte conſtare, contrarium enim innuere videtur *d. l. ſi quis mihi bona, §. quid ſi mandauit, & §. ſed ſi mandauit.* Etenim & hic tacitam voluntatẽ diſponentis intercedere conſtituo, quod ea intelligatur eſſe hominum affectio, vt deſiderent, ſi illud res concedat, etiam meliorem conditionem ſuam reddi: & ſi quid vno caſu factum non ſit, aut commode fieri nequeat, illud alio caſu, qui eundem effectum habeat, explicari poſſit, *d. l. fin. ff. mandat.* Intereſt tamen inter præſentem inſpectionem & ſuperiorem, quod ibidem euidentior voluntas requiratur. Admonendi præterea ſumus, huic traditioni locum non eſſe, ſi aliqua rationis diuerſitas conſiderari † poſſit, *vt in l. ſi pupillorum 7. §. ſi Prætor, ff. de rebus eorum, qui ſub tutel. vel cur. ſunt*, vbi ſi 21
Prætor tutoribus permiſerit, vt pupillare prædium venderent, & illi hoc obligauerint, non videntur eiuſdẽ voluntati paruiſſe. Ratio eſt, quod omnis alienationis ſpecies, cauſſæ cognitionem requirat, *l. magis puto, §. non paſſim, ff. eod. tit.* quæ hoc caſu non interuenit. Pupilli enim aliquãdo magis intereſſe

Digitized by Google

poteſt, vt prædiũ vendatur, quam vt pignoris nomine obligetur *l. ſi fundus 13. cod. t.* ꝙ ipſe hoc modo in plures ſumtus incidere poſſit. Non abſimile exemplum ſuppeditat *l. final. C. de præd. decur. ſine decret. non alien.* vbi decuriones prædia ſua donare non prohibentur ſine interpoſitione decreti: vendere tamen non poſſunt. Quæ res ſi quẽ admiratione defigat, is mirari deſinet, ſi perpenderit ſacras conſtitutiones de pretio duntaxat locutas eſſe, & conſequenter ceteros cõtractus non prohibuiſſe. Deinde, quod quis nõ tam facilis eſt in donãdo, quam in vendendo, vbi conueniens pretiũ ſperet, quæ res in fraudem curiæ plerumq; ſuſcipi ſolet. Idem etiã defendere licebit in definitione *c. cum in illis, §. cum autem, item c. cui de non ſacerdotali, de præbend. in 6. verſ. ſimiliter*, quod ſi mandetur, vt alicui integra præbenda cõferatur, vel certi valoris, & eidem concedatur præbenda minoris æſtimationis, qua ille cõtentus eſſe velit, non valere huiuſmodi collationẽ. Quamuis n. volenti non fiat iniuria *l. non videntur, ff. de reg. iur.* tñ voluntati & honori mandantis non cõſulitur. His reſpõdet *c. inter corporalia, c. quanto, c. licet, de translatione epiſcopi*, vbi qui põt propria auctoritate, ſi ad ſublimiorem dignitatẽ vocetur, tranſire, id facere ꝓhibetur, ſi dignitas vel inferior, vel æqualis duntaxat ſit, ꝙ huiuſmodi priuilegia a ſolo Pontifice concedantur, & eius mens non videatur, vt ad æquales ſedes aſpirando, beneficium ſuum contaminet.

22 Quarta eiuſdem † Bartoli cõcluſio eſt, ꝙ ſi expreſſi fuerint duo caſus, qui cõiunctim obuenerint, vt referat, an verſemur in materia fauorabili, an vero odioſa, vt illic plenior interpretatio probanda ſit, *l. ſi ita ſcriptum 13. ff. hoc tit.* Hic vero reſpuenda *l. vim paſſam 39. § præſcriptione, ff. ad legem Iuliam de adult.* Bartoli definitionem amplectuntur *Bald. n. 4. Ang. n. 5. Alciat. n. 35. Marian. Soc. nu. 54. Iaſ. n. 24. Barth. Soc. in l. 2. ff. de verb. oblig. n. 11. & 12. Zaſ. ibid. num. 10. Caſtr. num. 2. Iaſon in l. Titiæ textores, ff. de legat. 1. num. 19. Alexand. conſ. 96. lib. 2. Marc. Aquilin. hic in verb. ſed hac ſententia, num. 84.* vbi in hanc ſententiam allegat Cæpol. Coraſ. Natt. Curt. Iun. Cagnol. Gomeſ. & Benincaſium, Nicol. Euerhard.

23 *in loco ab æquipollentibus, nu. 16.* Ceterum † aduerſantur multæ leges, *vt l. hoc legatum 45. ff. de legat. 3. l. Titia textores 36. §. 1. ff. de legat. 1.* vbi in materia teſtamentaria cauſſa mixta nõ continetur ſub ſimplicibus, eodemque pertinet *l. ſpadonem 15. §. qui iura multa, ff. de excuſat. & §. qui accepit, ff. eodem, item l. 3. §. generaliter, ff. de eo quod cert. loc. l. adeo, §. ſi quis ex alien. ff. de acquir. rerum domin.* quæ leges omnes in fauorabili materia videntur loqui. Accedit, quod *l. veteris. infr. de contrah. & committend. ſtipul. & l. cum ſeruus 82. ff. de cond. & demonſtr.* generaliter videatur colligi, quod pronuntiatione ſimplicium id, quod mixtũ eſt, non cõprehendatur. Occurrit deinde & alia difficultas contra hanc Bartoli diſtinctionem ex *l. ſi ita 14. ff. h. t.* vbi in exheredatione, quæ procul dubio odioſa eſt, *l. cum quidam 19. hoc tit.* tamen pronuntiatione ſimpliciũ vtramque contineri animaduertimus.

Vt igitur ex † propoſitis difficultatibus emergamus, non intempeſtiua videri poſſet 24
doctrina Zaſii *in d. l. 2. num. 11.* diſtinguentis, intereſſe, vnde rerum mixturam metiamur, an ex ſpecie, quæ ex diuerſis conſtetur, *vt §. cum quis ex aliena, Inſt. de rer. diuiſ. itẽ l. adeo, §. cum ex aliena, ff. de acq. rer. domin.* an participatione, quemadmodũ participiũ partim mutuatur a nomine, partim a verbo: & donatio cauſſa mortis vtriuſq; iuris, id eſt, vltimæ voluntatis, & contractuũ nonnulla habet inſignia, *Inſt. de donat. § 1.* an deniq; concurſu diuerſarum qualitatum, veluti ſi in vno & eodem homine diuerſæ qualitates cõcurrant, ꝙ & doctor ſit iuriſprudentiæ & medicinæ, aut ꝙ doctor ſit & miles. Primo caſu, ſi propter rerum mixturam res in ſua initia redigi nõ poſſit, appellatione ſimpliciũ, quod mixtũ eſt, non cõtinebitur, *d. §. cum ex aliena, & l. ſed ſi meis 26. ff. de acq. rer. dom.* Secundo vero caſu & tertio, regulariter definiendum eſſe exiſtimat, ꝙ ea, quæ cõſtituta ſunt in ſimplicibus, non ſint reſpuenda in participatione, vel concurſu diuerſarum qualitatũ, *l. per adoptionem 35. ff. de adop. l. falſa 23 § 2. ff. de cond. & demonſt. d. l. ſi ita ſcriptum 13. hoc noſtro tit. l. Titia textores, ff. de legat. 1. l. Clemens patronus 81. ff. de hered. inſtit.*

In hac Zaſii traditione † primũ membrũ 25
extra difficultatem eſſe puto, ſecundum vero paulo aliter moderandum, vt vna cum Barthol. Socino *in d. l. 2. num. 1.* & Marco Aquilino *hic num. 85.* ſtatuamus, † regulariter 26
appellatione ſimplicium, quod mixtum eſt, non contineri, *d. l. veteris, C. de contrahend & committend ſtipulat. & d. l. cum ſeruus 82. ff. de cond. & demonſt. l. Titia textor. 36. ff. de legat. 1. §. 1. d. l. vim paſſam, §. præſcriptio e, ff. ad l. Iul. de adult. l. 1. ſup. de iur. emphyteut.* vbi emphyteuſis, quæ partim ex emtionis, partim ex locationis legibus conſtabat, propriam habet

naturam

naturam atque effectus peculiares. Idem etiam euenire animaduertimus in actione, de præſcriptis verbis, quæ datur ex huiuſmodi factis, quæ quã proxime ad emtionẽ vel locationem accedunt, *vt l. naturalis, §. et ſi quidẽ, §. at cum do, ff. de præſcriptis verb.* aliud nomen & effectum ipſi cohærentem adſciſcit, vt etiam animaduertere licet in aliis eiuſdem tit. caſibus. Huc referri poteſt, *§. quadam, Inſti. de actionib. item l. 1. §. interdictorum,*
27 *ff. de interdictis.* Hinc † recte inferimus, quod ſi cui hoc beneficium conceſſum ſit, vt diſpenſare cum illis, qui ex inceſtu vel adulterio nati ſunt, poſſit, quod is hanc gratiam eis impartiri nequeat, qui vtroque vitio infecti ſint. Primo, quod repugnet regula a nobis conſtituta. Si enim mixta diſpoſitio pronũciatione ſimplicium proprie contineretur, fruſtra nominibus diſtingueretur, *l. ſi idem, infr. de codicill. d. l. vim paſſam, §. præſcriptione,* Deinde quod odia reſtringenda ſunt interpretatione non augenda, *l. cum quidam hoc noſtro tit.* ne indigni obrepant ad honores ſuæ conditioni non conuenientes, *l. vt gradatim, §. 1. ff. ad municipal.* Tertio, quod in omnibus priuilegiis & facultatibus diſpẽſandi a verbis nulla ratione diſcedendum ſit, *c. porro, extr. de priuileg.* Quarto, quod in his, quæ Principi ſeruata ſunt, nõ liceat de ſimilibus ad ſimilia, nedum ad maiora argumẽtari, *cap. inter corporalia, de tranſlat. epiſcop.* ꝙ ipſum etiam in præſenti quæſtione defendunt Franc. Aretin. Barthol. Socin. *dict. l. 2. num. 15. Iaſon ibid. nu. 4. Bologn. nu. 165. Molin. nu 51. & ſeq. Fortun. in hoc noſt. §. num. 153.* Et quamuis Bartol. *in d. l. 2. nu. 2. Zaſ. num. 16. Alciat. n. 44 Galliaul. n. 14.* Bald Ang. Imol. Roma. Alexand. Panorm. Felin. Deci. Crotus, Præpoſitus, & nonnulli alii, quos commemorat & ſequitur Marcus Aquilin. *hic in verb. ſed hac ſententia, nu. 107.* diuerſum probent, tamen conuinci poterunt per contrariam eiuſdem Bartoli traditionẽ, in hac noſtra lege, dũ admittit in materia odioſa appellatione ſimplicium mixtã cauſſam non contineri. Nec obſtare putamus definitionẽ *l. ſi ita facta, ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſt.* quia, vt recte obſeruauit Cuiac. eodem loci particula, *ve*, quemadmodum etiam dictio, *ſeu*, proprie diſiunctionis naturam non obtinet, *vt l. ſi quis ita, ff. de auro & argen. legat.*

Porro cũ nulla regula ſit, quæ ex circumſtantiis aliam interpretationem non recipiat, ita quoque & hic comparatum vide-
28 mus, vt ſi voluntas teſtatoris † contrarium ſuadeat, eandem amplectamur, *l. ſi ita ſcriptum 13. ff. hoc noſtr. tit. item l. clemens patronus 81. ff. de hered. inſtit.* Etenim voluntas teſtatoris inde colligitur, quod in vtrumque caſum ſeparatim prouiderit. Vnde cum naturæ facto vterque caſus obtigerit, neque filius neque filia præteriti cenſeri poſſunt. Mouet enim conſideratio *l. fin. hoc tit. de poſthum hered. inſtit.* indignum eſſe, ſi pœnas præteritionis ille patiatur, qui liberos reuera non præterierit, quique interrogatus de ſenſu verborum ſuorum, nullam aliam interpretationem daturus fuerit, *argum. l. tale 40 §. fi. ff. de pact.* Accedit, quod etiam ratione perplexitatis, quando duo per dictionem, *vel,* inſtituti ſunt, oratio diſiunctiua in coniunctionem reſoluatur, *l. cum quidam, infra, de verbor. ſignific.* Deinde notandum eſt, hunc concurſum duorum caſuum vix in ea cauſſa cenſeri poſſe, vt aliquam mixturam conſtituant, cum hic duæ qualitates, neque participatione, neq; etiam cõcurſu in vno ſubiecto deprehendãtur, ſed diuerſi ſint caſus, in quos teſtator ſeparatim conſuluerat. Pari fere ratione idẽ decerni animaduertimus *in l. Titia textores 36. ff. de legat. 1. in prin.* quod teſtator legando vni textores, & alteri vernas, & excipiendo duntaxat eos, quos alteri hoc teſtamento legaſſet, nequaquam excepiſſe videtur, in quib. vtraq; qualitas concurreret, adeo vt ſecundum mentem ipſius teſtatoris, inter legatarios diuidantur.

Idem etiam † defendi poteſt non ſolum 29
in vltima voluntate, quæ tanquã fauorabilis etiam benigniorem interpretationẽ plerunq; meretur, vt Bart. ſecundum eũ, quæ antea propoſuimus obſeruauit, ſed etiam in aliis diſpoſitionibus, *l. is qui in puteum 11. §. interdictum, ff. quod vi aut clam.* Vnde colligimus, ꝙ ea, quæ cauta ſunt de eo, qui vi aut clam aliquid inſtituit, etiam locum habeãt, ſi vtraque qualitas concurrat, neque illud alienum a ratione videri debet, cum occurrat illa regula, ſi illud quod minus verum videtur, verum eſt, vtique & id, quod magis *l. ſi non ſinguli, ſupr. de reb. cred. l. ſi quando, ſupr. de inoff teſt.* Abſurdũ enim eſſet, illum, qui plus peccauit, non teneri interdicto, cum is, qui vnum duntaxat commiſit, teneatur. Et ſi quis vrgeat, has cauſſas non commiſceri, ſed ſeparatas eſſe, non tendam magnopere, ſed ex quo circa vnum & idem opus concurrant, non ſecernam tamen a natura ſimplicium, cum eandem rationem habeant. Pari † ratione Bartolus *dict. leg. 2. ff. de verbor.* 30

Digitized by Google

obligat. putat, caſum mixtum etiam ſimplicibus adſcribendum eſſe ad vitandam contrarietatem, *vt d. l. 2 ff. de verb. obligat. & §. omnium, Inſtit. de actio.* Quæ res tamen dubitatione non caret, quod illud, quod deſit vno in loco ex aliis ſuppleri poſſit, *vt l. veteris, C. de contrah. & cōmit. ſtip.* Non alienum tñ eſſet hanc ipſius conſiderationem admittere, idque ob præſumtam voluntatem legislatoris, *vt d. §. omnium*, idque in his, quæ nullum peculiarem effectum, aut rationē, quæ ſimplicibus non cōueniat, complectātur. Non enim animaduerto, quomodo illud procedere poſſit, niſi per modum exceptionis incommodo poſtea medeamur.

Huc pertinet definitio §. *ille caſus hac noſtra l.* in verbis: *Iuliano tamen videretur duobus quaſi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur teſtamenta*, de quorum verborum expoſitione ibidem copoſius.

Hæc cōſideratio, quod voluntas teſtatoris, legislatoris, vel contrahentium, quæ ex verbis, ratione, vel circumſtātiis colligatur, efficere poſſit, vt mixta cauſſa ſimplicium diſpoſitioni accepto ferri debeat, etiam in in his vim ſuam exſerere videtur, quæ anomalam quandam † naturam meo iudicio 31 habent, & denominationem atque vires ex eo metiri videtur, quod excellat. Vnde imitantur quidem legem, atque regulas vnius ex ſimplicibus, alterius autem negligunt, quæ res multis exemplis illuſtrari poteſt. Actiones in rem trienii, aut decem vel viginti annorum ſpacio ſubmouentur *l. vnic. C. de transform. action.* Actiones in perſonam triginta annos requirunt, *l. ſicut, C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* petitio hereditatis mixtam quandam naturam obtinet, vt in rem ſit, & in perſonam, *l. hereditatis, ff. de petit. heredit.* & propterea non niſi triginta annorum interuallo exſtingui poteſt, *d. l. hereditatis, item l. hereditatem, infr. in quib. cauſ. ceſſat long. tempor. præſcript.* quod perſonale vinculum tanquam efficacius huiuſmodi definitionem ſuaſiſſe videatur. Si quis alicui ea, quæ vxoris cauſſa parata ſunt, legauerit, & quædam ſint, quæ communis & promiſcui vſus, tam mariti quam vxoris cauſſa parata eſſent, & quæſtio moueatur inter legatarium & heredem, cui hæc cedere debeant, præferetur heres, *l. hoc legatum 45. ff. de legat. 3.* Ratio eſt, quod conſideremus potius perſonam mariti tanquam dignioris, quam vxoris, *l. 1. ff. de ſenatoribus.* Tertium exemplum proponi poteſt in cauſſa emtionis & locationis, *l. locatio, §. adeo autem, ff. locati*, in quæſtione, an emtio ſit vel locatio, ſi cum aurifice conuenerit, vt is ex ſuo auro certæ formæ & ponderis pateras vel annulos efficeret, etenim materiæ conſideratio præualet, & emtionem conſtituit. Huc referri poteſt *l. tenetur, §. ſi vendidi, ff. de action. emt. & vend. l. quaritur, ff. de ſtat. homin.* & ea quæ ſcripta reliquit Did. Couarruuias *lib. 2. reſolut. cap. 4. nu. 6. Tiraq. de retract. conſang. §. 30. gloſſ. 1. num. 9.* vbi infinitos auctores allegat. *arg. cap. ad quæſtiones, extr. de permutat. Arrius Pinell. in explicat. l. 2. ſupr. de reſcind. vend. in ſecunda parte rubricæ, cap. 4.* vt ſi tractetur, an aliquid cenſeri debeat iure permutationis aut venditionis, inſpiciamus, quod pluris eſt, vt ſi pretiū præponderet, venditio eſſe ſtatuatur, ſi ſpecies permutatio. Quæ doctrina tamen eo caſu procedit, quo contrahentes nihil aliud nominatim cauiſſent, *l. ſi in emtione, ff. de contrahend. emt. l. 1. ſupr. de rer. permut. l. ſi ſponſus, §. circa, ff. de donat. inter vir. & vxor. Andreas Tiraq. loco allegato, num. 2. Arrius Pinell. d. c. 2. num. 2.*

Porro, excellentiam † rei non ſolum ex 32 eo, quod plus eſt, aut cauſſis iam relatis definimus, ſed etiam ex aliis rationibus. Si enim ponamus aliquem & impuberē eſſe, & etiam dementem, & quæri, vtrum tutor ipſi dandus ſit, an curator, tutorem dandum eſſe reſpondet Iuriſconſultus, *in l. 3. ff. de tutel.* Ratio eſt, quod cauſſa naturalis accidentali præferri debeat. Si quid certo loco promiſſum ſit, mixta rerum alternatio locorum alternationi, ex neceſſitate facit actoris electionem, & rem propter locum, alioquin ait Iuriſconſultus *in l. arbitraria 2. quæ alias incipit, non vtique, verſ. & generaliter, ff. de eo, quod cert. loc. dar. oport.* tollis ei actionem, dum vis ſeruare rei optionem.

Hæc igitur de diuerſorum † caſuum vel 33 qualitatum mixtura, vel concurſu ſuffecerint. Reliquum eſt, vt progrediamur ad ſecundam eamque principalem partē, quando verba per modum conditionis ſunt prolata. Hic rurſum diſtinguit Bart. *nu. 3.* vt interſit, an caſus ſit ſimilis, an vero † diſſimilis 34 expreſſo, vt hic caſus omiſſus nullo modo ſubaudiatur, ſed relinquatur diſpoſitioni iuris communis, *l. ſi cum dotem, ff. ſolut. matrim. l. ſi ita quis, §. 1. ff. de legat. 2. l. fin. Cod. de his, qui ven. ætat. impetrau. & l. commodiſſima, hoc tit.* Sed ſane haud ſcio, an hanc Bartoli enunciationem, vt concepta eſt, amplecti debeamus.

Digitized by Google

mus. Quid enim affinitatis & ſimilitudinis habet emancipatio cum morte alicuius? Atqui nos animaduertimus, idem iuris vtroq; caſu conſtitui *in l. mulier 22. ff. ad SC. Trebell. & aliis legib.* quas poſtea perſequemur. Fatẽdum tñ eſt, hanc Bartoli definitionẽ regulariter ꝓcedere, & exceptionẽ illius probandam, qui contrarium dicat. Porro ſi caſus o-
35 miſſus ſit † ſimilis expreſſo, hic rurſum ait referre, an ſit conditio neceſſaria ad actum ipſum, vel effectum actus, an deniq; voluntaria, vt hic quod in vno caſu dictũ eſt, non porrigatur ad alium, *l. qui heredi 44. ff. de condit. & demonſtr. l. Meuius 55. eod. tit.* illic autem plenior interpretatio admittatur, *dict. l. mulier, ff. ad SC. Trebell. & l. ſi mater, de inſtit. & ſubſtit. l. ſi ita, ff. quand. dies legat. ced.* Bartolo calculum adiiciunt Bald. *hic n. 4. Marian. Socin. n. 54. Iaſ. n. 25. Marc. Aquilin. in verb. ſed hæc ſententia, nu. 109. Nic. Euerh. in ſuis locis legalib. in loco ab æquipollentib. n. 16.* Exẽplum conditionis neceſſariç ad ipſum actum proponi poteſt, in hoc noſtro §. vt enim inſtitutio nepotis locũ habeat, neceſſarium eſt, vt filius ſuorum loco deſierit eſſe, ſiue morte, ſiue deportatione, aut ſimili ex cauſſa, exemplum cõditionis ad effectum actus, ſubminiſtrat *d. l. ſi mulier, & ſimiles leges.* Etenim vt filius bonis a matre relictis cũ effectu potiri poſſit, requiritur vt ſui iuris ſit, cum alias ſecundum iura digeſtorum patri omnia bona filio delata acquirerentur, & nunc ad minus adminiſtrationem habeat, *l. cum oportet, infr. de bon. quæ liber.* ſiue igitur ꝑ mortem patris hæc facultas tribuatur, ſiue per emancipationem, ſemper idem ius conſequitur.

Hæc doctrina Bartoli nedum periculoſa eſt, ſed meo iudicio in multis † vera non
36 eſt. Repugnat n. primæ diſtinctionis membro definitio *l. fideicommiſſa, §. ſi cui, ff. de legat. tertio*, vbi non ſufficit emancipatio, ſed mors exſpectanda eſt. Præterea, *l. final. ſupra de his, qui ven. ætat. impetrau. item cap. ſuſceptum, de reſcript. in ſexto, l. commodiſſime 10. hoc titul. item noſter §. in tantum*, in quibus etiam euentus conditionis requiritur, vel ad actum ipſum vel ad effectum actus, & tamen productioni locus non eſt. Deinde vrgetur omnibus illis incommodis & auctoritate earum legum, quas pro defenſione primæ ſententiæ ordine complexi ſumus.

In eadem pene cauſſa, ſecundum membrum diſtinctionis cenſeri poſſit, quamuis illud probabilius videatur. Etenim incidit in non mediocrem difficultatem ex collatione *l. mulier, §. fin. ff. de condition. inſtitut.* vbi conditioni de inſtituendo paretur, ſi duntaxat ſubſtitutio interueniat, *item l. idem credendum eſt, §. fin. ff. qui pet. tut. & curat. ten.* vnde edocemur conditionem, ſi quis inteſtatus deceſſerit, effectũ ſortiri in perſona pupilli, qui tamen proprie inteſtatus dici non poteſt. Tertio, *l. ſi fundus, ff. de condit. & demonſtrat.* quæ demonſtrat conditionem de ſolutione in perſonã pupilli vel furioſi collatam, ex eo impleri, quod tutori vel curatori ſoluatur. Quarto, *l. in conditionibus 19. §. ſi patronus, ff. eodem tit.* quæ manifeſtat conditionem de herede loquentem, effectum ſortiri per bonorum poſſeſſionem. Quinto, *l. ſi peculium, §. 1. ff. de ſtatulib.* quæ coarguit conditioni de ſoluendo ſatisfieri, ſi quis iure compenſationis vtatur.

Vt igitur in propoſitis difficultatib. quid meæ ſententiæ ſit oſtendam: conſtituo regulam † generalem, conditioni in forma, 37
quæ præfinita eſt, obtemperandum eſſe, vel euentum ſuum exigere ſine diſtinctione, an diſſimilis, vt *l. cõmodiſſime, decima, hoc titul. & hoc noſtro paragrapho, & quid ſi tantum*, dum de emancipatione loquitur, item *l. pater Seuerianam 101. ff. de condition. & demonſtration.* ſiue ſimilis, vt in cauſſa ſeruitutis & mortis, & *in §. ſequenti, quid ſi is, qui filium*, item deportationis & mortis, ſecundum interpretationem noſtrorum Doctorum, *vt hoc noſtro § item l. ex facto, §. ſi quis rogatus, l. cum pater 77 § hereditatem, ff. de legatis ſecundo*, ſiue neceſſaria ſit, ſiue voluntaria, *vt hoc noſtr. §. & quid ſi tantum, item, dict. leg. commodiſſime, l. ſi cum dotem, ff. ſolut. matrimon. l. fideicommiſſa 11. §. ſi cui, ff. de legat. tertio. capit. ſuſceptum, de reſcript. in 6. l. final. Cod. de his, qui ven. ætat. impet.*

Ceterum, cum nulla iuris definitio ſit, quæ ex cauſſis † & circumſtantiis modera- 38
tionem ſuam non recipiat, ita & hic euenire videmus. Vnde animaduertendum eſt, differentiam inde petendam non eſſe, an caſus ſimilis ſit, an diſſimilis, item an conditio neceſſaria ſit, an vero volũtaria. Quamuis n. libenter concedam has conſiderationes nonnihil adminiculi adferre poſſe, tñ præcipuum fundamentum in eo conſtitui debet quod cauſſæ a nobis commemoratæ eiuſdẽ ſint effectus, & propterea ex circumſtantiis iuri cognitis & confirmatis hanc benignam interpretationem meruerint. Exemplo res impedita illuſtrari poterit.

Digitized by Google

39 Si quis alicui ſub hac conditione † quid relinquat, ſi morte parentis ſui iuris effectus ſit,& ipſe emancipatione hoc prærogatiuæ conſequatur, ex circumſtantiis cenſebitur conditioni ſatisfactum eſſe vel minus. Etenim,ſi extraneus hanc conditionem adſcripſerit,non proderit emancipatio, ſed legatarius huius relicti cōmodum tunc demum reportabit,cum parens eius in fata conceſſerit,*l.fideicōmiſſa 11.§.ſi cui,ff.de legat.3.* Cum enim hic duo propoſita fuerint,quod ſui iuris fieret, & per mortem parentis hoc adſequeretur,eaque res tacitum tempus ſiue dilationem complectatur, & propterea coniunctim requirātur, non poteſt quis defungi,ſi probet vnum duntaxat interceſſiſſe, *l. 4.§.docere,ff de vi bonor. rapt. action. c. Piſanis, extr. de reſtitut. ſpoliat.* ſed de vtroque conſtare debet,*d. l.fideicommiſſa,§.ſi cui ff. de leg.3.* Et quamuis in caſu. *d.* §. nō diſtinguatur, ex qua cauſſa ſui iuris fiat,tamen exigitur,vt talis reddatur, & ſi hoc maturius contigerit, vt exſpectet,quoad mors parentis ſuperueniat. Diuerſa autem cauſſa eſt,ſi mater hanc conditionem adiecerit,*l. ſi mater,ſupr. de inſtit.& ſubſtit.l.ſi mulier 22 ff.ad SC.Trebell. l.ſi ita,ff.quand.dies legat.ced.*

40 Ratio † diuerſitatis comprehenditur, *d. l.ſi mulier*, quod ex quo mater his, quæ a ſe relicta eſſent,liberos ſecure frui vellet, & ex hac cauſſa conditionē mortis paternæ, qua ſuæ auctoritatis conſtituerentur, adieciſſet, quod non credidiſſet patrem eos emācipaturum,non dilatura pro affectione naturali in liberos,fideicommiſſum in tempus mortis,ſi ſperaſſet virum ſuum,qui diuortiū cum illa fecerat,proles emancipaturum, intelligatur voluntatem ſuam,etiam in tempus emancipationis contuliſſe. Tametſi enim emancipatio morti ſimilis non ſit,vt & antea admonui, tamen cum illud præſtet, quod mater in votis habebat, eaque nō poſſit intelligi dilationis conſilio tempus mortis adſcripſiſſe,recte pecunia,quæ certo tempore ſoluenda erat,repræſentanda eſt. Multæ itaque conſiderationes hāc definitionem extorſerunt. Primo, quod emancipatio eundem effectum haberet. Secundo, quod voto matris vel parentum conueniret, vt liberi fideicommiſſi emolumento, primo quoque tempore potirentur. Tertio, quod conditio adſcripta, ea opinione adiecta fuerit, quod non ſperaret filios ſuos alia ratione in ſuam tutelam peruenturos. Et quamuis fateri conueniat, hic conditionem neceſſariam ad effectum actus intercedere,tamen conſtituo hanc conſiderationem ad inducendam huiuſmodi diſpoſitionem, duntaxat adminiculi vice perfungi, quod tamen, ſi deeſſet,hanc ipſam diſpoſitionem non vitiaret.

Porro non hæ circumſtantiæ duntaxat,
ſed etiam aliæ impetrare poſſunt, vt a † cō- 41
muni definitione, conditioni in ea forma, quæ præſcripta eſt, parendū eſſe, vel euentum ſuum requirere, recedere cogamur, ſi legis auctoritas ex iuſtis cōiecturis hoc conciliet, cuius rei argumentum locuples præbere poteſt,*l 4.ff.de vulg.& pupil ſubſtit.item l. quamuis,ſupr. de impub. & aliis ſubſtit.* dum ibidem ſtatuitur, quod vulgaris ſubſtitutio
pupillarem † vi ſua tacite complectatur, cu- 42
ius rei rationes ibidē perſecuti ſumus, † item 43
l. cum proponas, ſupr. de hered. inſtit. quod is, qui ſeruo inſtituto ita ſubſtituit, ſi Stychus heres meus non erit, Sempronius heres eſto, exiſtimetur, quid tale dicere, ſi neque Stychus heres erit,neque alium heredem fecerit. Quod ſi autem eum, quem liberum putat eſſe, heredem ſcripſerit,hoc ſermone,ſi heres non erit, nihil aliud intelligatur ſignificare, quam ſi hereditatem ſibi non acquiſiuerit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit. His reſpondet aliud exemplum propoſitum, *in l.fin. ſupra de inſtitut. & ſubſtit. ſub condit. fact.* vbi ſubſtitutio
in illum † caſum facta,ſi filius non naſcetur, 44
etiam alio caſu admittitur, quo natus intra pubertatem decederet, cuins rei argumento idem in cōtrario caſu probare poſſumus, veluti ſi pater cum vxorem prægnantem vi-
deret, inſtituerit poſthumum, & ſi † intra 45
pupillarem ætatem moreretur, fratrē ſubſtituat,vt etiam intelligatur ſubſtitutus eſſe, ſi poſthumus ex cauſſa abortionis natus nō ſit,vt tradiderunt Bart. *in l.1.ff.de vulg.& pupill.ſubſtit.num.33. Alberic.in rubric.hoc titul. num.23.Iacob.Menoch.libr.4.præſumt. 65.numer.13.* vbi infinitos in hanc ſententiam allegat, confirmans hoc modo aſſertionem Craſſi oratoris, qui cum Marcus Coponius teſtator, Marcum Curiū heredē his verbis feciſſet,*ſi mihi poſt mortem meā in decē menſib. proximis filius natus erit,heres eſto, quod ſi is antequam in tutelam ſuam venerit, moriatur, tunc in locum partemue eius Marcus Curius heres eſto,* natus non eſt poſthumus, Marcus Curius ſubſtitutus apud ſeptemuiros petebat hereditatem: Scæuola agnatos Coponii ex eo defendebat,quod conditio propoſita euentum

tum

Digitized by Google

tum ſuum non habuiſſet, voluntatem teſtatoris vrgebat Craſſus orator, quod veriſimile non eſſet, poſthumo ſubſtitutum eo caſu, quo impubes moreretur, ſi illũ noluiſſet, etiam admitti alio caſu, quo minime natus eſſet. Etenim vt oſtendimus *dict. leg. fin. ſupr. de inſtit. & ſubſtit.* fauorabilior videtur eſſe cauſſa heredum ab inteſtato, maxime autem matris luctuoſam hereditatem filii ſibi aſſerentis, quam ſi tractetur, non de poſthumi hereditate, ſed ipſius teſtatoris, vnde cũ illo caſu admittatur extenſio, etiam in contrario admittenda videtur, argumen. *l. etſi contra 35. ff. de vulgari & pupillari ſubſtit. item l. fin. ff. paragraph. fin. ff. de legat. tertio*, quamuis videatur aduerſari definitio, *l. final. hoc titul. de poſthum. heredib. inſtit.* collatione facta cum *l. commodiſſime, hoc tit.* Qua de cauſſa nihil certi in præſentia decido, quamuis Doctorum ſententiam non improbabilem exiſtimem, poſſent tñ cauſſę emergere, quę euincant teſtatorem habuiſſe maiorẽ cauſſam pupillo Curiũ ſubſtituendi, vt pote materno ſanguine coniunctum, quam ſibi.

Huc referri præterea poteſt notiſſima
46 noſtrorum Doctorum traditio, quod † hæc formula ſubſtitutionis, ſi Titius heres non erit, Seius heres ſit, non ſolum hæc duo capita complectatur, ſi heres eſſe non potuerit, vel heres eſſe noluerit, ſed etiam quod ſubſtitutio in vnum caſum facta, ſi heres eſſe non potuerit, complectatur etiam caſum illum, ſi heres eſſe noluerit, Bartol. *in l. prima, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. numer. 14. & ibid.* Barbat. atque Alban. *in ſuis addit.* Franc. Aretin. *nu. 9.* Alexan. *num. 11.* Barth. Socin. *nu. 14.* poſt Ang. Imol. Caſtrenſ. Bald. & alios ab eodem allegatos. Iaſon *nu. 24.* Ripa *n. 89.* Zaſ. *ibid. nu. 18.* Panormitanus *in c. ſciſcitatus, de reſcript.* & ibidem Felyn. *num. 15.* Decius *num. 5.* Didac. Couar. *in c. Raynutius §. 4. nu. 30.* vbi hanc opinionem cõmunem eſſe ſtatuit. Pro confirmatione huius opinionis allegant præſentem noſtrum, §. *deinde, l. cum proponas, ſupr. de hered. inſtit. l. ſi paterfamilias 40 ff de hered. inſtit.* præterea *l. Titius, §. Lucius hoc tit.* Ceterum ſi rem paulo accuratius
47 expendere † velimus, hæc ipſa doctrina ſuo ſcrupulo non carebit. Etenim iamdudum oſtendi definitionem noſtri §. non ſuffragari, ceteræ leges conceptæ ſunt in caſus diuerſos. Aduerſatur deinde deciſio, *l. pater Seuerianum 101. ff. de condit. & demonſtr.* vbi conditio collata in caſum voluntatis, locum non habet, ſi per ætatem conditioni parere nequeat, quod nolle non dicatur, quæ nondum matura connubio eſt, idem in diuerſo caſu probari videtur, ex *c. ſciſcitatus, extr. de reſcrip.* vbi reſcriptum in hæc verba compoſitum eſt: Si omnes intereſſe nequiuerint, non habet locũ in cauſſa contrariæ voluntatis, in verba ſequẽtia. *Nec enim ille, qui tantummodo non vult intereſſe, hac impoſſibilitatis interpretatione valeat aliquatenus excuſari, niſi forte ſic reſcripto habeatur expreſſum, ſi non omnes interfuerint, vel ſimul nequiuerint aut noluerint intereſſe.* Huc etiam pertinet *l. Iulianus 26. in prin. ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. ab inteſt. vel alio mod. poſſid. hered.* vbi duo caſus cõprehenduntur, in quibus ab vno ad alterum non fiat extenſio, vnus n. loquitur de cã potentiæ vt vocant, quæ effectum ſuum non ſortitur in cauſſa repudiationis, ſecũdus autem de caſu voluntatis. Vrgent vltimo omnia pene argumenta, quæ pro defenſione primæ partis propoſuimus.

Ex his & ſimilib. animaduertimus communem ſententiã non carere ſcrupulo: pro
confirmatione tñ ipſius adduci poteſt, † *cap.* 48
prudentiam, §. adiicimus, ext. de offi deleg. vnde intelligimus, q̃ ſi clauſula in cõmiſſione appoſita ſit, ſi omnes intereſſe nequiuerint, duo nihilominus eam exſequãtur, & aliquis ex ipſis, cũ poſſit, noluerit intereſſe, reliquos nihilominus procedere poſſe, quamuis ille tertius grauiſſime redarguendus ſit, q̃ mandatum Apoſtolicũ exſequi ſubterfugiat, licet dici poſſit, illud peculiare eſſe in cauſſis iuſtitiæ, ne in vnius poteſtate verſetur mandatum Apoſtolicum eludere, aliud aũt obtinere, ſi veram verbi ſignificationem intueri velimus *c. ſciſcitatus. de reſcript.* quæ reſponſa cum vnius ſint Cœleſtini pontificis, duplicẽ conciliationẽ recipere poſſunt: Primam, q̃
Cœleſtinus *d. c. ſciſcitatus* † verborũ proprie- 49
tati ſeruiat, hic aũt ob rationem, cuius mentionẽ fecimus, pleniorẽ interpretationem accõmodet. Alteram quæ magis placet, q̃ *c. ſciſcitatus* exaudiri debet, de officio illorum, qui ita cum aliis deſignati ſunt, vt ſi vnus intereſſe nequeat, reliqui nihilominꝰ cãm expediant, vt non videatur voluntati eorum commiſſum, velint an nolint in minori numero cauſſæ cognitionem ſuſcipere, ſed vt ita demum hoc poſſint, ſi ex aliqua cauſſa, ſiue de iure, ſiue de facto id facere prohibeantur. Non erunt itaque excuſati, ſi prætextu huius clauſulæ intereſſe nolint, ſi tamen eo temeritatis progrediantur, poterunt ipſi conuenienti pœna a committen-

Digitized by Google

te affici. Porro, ne iuſtitiæ cauſſa interea temporis periclitetur, reliqui per ſe controuerſiam dirimere poſſunt, *vt in dict. §. adiicimus.*

Occurrit deinde & aliud exemplum circa hanc inſpectionem, vbi cõditio in caſum mortis concepta, per ingreſſum monaſterii
50 effectum ſuum ſortitur † *l. Deo nobis, C. de epiſcop. & cleric.* Etenim ſi pactis dotalibus comprehenſum ſit, vt pars dotis vel donationis propter nuptias, poſt mortẽ alterius, apud ſuperſtitem remaneret, & maritus vel vxor huic ſeculo renuntiet & monaſticam vitam amplectatur, illa perſona, quæ remanet in ſeculo, hoc lucri ab eo conſequitur, quod ex pacto per caſum mortis exigere potuit. Bartol. *ibid. num. 1. Bald. num. 10.* Qua in re notandum eſt, deſiderari in hoc exemplo illas conditiones, quas Bartol. requirit, vt caſus ſit ſimilis, cum vita monaſtica morti ex eo comparari nequeat, quod ex *dict. leg. Deo nobis, §. primo,* colligamus huiuſmodi perſonas nihilominus admitti ad ſucceſſiones paternas. Conſtituit deinde Aretin. *hic numer. vigeſimo*, hanc ipſam conditionem neceſſariam non eſſe, quod liberum matrimonium contrahentibus fuerit, vel hanc vel aliam conditionem adſcribere. Vis itaq; tota huius definitionis in eo conſiſtere videtur, ꝗ votum monaſticum in præſenti controuerſia plane eiuſdem effectus deprehendatur, cuius mors ipſa fuiſſet, quodque contrahentes interrogati, idem videantur reſponſuri fuiſſe, *l. tale 40. §. fin. ff. de pact.* Dixi in præſenti controuerſia: Etenim ſi qs nepoti aliquem ſubſtituiſſet, quo caſu ſine liberis mo-
51 reretur, & is in otium † ſanctum ſe contuliſſet, certum eſt, non ſtatim fore locum ſubſtituto, cum monaſterium bonis interea frui poſſit *d. l. Deo nobis, §. 1. & 2. C. de epiſc. & cleric.* de qua re diſſeruimus in *authent. ſi qua mulier, ſup. de ſacroſ. eccleſ.* An autem monaſterium huiuſmodi ſubſtitutũ plane excludat, materia eſt *c. in præſentia, extra de probat. & §. ſed & hoc præſenti, nouell. de ſanct. epiſcop.*

Hæc eadem conſideratio dirimit quæſtionem, quæ etiam cum aliis legibus eſſe videatur, *vt l. Statius Florus 48. §. Cornelio, ff. de iure fiſci, l. cum pater 77. §. hereditatem, ff. de legat. 2. l. ex facto, §. ſi quis rogatus, ff. ad Senatuſconſultum Trebell. l. ſed etſi mors 13. §. primo, ff. de donat. inter vir. & vxor. l. res quæ, C. eod. tit.*
52 Etenim † edocemur ex iiſdem legibus, deportationem non eſſe eiuſdem effectus, cuius vera mors eſſet, quod contingere poſſit, vt fideicommiſſarius prior moriatur, quam is, qui hac pœna affectus ſit, & ſic fideicommiſſum deficiat, item, quia, vt ait IC. *in d. §. Cornelio,* potuiſſet etiam alias res acquirere. Et quamuis hæ rationes in ceteris legibus non æque intercedant, tamen pro inſigni parte, quæque ſufficere queant, deprehenduntur, aut aliæ, quæ non minus præſtare videantur, interueniunt. Etenim *d. §. hereditatem, & §. ſi quis rogatus*, propterea deportatio morti nõ comparatur, quod teſtator de morte naturali ſenſiſſe intelligatur, & intereſſit eorum, quibus fideicommiſſum relictum erat, ne præmature ſoluatur, cum interea temporis aliqui mori poſſint, & ſic electio inter ſuperſtites duntaxat locum habere poſſet, *l. filiusfamilias 114. §. d. ni, ff. de legat. 1. in lege, ſed etſi mors, §. 1. ff. de donat. int. vir. & vxor. item d. l. res quæ,* mors mariti ex eo exſpectanda eſt, quod per deportationẽ matrimonium non diſſoluatur, & maritus donationem inter vxorem factam reuocare queat. Eſt & tertia eaque generalis ratio, quod deportatus reſtitui poſſit beneficio Principis *l. intercidit 59. §. 1. ff. de condit. & demonſtrat.*

In eadẽ † cauſſa etiam eſt *l. ex parte 121. §.* 53
penult. ff. de verb. obligat. quamuis enim ratio conſiderata, *in d. §. Cornelio*, hic non deprehendatur, quod ex definitione *§. ex cõditionali, Inſtit. de verborum obligat.* conſtet, ſpem huius obligationis in heredẽ tranſire, quãuis reus ſtipulandi prior vitam cum morte commutet, tamen vrget ratio illa generalis, quod reſtitui poſſit, quodque contrahentes de naturali morte duntaxat cogitaſſe intelligantur, Cuiacius *in dict. §. in inſulam,* Duarenus & alii complures. Diuerſa cauſſa eſt *l. 1. §. penult. ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabul.* vbi in deneganda bonorũ poſſeſſione contra tabulas deportatus pro mortuo habetur, & nepos in ipſius locum ſuccedit, quod huius beneficii capax nõ ſit. Pari ratione idem euenire animaduertimus *in leg. actione 65. §. publicatione, ff. pro ſocio,* vbi publicatione ſocietas dirimitur, quod alius in locum ipſius ſuccedat, adeo, vt quod ad cauſſam ſocietatis attinet, pro mortuo habeatur, cum ſocietatis commercia amplius ab eo exerceri nequeant.

His bene ſubductis, non † inconſidera- 54
te illi ſtatuiſſe videri poſſunt, qui negent deportationis cauſſam cum morte comparandam, præterquam in caſibus, quibus ſpecialiter id iure noſtro comprehenſum eſt,

gloſſ.

Digitized by Google

gloſſ. in cap. ſuſceptum, in verb. non morte, de reſcript. in 6. Iaſon in authen. ſi qua mulier, nu. 19. Curt. Senior conſ. 13. num. 2. quos refert & ſequitur Andr. Gail. lib. 2. cap 140. num. 18. ſed
55 tamen melius † meo iudicio pronuntiarunt Cyn. in d. l. Deo nobis, ſupr. de epiſc. & cler. Bald. ibid. num. 10. Salycet. num. 4 qui ait omnes ita communiter ſentire, Alexan. conſ. 13. libr. 3. num. 2. Alciat. in 2. lectur. hoc §. num. 4. & ſeq. Ruyn. num. 16. Fortun. num. 72. Gallhaul. num. 18. Marcus Aquil. in hoc §. in verb. quid enim ſi aqua & ignis, num. 26. vbi plures refert, inſpiciendum eſſe, an deportatio, interdictio aquæ & ignis, votũ caſtitatis emãcipatio, &c. plane eundem effectum habeãt, an minus, vt hic conueniens illatio de caſu ad caſum non ſit, illic autẽ diuerſum probemus, proponentes eius rei exemplum, in eo qui fi-
56 deicommiſſo poſt mortem † oneratus ſit, & ordinem mendicantium ſuſceperit, fideicommiſſario enim ex tali cauſſa ius quæſitum eſſe, quod huiuſmodi monaſteria hereditatem capere nequeant, de qua re in cl. exiui, quamuis non deſint, qui hanc opinionem oppugnent, vt videre licet apud eundem Marc. Aquilin. quod & hic ratio in dict. §. Cornelio, conſiderata vrgere videatur, quod ſcilicet fideicommiſſarius antẽ mortẽ heredis ab hac luce ſubtrahi poſſit, ita vt legitimis heredibus ſucceſſio deferatur. Ceterum cum edoceamur ex l. intercidit 59. §. 1. & 2. ff. de condit. & demonſtr. ſeruitutem eundem effectum habere, quẽ mors ſoleat, neque naturalem interitum amplius exſpectandum: idem in præſenti caſu profiteri licebit, vbi plane nulla ſpes eſt, quod ad ſeculum redire, aut ipſe vel monaſterium huiuſmodi hereditatis capaces eſſe poſſint, deinde quod non videatur veriſimile eſſe, teſtatorem, ſi de huiſmodi caſu cogitaſſet, aliter diſpoſiturum fuiſſe, l. tale. § final. ff. de pactis.

Quæ cum ita ſeſe habeant, abſurdũ quibuſdã videri poſſit, quod aliud ſtatui videa-
57 mus in leg. † fideicommiſſi, 11. §. ſi cui, ff. de legat. tertio, vbi cum emancipatio eundem effectum habeat ad liberandum quem patria poteſtate, quem adfert naturalis parentis interitus, tamen fideicomiſſi præſtatio in tempus mortis ſuſpenditur contra l. ſi mulier 22. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. & ſimiles. Sed duplex conſideratio hũc nodum diſſoluere poterit. Prima, quod hic §. vt ſupra dictum eſt, intelligatur de perſona extranei ſubſtituentis, quæ videatur conſideraſſe non ſolum effectum, vt filiusfamilias ſui iuris fieret, ſed etiam modum, vel potius huic cohærens tẽpus, ſi morte patris ſui iuris fieret, vt antea dictum eſt. Altera reſponſio ſiue ratio eſt, quæ ex priori conſideratione manat ſiue proficiſcitur, quod fieri poſſit, vt ante illud tempus rebus humanis eximatur, & ſic fideicommiſſum deficiat.

Hactenus expoſuimus † quæ in Bartoli 58
diſtinctione circa conditionem neceſſariam probanda viderentur. Reliquum eſt, vt diſpiciamus quid obtineat in conditione voluntaria. Et quidem quid Bartolus, Baldus, Iaſon, Alexander & ceteri Doctores ſupra a nobis relati, numero trigeſimo quinto, ſentiant, dilucide aperui, nempe hanc conditionẽ in forma, quæ præfinita eſt, impleri debere, neque illud, quod æquipollens ſit. boni conſului: oſtendi tamen multas eſſe difficultates, quæ circa hanc inſpectionem emergant, adeo † vt non abſurdam illorum 59
ſententiam ſtatuam, qui idem hoc caſu defendendum eſſe exiſtimant, quod ſuperiori, vt faciunt Alex. lib. 4. conſ. 100 nu. 7. Crauet. conſ. 59. nu. 5. Cephal. conſ. 166. nu. 54. Fortun. hic nu. 121. Phil. Dec. in c. de probat. col. 2. vt ſcil. hæc conditio per id quod tantundem valeat impleri poſſe videatur: conſtituo tamen non adeo faciles nos eſſe debere ad talem interpretationem faciendam, vt in ſuperiori inſpectione. Qua de cauſſa, vt & hæc diſceptatio conuenienter illuſtrari poſſit, proponam generalem regulam, & deinde ſubiiciam eius declarationes.

Definio itaq; † cum Doctoribus noſtris 60
huic conditioni in forma præſcripta parendum, dict. leg. 22. & l. Mauius 55. quarum legum præcipuum fundamentum eſt, quod teſtator ita voluerit, fatendum tamen eſt, quod eædem leges etiam alias rationes cõiunctas habeant, quarum prima eaque generalis eſt, quod ea quæ facti ſunt, perſonis cohæreant, Inſtit. de ſtipulat. ſeruor. §. pactum, l. debitor 82. §. ſeruo alieno, ff. de legat. 2. l. 3. §. hoc autem, ff. de legat. præſtand. l. ſi mihi & tibi 12. §. regula, ff. de leg. 1. Eſt deinde & alia conſideratio, quæ hoc ſuaſiſſe videatur, quamuis enim ſeruus emolumentum ex legato non ſentiat, ſed dominus, tamen verecundia eo dominos plerumque compellere ſoleat, vt rem hoc modo relictam non auferant a ſeruis, ſed illis in peculium relinquãt, quod transferri poteſt ad perſonam monachi, quamuis enim is nihil proprii habere queat, tamen permittente Abbate vſum

Digitized by Google

rerum relictarum retinere poteſt, *c. cum ad monaſterium, de regularibus.*

61 Emergunt tamē nonnulli † caſus, in quibus legislatores noſtri contrarium ſtatuerunt, *vt in l. ſi fundus 13. ff. de condit. & demonſtrat.* vbi id quod pupillo vel furioſo relictū eſt, quis tutori & curatori dare non prohibetur, ratio eſt, quod illa voluntas teſtatoris fuiſſe colligatur, qui vtrique conſulere pupillo voluit, & per conſequens rem ſaluam eſſe, quoad ad iudicium ſuum perueniſſet, Inſtit. *in princip. de auctoritat. tutor.* cum ſimilibus. Occurrit deinde & alius caſus in *leg. in conditionibus, §. ſi patronus, ff. eodem titul.* vbi quod dictum eſt de hereditate, intelligitur de bonorum poſſeſſione, quod plane idem vtriuſque effectus eſſet, & indirecte concedi non debeat, quod directe non admittitur, *l. ſcire oportet, §. primo, ff. de tutoribus dat. ab his.* Etenim cum teſtator heredem ſuum onerare legatis noluerit, eo caſu, quo patronus portionem debitam, vt heres auferret, & in arbitrio ipſius patroni ſit, hereditatem adire, vel bonorum poſſeſſionem amplecti, plane abſurdum eſſet, ſi bonorū poſſeſſionem agnoſcendo, teſtatoris voluntatē ſubuerteret, & heredem duplici onere deſtringeret. Eiuſdem claſſis, *l. ſi peculiū 20. ff. de ſtatuliber. §. quod ſi heredi*, vbi ſeruus liber eſſe ruſſus, ſi decem dediſſet, conditione defungi dicitur, ſi iure compenſationis vtatur. Ratio eſt, quæ traditur in *l. Iulianus 45 ff. de condit. & demonſtrat.* quod hic nō videatur conditioni paruiſſe quaſi dederit, ſed quaſi per heredem ſtet, quo minus pareat. Quarto, his reſpondet *l. ſi mulier, §. final. ff. de condit. & demonſtrat.* vbi qui ſub hac conditione heres ſcribitur, ſi teſtatorem heredem inſtituiſſet, admittitur, quamuis eundem duntaxat ſubſtituerit, ratio eſt, quod ſubſtitutio etiam inſtitutio ſit, vt apparet ex definitione ſubſtitutionis, *ſupr. in prælud. de impuber. & aliis ſubſtitut.* deinde, quod hæc non videatur eſſe propria conditio, quippe quod in præteritum ſit concepta, *l. illa autem inſtitutiones 71. ff. de heredibus inſtituendis*, ſi iungatur *l. cum ad præſens 37. & l. ſequen. ff. de rebus credit. ſi cert. petat.* Vltimo, quod teſtator nullam quantitatem exprimendo, non videatur etiam de inſtitutionis modo laboraſſe. His finitima eſt, *l. idem credendum, §. hæc autem mater, ff. qui petant tutor. & curat.* vbi hæc conditio, ſi inteſtatus deceſſerit, nedum locum habet, ſi filius pubes ab hac luce migrauerit, ſed etiam ſi impubes deceſſerit, quamuis ſecundum traditionem Vlpiani, *l. 1. ff. de ſuis & legitim. hered.* hic proprie inteſtatus dici nequeat, cum ante pubertatem teſtamentum facere non poſſit, *l. a qua ætate. ff. qui teſtamen. fac. poſſ.* ratio eſt, quod ex communi loquentium vſu, etiam & hi inteſtati decedere dicantur, vt apparet ex multis legibus, *l. ſecunda, §. impuberem, & §. ſi mater, ff. ad Senatuſconſultum Tertullian. item l. ſi pater filium 14. ff. ad legem Falcidiam, l. ſecunda, ſupra de impuber. & aliis ſubſtitut.* Deinde, quod pater non videatur ſubſtituendo matri inuidiſſe luctuoſam hereditatem filii ſui: argumen. *l. final. ſupr. de inſtitut. & ſubſtitut.* Septimo, his cōtermina eſt diſpoſitio, *l. tales 112. §. de illo quoque, ff. de condit. & demonſtrat. item l. ſi ita fuerit 13. ff. de manumiſſ. teſtament. l. paterfamilias 44. ff. de hered. inſtit.* quibus cauetur, quod ſi duobus legatum vel inſtitutio adſcripta eſſet, ſub conditione ſi aliquid feciſſent, veluti ſi monumentum, vel quid ſimile excitaſſent, conditioni quidem non paretur, etiamſi vnus totū monumentum conſummaſſet, *dict. leg. tales, in princip.* ſed tamen ex benigna interpretatione admittendus eſt, ne huic factum alienum noceat.

His bene ponderatis, facile decidi poteſt quæſtio, quæ a noſtris interpretibus hoc loco mouetur, quid obtineat, ſi teſtator vxori † ſuæ legatum reliquerit, ſi in viduita- 62
te permāſiſſet, & poſt mortem vxoris idem legatum Sempronio conſobrino adſcripſerit, & ea poſt vnum aut alterum annum ad ſecundas nuptias conuolet, & propterea legati compendium amittat, ſecundum definitionem *authent. relictum, infra de indict. viduitat. tollend.* an Sempronius ſtatim hoc legato potiri poſſit, an vero exſpectare debeat, quoad vxor naturali morte con-
ſumatur. Et quidem † Bartol. *in authent.* 63
hoc locum, Cod. ſi mul. ſecund. nupt. numero decimo & decimo tertio, Iaſon. in leg. ſi mater, ſupr. de inſtitut. & ſubſtitut. numero ſecundo, Alexandr. numero ſecundo, Tiraquellus in tractatu ceſſante cauſſa, part. 1. numer. ſeptuageſimo nono. vbi multos alios refert. Villalobos *in ſuis commun. opinion. in verb. legatum, numer. 12. Fortun. hic numer. 101.* & plures alii quos refert Marcus Aquilinus *in verb. hac ſententia, numer 110.* conſtituunt Sempronium ſtatim admittendum eſſe, neque differendam legati ſolutionem in mortem vxoris. Mouentur variis argumentis.

Primo, ꝙ qua ratione pater vxorē ſuam heredi-

heredibus ſuis prætulit primo loco, ita etiam Sempronium ſecundo loco, vt Iuriſconſultus in cauſſa donationis ꝓpter mortem argumentatur, *l. prima, ff. de mort. cauſ. donat. & l. Senatus, §. 1. eodem tit.* Ex quo igitur vxor hoc legatum habere deſinit, conſequenter eſſe locum Sempronio.

Secũdo, quod ceſſante cauſſa ceſſet effectus *cap. cum ceſſante, de appellat. l. in omni, ſupr. de adopt.* Cauſſam autem differendi legati ſolutionem in perſonam Sempronii fuiſſe vſumfructum vxoris, conſequens itaque eſſe, vt illo exſtincto; Sempronius ſtatim admittatur.

Tertio, in teſtamentis plenius voluntates defunctorum accipiendas eſſe, *l. in teſtamentis, ff. de reg. iur.*

Quarto, quod in re dubia, ita rem interpretari debeamus, vt magis valeat quã pereat, *l. quotiens, ff. de reb. dub. & l. quotiens, ff. de verborum obligat.* Porrò, ſi legati præſtationem differre velimus in tempus mortis, accidere poſſe, vt legatum perimatur, cũ Sempronius interea temporis decedẽs, nihil ad heredes tranſmittat, *l. heres meus 79. item l. 1. §. dies autem incertus, ff. de cond. & demonſtrat. l. Titio. ff. quand. dies legat. ced.*

Quinto, vt argumentatur Bart. *in d. auth. hoc locum*, quod voluntates teſtatorũ ex præcedentibus & ſequentibus plerumque cõiiciamus, *l. ſi ſeruus plurium, §. fin. ff. de legat. 1.* vnde cũ in dubio vxor & proximus defuncti & pari conditione conſtituantur, *l. cum rem alienam, infr. de legat.* quod quemadmodum vxor præferatur, ita quoque conſobrinus præponi debeat, maxime cum etiam ab inteſtato vxori præferatur, *l. 1. ſupr. vnde vir & vxor.*

Sexto, quod qua ratione *in leg. ſi mulier 22 ff. ad SC. Trebellian.* illud quod relictum erat filiis, ſi per mortem patris ſui iuris effecti eſſent, debetur ſi per emancipationem hoc conſecuti ſint, quod mater non crediderat hoc patrem facturum eſſe, eadem ratione intelligatur admittendus Sempronius, contractis ab vxore ſecundis nuptiis.

Septimo, quod teſtator relinquẽdo poſt mortem ſuæ vxoris, quam vſufructu proſecutus erat, intelligitur illud facere, repetita qualitate, quoad vſufructuaria futura eſt, *argumen. l. Lucius, ff. de fideicommiſſ. libertat. & l. Thais, §. Stychus, eod. tit.*

64 Contrarium † ſententiam, quod ſcilicet mortem ipſius vxoris operiri cogatur, defendunt Roman. *in l. ſi quis ita heres inſtituatur 27. ff. de acquiren. vel omitt. hered. nu. 2. Phil. Dec. in l. ſi mater, ſupr. de inſtit. & ſubſtit. nu. 6. verſ. finaliter tamen placet opinio Romani, Alciat. de verb. ſign. lib. 3. numer. 20. Carol. Molin. in addit. ad Alex. conſ. 100. lib. 4. circ. fi. num. 7. Boer. deciſ. 354. n. 13. Socin. Iun. hic num. 67.* argumenta quibus adducti hoc pronuntiaſſe videntur, ſubnecto.

Primo, confirmat hanc ſententiam definitio, *l. Statius Florus 48. §. Cornelio, ff. de iur. fiſci*, vnde edocemur mortem naturalem exſpectandam, quoties per legatarii prius morientis interitũ accidere poteſt, vt legatum exſtinguatur. Atquin in præſenti cõtrouerſia illud euenire poteſt, *l. 1. §. dies autẽ incertus, ff. de condit. & demonſt.*

Secundo, quod illud aperte videatur definiri *l. fideicommiſſa 11. §. ſi cui, ff. de legat. 2.* vbi quamuis per emancipationem, quis ſui iuris ſit factus, tñ exſpectare cogitur, quoad parens ipſius moriatur, quod in ipſa conditione ſi ſui iuris fieret, mortis mẽtio facta eſſet.

Tertio, non minus vrget, *l. cum heres 4. §. ſeruire, ff. de ſtatulib.* in verbis ſequẽtibus: *Seruire Titio anno, & liber eſſe iuſſus: Titio mortuo, nõ ſtatim liber fiet; ſed cum annus tranſierit; quod videtur non tantum ſub conditione, ſed etiam ex tempore data libertas.*

Quarto his reſpondet *l. vxori 35. ff. de vſu & vſufruct. legat.* vbi hæc verba ad propoſitum pertinentia occurrunt: *Vxori vſumfructum villæ legauit, in quinquennium a die mortis ſuæ, deinde hæc verba adiecit, & peracto quinquennio, cum eius vſusfructus eſſe deſierit, tunc eum fundum illi & illi libertis dari volo: quæſitum eſt, cum vxor intra quinquennium deceſſerit, an libertis proprietatis petitio iam, an vero impleto quinquẽnio competat, quia peracto quinquennio teſtator proprietatem legauerat; reſpondit poſt completum quinquennium fundum ad libertos pertinere.*

Quinto quod ex *l. quibus diebus 40. §. quidam Titiæ, ff. de condit. & demonſtrat.* edoceamur, quod in ſimili legato, veluti quas pecunias cuique legaui, eas heres meus, ſi mater mea moriatur, dato, legata omnia cõditionalia intelligantur, ita, vt ſi ante mortẽ matris legatarii decedãt, nihil ad heredes tranſmittant.

Sexto, quod ſi vſusfructus rei legetur Mæuio pure, & Titio ſub conditione, & vſusfructus ad Mæuium pertinere deſierit, non ſtatim res ad Titiũ deferatur, ſed ad heredem, cui etiam Mæuius cauere cogitur, *l. ſi quis hominem, §. ſi tibi, ff. ad exhib.*

Digitized by Google

Septimo, quod ſufficiat ſecundum generalem definitionē, *l. ex aſſe 28. ff. ad SC. Treb.* alicui ius integrum ſeruari, non autem meliorem ipſius conditionem fieri.

Octauo, quod omnis conditio voluntaria in ea forma, quæ præſcripta eſt, impleri debeat, *l. qui heredi 44. l. Mæuius 55. ff. de cōdit. & demonſtr.* hanc autem eſſe conditionem voluntariam, cum ad effectum legati non requiratur, ſed fuerit in arbitrio teſtatoris aliam conditionem adſcribere.

Vltimo, quod in dubio interpretatio facienda ſit pro herede, *l. ita liber 8. l. Labeo 21. & l. qui pecuniam 21. ff. de ſtatuliberis.*

65 In hoc diſſidentium † certamine, exiſtimarem certo diſtinctionis fœdere omnem controuerſiam componi poſſe, vt ſiquidem illa perſona quæ ſubſtituta eſt, æque cara teſtatori videatur, vt ipſe heres, vel carior quam ceteri, ſi fortaſſe vnum ex reliquis ſubſtitutū ponamus, Bartoli ſententia amplectenda ſit, *argumen. l. Publius 36. ff. de condit. & demonſtrat.* deinde illarum legum & rationum, quæ pro ſententia Bartoli in cauſ-
66 ſam adductæ ſunt. Quod ſi vero illud † non appareat, tunc diſtinguendum, an vxori vſumfructum ſub hac cōditione, & eiuſdem rei proprietatē deducto vſufructu ipſi Sempronio pure legauerit, addita clauſula, vt poſt mortem vxoris vſusfructus eius vel plena proprietas ad eum deuolueretur, an vero vxori vſumfructum ſub conditione, cuius mentionem fecimus, dederit & adiecerit, vt poſt mortem ipſius vxoris prædia, in quibus vxor vſumfructum habebat, ad Sempronium pertinerent: vel breuius & diſtinctius, an vxori fundi Seiani vſumfructum ſub hac conditione reliquerit, & eundem fundum Sempronio poſt mortem vxoris: Priori enim caſu, conſtituo Bartoli ſententiam adhuc procedere, quod proprietas huius fundi ſit penes Sempronium, *l. ſi tibi proprietas, ff. de vſufruct. adcreſc. l. ſi alii, ff. de vſu & vſufruct. legat.* & vſusfructus deficiens redeat ad proprietatem, *§. finitur, Inſtit. de vſufruct. & dict. leg. ſi tibi proprietas,* quod denique hæc voluntas teſtatoris fuiſſe colligatur, qui proprietatem Sempronio pure adſcripſerit. Secundo vero caſu meo iudicio expectāda erit mors vxoris, quamuis enim
67 conditio † defecerit, tamen vt ait Iuriſconſultus, *l. in illa ſtipulatione 8. ff. de verborum obligat.* dies adhuc ſupereſt, quod ſane iuſtiori ex cauſſa in legatis probandum eſt, quorum ſpes, vt antea intelleximus, in heredē tranſire non ſolet, *l. prima, §. penultim. ff. de condit. & demonſtrat. l. heres, ff. eodem titul.* Et ſane putarim Bartol. & alios Doctores, de hac diſtinctione conſultos aliter reſponſuros non fuiſſe, cum vrgeāt tot leges & rationes, quas ſupra ordine exhibuimus, & teſtator ſi voluiſſet, legatum ſtatim ad Sempronium deferri, potuiſſet proprietatem pure eidem relinquere, quod cum non fecerit, non intelligitur alium animum habuiſſe quā verba præ ſe ferant, *l. vnic. Cod. de caduc. tollend. §. vbi autem, circ. fin.*

Hac referri poteſt non † abſimile exem- 68
plum de eo, quem teſtator obſtrinxit fideicommiſſo ſi is moriatur ſine liberis. Etenim ſi poſtea ſacris initietur, & ante mortem ipſius fideicommiſſarius decedat, nihil ad heredem ſuum tranſmittet, vt poſt Franciſcum Aretinum, Ludouicum Romanum, Bolong. Franciſcum Curtium, item Decium defendit Boer. *deciſ. 354.* quod ſcilicet teſtatoris voluntas eſſe intelligatur, vt fideicommiſſi dies antea non cederet, quam heres inſtitutus vitam cum morte commutaret: quamuis enim presbyter liberos ſuſcipere nequeat, *cap. 1. primo, & tot. titul. extra qui cleric. & vouent. matrimon. contraher. poſſ.* tamen hæc diſpoſitio diem incertam habet, & propterea tranſmiſſionis ius præcidit, *dict. leg. prima, § penult. ff. de condit. & demonſtrat.*

E diuerſo ſi teſtator, cum † filium ſuum 69
inſtituiſſet, & ab eo petiiſſet, vt ſi presbyter fieret, poſt mortem ſuam reſtitueret portionem hereditatis fratri ſuo, iſque non ſacerdos factus, ſine liberis deceſſiſſet, fratri fideicommiſſum deberi, reſpondit Alexander *conſ. 104. numer. 8. Galliaul. hic nu. 29. Dec. conſ. 227. num. 12. Crauet. conſ. 59. num. 5. Ceph. conſ. 166. libro ſecundo, numer. 49.* quod ſcilicet teſtator, nihil aliud ſpectaſſe videatur, quam conditionem tacite ſubintellectam, ſi decederet ſine liberis, quæ nobis æque cordi eſſe ſolet & debeat, vt expreſſa prouiſio, *l. quamuis, infra de fideicommiſſ. l. duos mater 70 l. Titia centum 71. §. Titio genero meo, & l. auia 77. ff. de condit. & demonſtrat. l. 3. §. cum Pollidius, ff. de vſuris, ſi conferatur cum l. heredes 57. ff. ad Senatuſconſultum Trebell. l. ſecunda, ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. l. ſi optio, ff. de option. legat.* Hanc ſententiam quoque defendit Bologn. *hic numero centeſimo trigeſimo,* eo caſu ſcilicet, quo cōſtaret patrem huiuſmodi filium nō eo conſilio fideicommiſſo obſtrinxiſſe, vt illū a cauſſa religionis auoca-

auoca-

Digitized by Google

auocaret, & idem quoque defendit Alciat. *libr. 3. de verborum ſignificat. verſ. ſeptimo quæritur*, quando aliquæ coniecturæ mentis paternæ concurrerent.

His finitimũ eſt aliud exemplum, quod Emanuel de Coſt. *in 5. part. huius §. num. 104.*
70 perſequitur, vt † ſi teſtator, fratrem ſuum heredem inſtituiſſet, & eidem ſubſtituiſſet præfectos alicuius hoſpitii publici ad pios vſus dedicati, eo caſu, quo frater ſe viuo moreretur, & is poſtea iam defuncto teſtatore abſens, & huius rei inſcius, fato conceſſiſſet; & propterea hereditatem trãſmittere non poſſet, *l. ſi fratris, infra, de iur. deliberand.* eoſdem præfectos nihilominus admittendos eſſe, quod teſtator videatur ſpectaſſe effectum ſucceſſionis, vt nihil referret, quacunque ratione, frater ſuccedere non poſſet; quod & ipſum quoque defendunt Raphael Fulgoſ. *in leg. final. infra de inſtit. & ſubſtit. tut.* item Iaſon. *in leg. cum proponas, numero octauo, ſupra de hered. inſtit.* Marc. Aquilin. *hic numer. 120. in vltim. par.* quod ſane eo caſu probarem, quo etiam aliæ quædam coniecturæ hanc patris voluntatem commendarent.

Ex his itaque apparet, quod quamuis cõditioni voluntariæ, in ea forma, quæ præſcripta eſt, pareri debeat, quod tamen impleri poſſit per id, quod eiuſdẽ eſt effectus, vt euincunt exempla à nobis relata, item *l. in conditionibus, §. ſi patronus. ff. de condit. & demonſtrat. l. mulier, §. fin. ff. de condit. inſtit.*
71 idque tunc certo † procedere cõſtituo, quo probabiles coniecturæ, & rerum circumſtantiæ hanc voluntatem teſtatoris, vel contrahentium inſinuarent, quæ etiam efficere poſſent, vt quamuis caſus omiſſus non eſſet omnino eiuſdem effectus, vt in exemplo *d. l. mulier, §. fin. item l. Deo nobis, Cod. de epiſcop. & cleric.* tamen adhuc idem probaremus.

72 His itaque bene conſideratis, † animaduertimus conditionem neceſſariam & voluntariam, haud ita magno interuallo a ſe diſtare: in voluntaria tamen conditione illud peculiare videri, vt difficilius & maiori cũ ſcrupulo a verbis teſtatoris recedamus.

Redeundo itaque ad materiam noſtri §.
73 item † *d. l. ſi mulier 22. ff. ad SC. Trebellian. l. ſi ita, ff. quand. dies legat. ced. l. ſi mater, ſupr. de inſtitut. & ſubſtit.* contendimus has tres leges parum conuenienter accommodari ad noſtrum §. cum ibidem matri in votis fuerit, vt filius illis, quæ relicta erant, pleno iure frueretur, neq; diſtinxiſſe intelligatur inter modum, quo illud fieret, cum pro ſuæ affectionis ardore illud, etiam quanta maturitate poſſet, deſideraſſe intelligatur, vnde cum emancipatio plane eũdem aut maiorem effectum habeat, quam mors parentis, recte ibidem fideicommiſſum repręſentatur, non idem autem euenit in caſibus in noſtro §. conſideratis, quemadmodum illud ſupra oſtendimus; & inferius de emancipatione loquentes vlterius demonſtrabimus.

Hæc igitur de quarto fundamento ſuffecerint: argumenta autem quinto, ſexto & octauo in cauſſam adducta, ex illa conſideratione euitari poterunt, quod iam antea admonuimus, coniecturas voluntatis, expreſſa lege in caſibus omiſſis confirmatas, amplius in controuerſiam vocari non poſſe neque debere, cum † omnis iuris definitio eidem 74
cognitas exceptiones admittat, quæ tamen in aliis caſibus maiorem auctoritatẽ regulæ conciliare ſolent, *l. 1. §. denique, ff. de inſtruct. & inſtrum. legat. l. nam quod liquidæ, §. fin. ff. de vin. & ol. legat.*

Quod ſeptimo obiicitur nos ſpectare debere, quid teſtator veriſimiliter reſponſurus fuiſſe videatur, id nos in † dubio liben- 75
ter agnoſcimus. Certa enim aliã definitionem habent, *l. 4. ff. de legat. 1. l. Labeo, ff. de ſupell. legat.* Porro iamdudum & ſæpe inculcamus, non eſſe eandem cauſſam deportationis, emancipationis, captiuitatis, &c. quæ eſt mortis naturalis, & propterea veriſimile nõ videri, quod teſtator interrogatus, an ſi contingeret filium deportari, emancipari, vel hoſtiũ potiri, velit his caſibus nepotem ita ſubſtitutum, perinde ac ſi naturali morte diem ſuum obiiſſet. Deinde, cõtrouerſiam eſſe conſtituimus, an in cauſſa ſubſtitutionis voluntas eius parum cõuenienter & ſecundum formam nõ expreſſa ſpectari debeat, *dict. leg. teſtandi, item l. iubemus, ſupr. de teſtamen. l. ex facto 19 ff de heredibus inſti. & hoc noſtro §. cum §. ſeq.* facta collatione cum principio legis, & admiſſa † cõſideratione, quod 76
Scæuola diſerte commemoret, ſe hos caſus ex ſententia legis Velleiæ ſupplere, vt quod Iuriſconſulto in legis interpretatione ſine eiuſdem auctoritate non licuit, id priuato minus licere intelligatur, cũ eidem occurri poſſit, voluiſſe eum quod non potuerit, & neglexiſſe, quod in ipſius facultate erat, *l. 1. & l. fin. ff. de codicill. l. multum, ſupr. ſi quis ſibi vel alteri*, in fideicommiſſis autem aliud dici poterit, cum tanta diligentia, vt in cauſſa inſtitutionis & ſubſtitutionis directæ ibidem

Digitized by Google

non requiratur, ſed ſolam teſtatoris voluntatem principaliter ſpectemus, *l. in conditionibus 19. ff. de cond. & demonſtr. l. pen ff. de leg. 1.*

Quod conditiones, vt nono obiicitur, nedum neceſſariæ, ſed etiam volũtariæ per illud quod tantundem præſtet conuenientem exitum in quibuſdam caſib. ſortiantur, vel etiam regulariter, ſi coniecturęq; probabiles cognitionem iudicis inſtruant, in diſſolutione quarti argumenti ſatis luculenter perſecuti ſumus, operæ pretium itaque non eſt, eadem infarcire ſecũdo, ſed hæc procedunt in his, quæ vere eundem effectum habent, quæque certam formam diſpoſitionis non requirunt, *vt dictum eſt.*

Scrupulum decimo loco iniectũ eximemus ſi meminerimus † *l. fin. ff. mandati* non
77 loqui de diſpoſitione conditionali, & deinde vtroque modo eundem effectum induci, quid enim intereſt, an quis mãdando, an vero fideiubendo pro aliquo interueniat, modo is acquieſcat, qui fideiuſſorem poſtulauerat, & cauſſa eius pro quo hoc modo interceſſit, non reddatur deterior, indignum ſane eſſet, ſi cauillando poſtea illum indemnem præſtare nollet, pro quo tantundem erogare cogeretur, ſi fideiuſſiſſet.

Non eſt, quod nos torqueant ea, quæ ex *lege, ſi ita ſcriptum, hoc noſtro titulo*, & aliis legibus ſimilibus in noſtram concluſionem contorqueantur. Etenim iam ante aperuimus non poſſe videri illum † caſum omiſ-
78 ſum, qui diſerte, quamuis alternatim a teſtatore comprehenſus fuerit, quamuis fortuna poſtea vtrumque caſum cumulauerit, ſecundum ea quæ ſcripſimus *ſupr. numer. vigeſimo octauo.*

Quod a duodecima impreſſione periculi eſſe poteſt, id in diſſolutione ſeptimi argumenti nos diſcuſſiſſe confidimus. Qua de cauſſa etiam, quæ ibidem dicta ſunt, huc transferri poterunt.

An ſecundum definitionem *l. ſi pater 25. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. item l. Titia Seio, §. Seia libertis, ff. de legatis ſecundo*, pluribus ſubſtituens videatur inſtitutos antea, viciſſim ſubſtituiſſe, exſequimur *in leg. penultim. ſupr. de impuber. & aliis ſubſtitutionibus*, vnde etiam quæ ad præſentem locum pertinent, peti poterunt. Separata enim eſſe videntur
79 quærere: an nouiſſimo ſubſtituens, concurrentibus illis qualitatibus, de quibus ibidem mentio fit, reciprocam ſubſtitutionem induxiſſe intelligatur: an vero ſubſtituens in caſum mortis, videatur idem ſenſiſſe, in caſu deportationis, emancipationis, & captiuitatis.

Quamuis vt inſtatur decimo quarto, & decimo quinto proniores † eſſe debeamus 80
ad teſtamenti & voluntatis a teſtatore inſinuatæ conſeruationem, tamẽ illud controuerſum eſſe ſtatuimus, an talis volũtas ipſius teſtatoris ſit, cum diſſimiles omiſſorum caſuum effectus contrarium coarguant, & teſtator, ſi voluiſſet ſuam inſtitutionem, de his caſibus exaudiri, id videatur comprehenſurus fuiſſe, §. *vbi autem, infr. de caduc. tollend. circ fin. & cap. ad audientiam, extr. de decim, l. commodiſſime, h. noſt. tit.*

Diſſimilis cauſſa eſt contractum, de quibus decimoſexto diſſeritur, cum ibidẽ virtute expreſſæ partis caſus omiſſus ſubaudiri queat, quod † ſecundum naturam ſit, com- 81
moda cuiuſque rei illum ſequi, quem & incomoda, *l. ſecundum 10. ff. de regul. iur.* & leonina ſocietas intelligi illa debeat, ſi quis damni duntaxat particeps ſit, non autem lucri, *l. ſi non fuerint 29. & l. Mutius 30. ff. pro ſocio.*

Quamuis vt decimo ſeptimo allegatur, qui vult cõſequens, videatur velle omne neceſſarium antecedens, tamen obſeruandum eſt, quod eadem regula non procedat, quando † certa forma, qua ad illud conſe- 82
quens via muniri debeat, expreſſa eſt, vt apparet ex *l. ſecunda, ff. de condit. & demonſtrat. item l. qui Romæ 122. §. Flauius, ff. de verborum obligatio. item l. 3 §. ſubtilius ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. nõ ſecut.* Qui enim vnam rationem, qua aliquid fieri debeat, oſtendit, reliquam excludere videtur, *l. teſtandi, ſupr. de teſtamen. l. prima, & l. final. ff. de iur. codicill. l. prima, §. ſi quis ita, ff. de verborum obligat. capit. cum cauſſam, & cap. cauſſam, item cap. prudentiam, extr. de offic. delegat. l. cum magiſtratus, & l. certa ratione, l. cum non ex ea, infr. quãdo prouocare non eſt neceſ.*

Quod decimo octauo de monacho adfertur, ſuam ſolutionem recipere poteſt, ex illis quæ perſecutus ſum circa confutationem quarti argumenti, ex quo enim deſignati ordinis Monachi, incapaces hereditatis ſunt, non intempeſtiue cum mortuis comparantur † *c. multos, diſtinct. 54.* Acce- 83
dit quod hic nulla ſpes ad ſeculum redeundi propoſita ſit, *dict. c. cum ſimus, c. ad Apoſtolicam, cap. ſtatuimus, cum multis aliis de regular.* de qua re ſcripſimus *in authent ſi qua mulier, ſupra, de ſacroſanct. eccleſ.* quamuis cogar fateri hanc ipſam traditionẽ ſcrupulo non carere,

rere,

Digitized by Google

rere, propter cauſſas, quas in ſimili quæſtione propoſui. Itaq; ex cōparatione perſonarum, quæ inſtitutæ ſunt, item aliarū circumſtantiarum, res aliam determinationem recipere poſſet, ita vt mortis tempus exſpectare cogamur, antequam quidquam certi de fideicommiſſi viribus ſtatuamus, de qua re Felin. *in c. licet vndique, n. 2. extr. de offic. deleg.*

Quamuis regula ſit, non eſſe vim in modo conſtituendam, ſi idem effectus ſequatur: tamen hæc regula ſuam exceptionem
84 habet, ſcilicet ſi modus eſt † cauſſa ipſius effectus, *vt l. qui Romæ, l. 1. 2. & 3. §. ſubtilius, ff. de condict. cauſſ. data cauſſ. non ſecut. l. 2. ff. de con-*
85 *dit. & demonſtrat.* † vel ſi ex modo formam rei metiamur, vt *l. 1. §. ſi quis ita, ff. de verborum obligation. cap. cum cauſſam, & cap. prudentiam, de offic. delegat. l. magiſtratus, cum duabus legib. ſequentibus, cap. Piſanis, extr. de reſtitut. ſpoliat. cap. cum dilecta, de reſcript. l. moribus, §. prius, & l. qui habebat, ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut. l. 5. §. ſi quis forte, ff. de operis noui nuntiat. l. ad teſtium 22. §. ſignum, l. qui per ſalutem, ff. de iureiurand. l. commodiſſime 10. hoc noſtro tit. l. fideicommiſſa, §. ſi cui, ff. de legat. 3. cap. ſuſceptum, de reſcript. in 6.* tunc enim ſublata forma corruit tota diſpoſitio *l. hac conſultiſſima, ſupra qui teſtam. facere poſſ. l. teſtandi, ſup. de teſtament.*

Quæ vltimo de ſententiæ conceptione proferuntur, ex duplici fundamento labefactari poſſunt, negando antecedens, deinde & cōſequens: antecedens dum formam
86 ſententiæ in verbo condemnationis † aut abſolutionis minime verſari exiſtimamus, cum ſententia etiam aliis verbis cōcipi poſſit, ſtatuendi & decernendi *cap. in his, extr. de verborum ſignific.* aut ſi pronuntiet rem reſtituendam eſſe, *l. qui reſtituere, ff. de rei vindicat.* aut quem certam quantitatem pecuniæ præſtare debere, *l. ſi Prætor 75. ff. de iudic. l. in ſententiis 59. ff. de re iudicat.* aut ſi declaret rem eſſe petitoris *l. ex diuerſo 35. §. 1. ff. de rei vindicatio. l. Pomponius 40. §. 2. ff. de procurator.* imo ſufficit ſententia complecti, ſibi videri, quod Titius debeat aut non debeat *l. diui 27. ff. de liber. cauſſ. l. quid tamen 21. §. ſi arbiter, ff. de recept. arbitr.* Porro ſi ad ipſum antecedens conniuere velimus: adhuc tamen conſequens vitioſum erit: negamus enim caſus noſtro §. comprehenſos, & ſimiles eum effectum habere, vt æquipollentes vocari poſſint, cum in illis reſtitutionis ſpes verſetur, mors autem omnia ſoluat, & omnem ſpem præcidat.

Ex his, quæ ordine perſecuti ſumus, facile colligimus §. noſtrum non eſſe exaudiendum de teſtatore, in caſum mortis filii inſtitutionem nepotis conferentis, ſed de † of- 87
ficio interpretis, vt ſaltem poſt legem Velleiam, & ex eius ſententia alios caſus ad ſimilitudinem mortis ſupplere poſſit, vt ſiue filius per aquæ & ignis interdictionem, ſiue per deportationem ſuorum numero eſſe defineret, nepos in hoc caſu inſtitutus non rumperet teſtamentum in locum filii ſuccedendo. Sed † negotium faceſſit, quod iu- 88
riſconſultus idem de nepote, ex quo pronepos inſtitueretur, prohiberi videatur, ſi is poſtea emancipetur, quaſi nepos inſtitutus ex cauſſa emancipationis deſinat eſſe heres, aut plane teſtamenti beneficio excidat, cū videamus ſeruum heredem inſtitutum, ex eo non repelli, quod poſtea manumiſſus ſit, *§. ſeruus, Inſtitut. de hered. inſtituend.* & contra, inſtitutionem eius, qui tempore teſtamenti liber erat, inde non infringi, quod is poſtea in ſeruitutem redactus ſit, *l. cum proponas, ſupr. de hered. inſtituend. & l. ſi pater ſamilias 40. ff. eodem tit.* Secundo, quod vltimus §. noſtræ legis manifeſtet, emancipationem nepotis, non ſolum inſtitutionem ipſius non infirmare, ſed etiam hoc iuris tribuere, vt ſponte hereditatem adire poſſit. Tertio, quod abſurdum videatur, quod fauore filii inductum ſit, id in odium ipſius retorqueri, *l. quod fauore, ſupr. de legib.* Quarto, quod etiam extraneus vna cum filio vel nepote, aut pronepote heres inſtitui poſſit, §. *extranei, Inſtitut. de hered. qualit. & different. l. ſi ex duobus 12. §. 1. de bonorum poſſeſſ. contra tabul. l. extraneum, ſupr. de hered. inſtit.*

His igitur & ſimilibus † difficultatibus 89
ſubductis, & repudiata opinione Bartoli *hic numero 4.* quam Iaſon *numero 46.* ab omnibus probatam eſſe dicit, quod liberi, de quibus hic mentio fiat, non intelligantur alia in qualitate inſtituti, quam vt ſui heredes, deficiente igitur illa qualitate, conſequenter quoque exſpirare inſtitutionem, quod obſtarent argumenta ſupra a nobis in cauſſam deducta. † Alciatus *libro paradoxor.* 90
3. c. 9. Cuiacius *in hoc noſtro* §. item Marian. Socinus *hic nu. 80.* auctores ſunt, iuriſconſultum intelligi debere ſecundum propoſitionem caſus, qui §. præcedenti, num, ſi & filius, cōprehenditur, vt cum ibidem caueatur teſtamentum ex eo ſubuerti ſolere, quod inſtituto pronepote, nepos præteritus ſit, qui poſt mortem patris ſui in eius locum ſucce-

NNnn 4

deret, hic declaretur, illud non obtinere, ſi hunc nepotem antea emancipatum, & poſt mortem patris ſui, ſed auo adhuc ſuperſtite, deceſſiſſe ponamus, cum emancipatus ſuccedere in locum ſui heredis, & per conſequens teſtamentũ rumpere nequeat.

91 Porro † Emanuel a Coſta *part.3.§.5.num.23.* Marcus Aquilinus *in verb.quod ſi nepos, n.13.* longe aliter hunc nodum diſſecandum eſſe ſtatuunt. Caueri enim *§.in omnibus hac noſtr.lege.* In omnibus his ſpecibus illud ſeruandum eſſe, vt filius ex aliqua parte heres inſtituatur, quod fruſtra poſt mortem ſuam exheredetur: hoc ipſum tamen in nepotibus neceſſarium non ſit, cum præteriri poſſint. Conſectarium itaque eſſe, vt ſi illi poſtea deportati ſint, vel per emancipationem ſuorum loco eſſe deſierint, nihilominus teſtamentum valeat, quamuis ſi filius præteritus fuiſſet, mors aut deportatio ipſius teſtamentum in tuto collocare non poſſet *l.ſi filius 7.ff.hoc tit.* Sed ſane hæc expoſitio mihi probari non poteſt, quod in caſu a nobis, & ab ipſo Scæuola propoſito, nepos non ex eâ cauſſa omitti poſſe videatur, quod nepotes nominatim exheredandi non fuerint, *Inſt. de exheredat.liber.in princ.item l.maximum vitium, ſupr.de liber.præter.* Sed quod pater illos ordine præcedebat *d.§.in omnibus, hac noſtr. & l.ſi quis filio exheredato 6 ff.de iniuſt.rupt. & irrit.fact. teſtam.* plane quia contingere poterat, vt exſtincto parente, vel de numero ſuorũ heredum exemto, filii in hoc ius ſuccederent, & teſtamentum aui ſui hoc modo conuellerent: ex cõſilio iuriſperitorum nominatim inſtituendi aut exheredandi fuerunt, vt hoc periculum depelli poſſet *l.poſthumorum, ff.de iniuſt.rupt. & irrit.fact.teſtam.* Porro ſi nepotes medio tempore, & antequam parens eorum ab hac luce migraret, emancipati fuiſſent, non efficiebant, vt inſtitutio pronepotis, rupto per eorum ſucceſſionem teſtamento, vitiaretur.

Ex his itaque apparet, Alciati expoſitionem, quamuis is aliis quibuſdam argumentis, quæ ſatis dubia ſunt, vtatur, veluti quod ſubſtitutio aut datio coheredis ius ſuitatis infringere ſoleat, de qua re diſſeruimus *in l. quamuis, ſupr.de impub. & aliis ſubſtit.* ex cauſſis & rationibus ſupra commemoratis, eſſe quidem probabiliorem: ſed ex eo tamen periclitari, quod definitionem iuriſconſulti noſtri ad caſum præmorientis nepotis re-
92 ſtringat. Statuo itaque, † præferendam eſſe ſententiam Raphaelis Cumani *num.8. & 9.* item Fortunii Garziæ *hic num.202.* Mariani Socin. *num.80. verſic.ſuper quo tamen,* Boetii Eponis, Duaren. *in hoc §.* Cuiacii *in § fin.hoc tit.* non ſolum valere inſtitutionem pronepotis, ſi filius emancipatus præmoriatur, ſed etiam ſi ſuperuixerit: non tamen propterea exſtingui inſtitutionem ipſius nepotis, ſed illum cum pronepote ſimul ex æquis partibus admittendum eſſe, *argum.l.1.de coniung. cum emancip. liber. item l.ſi ponas, ff. de inoff.te-*
ſtam. Nec putamus † repugnare definitionẽ 93
l.cum in teſtamento 37. ff. de hered. inſtit. qua comprehenditur, duos eſſe inſtitutionum gradus, neque vllo caſu vtrumque ad hereditatem admitti. Expedita enim ſolutio hũc nodum retexet, legem cuius mentionem fecimus, conceptam eſſe in caſum mortis, non emãcipationis, veluti ſi filius meus me viuo morietur, nepos ex eo, poſt mortem meam natus, heres eſto. Quamuis enim per emancipationẽ quis ſuorũ heredũ loco eſſe deſinat *§.emancipatos, Inſtit.de exheredat. lib. & § emancipati, Inſtit.de hered.quæ ab inteſtat. deferunt.* tamen emancipatio non rumpit teſtamentum à patre conditũ, *l.verum, 8.§, fi..ff.de iniuſt.rupt. & irrit.fact.teſtam.* neque etiam ſucceſſio pronepotis in locum ſui heredis, cum ſe inſtitutum inueniat, *leg.poſthumorum 13.ff.eod.tit.* Vnde † cum ab inteſtato 94
Prætor tueatur cauſſam nepotis emancipati, ius autem ciuile complectatur perſonam pronepotis, qui in poteſtate manens ius ſui heredis obtinebat, adeo, vt in cauſſa ſucceſſionis coniungantur, *l.1.ff.de coniungend.cum emancip.liber. & d.l.ſi ponas 23.ff.de inoff.teſtament. verſ.quod ſi exheredatus,* multo iuſtiori ex cauſſa filius emancipatus hoc iuris obtinebit, ſi expreſſa voluntate parentis ſui nitatur, *argum.l.1. & 7.ſup.de collat.* neque mutata ex cauſſa emãcipationis volũtas patris cenſeatur, cum illud, quod nominatim nõ corrigitur, ſtare minime prohibeatur *l.ſancimus, ſupr.de teſtam. & §.ex eo ſolo, Inſt.quib.mod.teſtamen.infirm.* Accedit, quod cum hic nepos duo iura habeat ſui heredis, & inſtitutionis in teſtamento factæ, ceſſante vna cauſſa, nõ tamen propterea ceſſare reliquam, *l.quoties duplici, ff.de reg.iur.l.ſi domus, ff.de ſeruitut.vrban.prædior.* quod etiam hereditati nondum delatæ ex teſtamento, renuntiari nõ potuerit, *l.is qui heres, & l.qui ſuperſtitis, ff.de acq.vel omitt.hered.*

Quibus iuſta ratione põderatis, animaduertimus otioſam eſſe dubitationẽ noſtrorum doctorum ex eo fluctuantium, conſe-
quens

95 quens eſſe, ꝙ ſi † pronepotem admittamus, nepoti deferatur bonorum poſſeſſio contra tab. *§. emancipatos, Inſt. de exheredat. liber. l. 1. & tot. tit. ff. de bonor. poſſ. contra tabul.* qua auocet totam hereditatem, ita vt pronepotis inſtitutio plane inanis reddatur. Qua de cauſſa Caſtrenſis *hic num. 9.* & ante illum Raphael Cuma. conſtituunt talem inſtitutionē pronepotis ex eo non infructuoſam cenſeri, ꝙ nepos ad bonorum poſſeſſionē admitti nequeat, niſi intra anni ſpatiū, vt eo elapſo pronepos admittatur. Sed ſane hæc conſideratio ex eo laborare videtur, quod pronepos in poteſtatem ſui parentis recidens, delatæ hereditatis emolumentū ipſi acquirat, *l. placet, ff. de acquir. vel omit. hered.* Vnde etiam receſſerunt ab hac ſententia Iaſ. *n. 47.* Fortun. *n. 189.* Marian. Soc. *n. 77.* Marc. Aquil. *in verbis, quod ſi nepos, num. 49.* Eman. a Coſta *in ſua part. 3. n. 156.* qui auctores ſunt, ſubueniri quidem filio emancipato per bonorū poſſeſſionem, ſed eundem totā hereditatem non auferre, ſed duntaxat dimidiam, arg. *l. filium, §. ſed et ſi portio, ff. de legat. præſtand. & l. ſi ex duob. ff. de bon. poſſ. contra tab. l. 1. §. ſed et ſi poſthumus, ff. de coniung. cum emancip. lib.* Ego autem ſta-
96 tuo præferendam eſſe † ſententiam Galliaulæ *hic n. 40.* & Croti *n. 96.* exiſtimantium huic nepoti denegandam eſſe bonorū poſſeſſionem, non ex cauſſa, quam illi in conſiliū adhibuerunt, ꝙ filius ſe excluſiſſe videatur, ex quo non inuitus a patre emancipatus ſit, obſtāt enim rationes ſupra a nobis propoſitæ, ſed quod cauſſa non ſit, huic nepoti ſubueniendi, quem pater nulla ratione præterierit, ſed diſerte inſtituerit, nec obeſſe, quod pronepos ipſi cōiungatur, cum ad denegandum huiuſmodi remedium ſufficiat, quod filius ex legitima portione inſtitutus ſit, *l. ſi duobus 14. ff. de bonor. poſſ. contra tabul. l. ſed ſub conditione, eod. tit.* quemadmodum etiam inofficioſi querela hoc modo excluditur, *l. cū quæritur, ſup. de inoff. teſtam.*

Maioris itaq; controuerſiæ eſſe cōſtituo, an hæc cōſideratio aliquid vtilitatis adferre
97 poſſit, cum † per *nouell. conſtitutionem 118. de heredıtat. quæ ab inteſtat. deferunt. §. nullam,* & quaſdam alias leges, omnis differētia patriæ poteſtatis & emancipationis ſublata videa-
98 tur, quod ſane defendunt † hoc loci Bartol. *num. 7.* Bald. *n 7. & 8.* Ang. *num. 11.* Caſtrenſ. *num. 11.* Iaſon *num. 25.* Ioan. ab Imol. *num. 39.* Alex. *num. 14.* Galliaula *num. 47.* Bolognet. *n. 165.* Fran. Aret. *num. 20.* Marian. Socin. *nu. 84.* Emanuel a Coſta *part. 3. nu. 207.* Guil. Bened. *in c. Raynutius, in verb. & vxorem, nomine Adelaſiam, deciſ. 5. num. 51. Caſtrenſ. in l. 2. n. 3. ſup. de inoff. teſtam. Vigl. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm. in princ. num. 1. Duaren. in explicat. tit. de coniung. cum emancip. liber. Coraſ. in hoc noſtr. §.* Argumenta, quibus mouentur, ſubiicio.

Principio enim † *in d. Nouell. 118. §. 1.* hu- 99
iuſmodi verba, quæ propoſito ſeruire videantur, occurrunt: *Si quis igitur deſcendentium fuerit ei, qui inteſtatus moritur, cuiuslibet naturæ, aut gradus, ſiue ex maſculorū genere, ſiue ex fœminarū deſcendens, & ſiue ſuæ poteſtatis, ſiue ſub poteſtate ſit: omnib. aſcendentibus, & ex latere cognatis præponatur.* Et paulo poſt: *Nulla introducēda differentia, ſiue maſculi, ſiue fœminæ ſint, & ſeu ex maſculorū, ſeu fœminarū ple deſcendāt, ſiue ſuæ poteſtatis, ſiue ſub poteſtate ſint conſtituti:* rurſum interpoſitis quibuſdā: *differētia nulla ſeruāda inter perſonas iſtas, ſiue fœminæ, ſiue maſculi fuerint, qui ad hereditatē vocantur: & ſiue p maſculi, ſiue per fœminæ perſonā copulētur, & ſiue ſuæ poteſtatis, ſiue ſub poteſtate ſunt eius, cui ſuccedunt.* Porro in *§. nullā,* eadē nouella ſequentia verba ſeſe offerunt: *Nullam vero volumus eſſe differentiam in quacunque ſucceſſione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, maſculos ac fœminas, quos ad hereditatem communiter definiuimus vocari: ſiue per maſculi, ſiue per fœminæ perſonam defuncto iungebantur, ſed in omnibus ſucceſſionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare præcipimus, ſiue per fœmineam perſonam, ſiue per emancipationem, ſiue per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, & omnes ſine qualibet huiuſmodi differentia, ſecundum proprium cognationis gradum, ad cognatorum ſucceſſionem ab inteſtato venire præcipimus.*

Adfertur ſecundo *l. meminimus, §. 1. C. de legit. hered.* qui ita conceptus eſt: *Cum igitur prætorem filium emancipatum, licet ſubtili iure capite fuerat deminutus, attamen in patris ſucceſſionem ſine vlla deminutione vocare manifeſtum eſt: non eodem autem iure etiam ad fratrum ſuorum ſucceſſiones ab eodem vocabatur, ſed nec filii eius iure legitimo ſuis patribus ſuccedebant: neceſſarium duximus, hoc primum corrigere, & legem Anaſtaſianam iuſto incremento perfectam oſtendere, vt emancipati filius & filia nō ſolū in paternis bonis, ad ſuorū ſimilitudinē ſuccedant, ſed etiā in fratrum vel ſororum ſuarum ſucceſſione (ſiue omnes ſui, ſiue omnes emancipati ſint, ſiue mixti) æquo iure inuicem ſibi ſuccedant, & non ſecundū legem Anaſtaſianam, parte aliqua deminuta.*

Tertio in cauſſam deducitur *l. maximū vitiū, §. ſancimus,* qui ita ſe habet: *Sancimus itaq;,*

Digitized by Google

quemadmodum in ſucceſſionibus parentum, quæ ab inteſtato deferuntur æqua lance & mares, & fœminæ vocantur, ita & in ſcriptura teſtamentorum honorari, & ſimilibus verbis exheredationes nominatim procedere, & contra tabulas bonorum poſſeſſionem talem habere, qualē filius vel ſuus, vel emancipatus haberet, vt & ipſa, ſi fuerit præterita, ad inſtar filii emancipati, vel ſui, vel teſtamentum ipſo iure euertat, vel per contra tabulas bonorum poſſeſſionem, ſtare hoc non patiatur.

Quarto pro hac ſententia expendunt *Nouell. 118. §. neq; illo*, qui ita compoſitus eſt: *Neque illo de cetero ſeruando in nepotibus & pronepotibus non ſuis, & ſub poteſtate conſtitutis, minus tertia parte eos habere, quam eorum parentibus viuentibus oportebat relinquere teſtatores. Non enim excipimus vlterius nepotes, qui ex filio paternis auis accreſcunt, vt illi quidem integram accipiant partem, quantam eorum acciperet pater viuens: nepotes autem ab auo per mediam filiam venientes, aut auia paterna vel materna, minus tertia accipiant: ſed vnum ordinem in omnibus ponimus nepotibus & pronepotibus, non ferentes fœminā a maſculo in talibus minui. Neque enim maſculus ipſe in ſe, neque fœmina ſolum ad natiuitatis propagationem ſufficiens eſt, ſed ſicut vtrumque eorum coaptauit Deus ad generationis opus, ita etiam nos eandem vtriſque ſeruamus æqualitatem.*

Quinto confirmare hanc interpretationem videtur Nouell. 115. §. *aliud quoq; capitulum*, vbi nedum pater, qui filios habet in poteſtate, ſed etiam mater & auia ſiue paterna, ſiue materna, iubentur inſtituere liberos ſuos, aut eoſdē nominatim exheredare, inſerta ingratitudinis cauſſa: additur deinde *in §. iuſtum, verſ. ſin autem*, quod ſi hæc non fuerint obſeruata, teſtamenta nullam vim habere, quantum ad inſtitutionem heredum.

Sexto aſſerere huius enuntiationis cauſſam poteſt auth *in ſucceſſione, infr. de ſuis & legit. hered.* quam etiam ſubiicimus: *In ſucceſſione mortui patrisfamilias ſiue filiifamilias liberi eius, ſi ſint omnibus aliis prælati ſuccedunt. Primi quidem gradus æqualiter ſuccedunt: nepotes & vlteriores in ſtirpes, non diſtinguendo ſexum, vel iura poteſtatis, ſed ſola naturali cauſſa inſpecta.*

100 Contrariæ ſententiæ † auctores, quod ſcilicet per hæc iura, quorum mentionem fecimus, non ſit ſublata differentia inter ſuos & emancipatos, & per conſequens adhuc ſalua ſit definitio noſtri §. item totius titul. *de coniungend. cum emanc. liber.* ſunt gloſſ. *in hoc noſt. §. in verb. emancipatis, Fortunat. num. 208. Galliaul. num. 44. Alciat. num. 58. Crotus n. 105. Ruin. num. 132. quos refert & ſequitur Martius Aquilin. in hoc noſtro §. verſ. quod ſi nepos, n. 232. accedunt idem Alciat. lib paradox. 3. c. 10. Cuiac. d. Nouell. 118. Boet. Epo. in enarratione huius §. num. 29. poſt Perottum & nonnullos alios ab eodem allegatos.*

Confirmant † autem hanc ſuam explica- 101
tionem per argumentum a ſufficienti enumeratione, quod ſiue iura Digeſtorum intueamur, ſiue Inſtitutionum, ſiue Codicis, ſiue Nouellarum, vbique talis differentia in conſideratione ſit, neque vſquam ſpecialiter abrogata deprehendatur: Digeſtorum, *vt hoc noſtro §. & tot. tit. de coniung. cum emancip. liber. Inſtitutionum, vt §. emancipatos, Inſt. de exhered. liber. & § emancipati, Inſt. de hered. quæ ab inteſtat. defer. Codicis l. emancipata, ſupr. qui admittant. ad bonorum poſſeſſ. l. 2. & 3. & l. ſi maritus, infr. de patr. poteſt.* inde etiam euenire, quod filius ſuus hereditatem, cui ſe non immiſcuit, in quoſcunq; heredes tranſmittat *l. apud hoſtes, & ibid. gloſſ. Bart. Salyc. & alii infr. de ſuis & legit. hered. Corneus in l. ſi emancipati, ſupr. de collat. num. 10. Fortun. hic num. 224. Galliaul. num 44. Nouellarum*, vt apparet ex *§. penult. Nouell. de inceſt. nupt. & §. illud, Nouel. conſtit. quæ dignit. fil. liber. a patr. poteſt. & dict. Nouell. 118. §. ſi quis igitur*, vbi manifeſta differentia notatur, in cauſſa acquiſitionis filiorum, qui in poteſtate ſint, vel per emancipationem inde exiuerint.

Secundo, quod non ſolum in præſenti quæſtione, verum etiam in multis aliis iuris
noſtri articulis, id euenire videamus, *vt † in* 102
§. repetitis, Inſt. de ſeruil. cognat. vbi Iuſtinianus cōſtituit primā cauſſam eſſe ſucceſſionis deſcendentiam ab inteſtato, nec intereſſe, an in poteſtate ſint, an minus, & an ex maſculis nati vel fœminis: & tamen inter omnes conuenire videtur, non eſſe exæquatam illorum conditionem, ſed cum illa diſtinctione eoſdem admittendos eſſe, qua iure ciuili antea vocari conſueuerant. Pari ratione animaduertimus, quod Imperator Iuſtinia-
nus † profiteatur *l. maximum vitium, §. ſanci-* 103
mus, infr. de liber. præter. item §. ſed hæc quidem vetuſtas, Inſt. de exheredat. liber. quod ſimplex & ſimile ius, & in filiis & in filiabus, & in ceteris deſcendētibus per virilem ſexum perſonis introduxerit, vt omnes ſiue ſui, ſiue emancipati ſint, vel heredes inſtituantur, vel nominatim exheredentur, vt eundem effectum habeant circa teſtamenta parentum infirmanda, & hereditatem auferendam, quam ſui vel emancipati habent: non tolli differen-

Digitized by Google

differentiam, quæ inter ſuos & emancipatos
erat, vt emancipati & præteriti bonorũ poſ-
ſeſſionẽ contra tabulas implorare cogãtur,
§. *emancipatos, eod. t.* Sui aũt teſtamentũ nullũ
dicere poſſent, *Inſt. eod tit. in prin.* ſed confir-
104 mari potius. His † reſpondet definitio *l. me-
minimus, C. de ſuis & legit. hered. item l. cum in
antiquioribus, C. de iure delib.* ex quibus intel-
ligimus Iuſtinianum in caſibus ibidem pro-
poſitis extendere beneficium prætoris, non
autem emancipatos, vt ſuos agnoſcere, ſed
ad ſimilitudinem ſuorum duntaxat vocare.

Tertio non intẽpeſtiua eſſe videtur con-
ſideratio Bartoli *in l. ſi emancipati, n. 11. ſup. de
collationib. Bald. num. 6. Caſtr. n. 7. Alex. n. 10. Ia-
ſon. n. 36.* & aliorum, quos ibidem recenſeo,
105 contendentium diſcrimen † emancipato-
rum & ſuorum nulla ratione ſublatum vide-
ri, ſi de cauſſa teſtamẽtaria tractetur, in præ-
ſenti autem cõtrouerſia diſſeri de teſtamen-
to, an pronepos ſuus vna cum nepote eman-
cipato admittendus, an non ſit.

Quarto, quod etiam ipſe Bart. *in l. 1. ff. de
coniungend. cum emancip. liber. Bald. l. in ſuis ff.
de liber. & poſthum. hered. inſtituend. numer. 8.
Ang. de Periglіſ. ibid. in repetit. num. 135. Paul.
Caſtrenſ. hic num. 11. Iaſ. num. 54. Alciat. nu. 62.
Marian. Socin. num. 87. Bologn. num. 162. quos
refert & ſequitur Marcus Aquilin. in verb. quod
ſi nepos. num. 137.* fateatur illum titulum anti-
106 quatum † non eſſe, ſi teſtamentum dunta-
xat pro parte expugnetur, de qua quæſtione
poſtea copioſius.

Quinto, quod quamuis noua conſtitu-
tione ipſius Iuſtiniani *115. §. aliud autem capi-
tulum,* filii ſui nominatim inſtituendi vel ex-
heredãdi ſint, adeo vt omiſſa huiuſmodi ſo-
lemnitate inſtitutio vitietur: tamen idem
probandum non ſit, ſi quis filium emanci-
107 patum † prætèrierit, ſed ſubueniendum ipſi
ſit per bonorum poſſeſſionem ſecundum §.
*emancipatos, Inſt. de exhered. liber. vt defendunt
Vigl. Inſt. de inoff. teſtam. in præfat. nu. 4. Bologn.
in auth. ex cauſſa, inf. de liber. præter. n. 20. Igneus
ibid. n. 24. Alciat. in l. ſi filius 7. ff. de liber. & poſt-
hum. hered. inſtit. num. 14. vbi etiam num. 18.* in
hanc ſententiam laudat Franc. Accurſ. Dy-
num, Oldradum, Zuſarium, Odofred. Iaco-
bum de Aren. Petrum de Bellapert. Raph.
Fulgoſ. & Cuman. Beſutium, item Plombi-
num. Marc. Aquilinus *hic in verb. quod ſi ne-
pos, num. 73.* de qua quæſtione, quid noſtri
iudicii ſit, non diſſimulamus *in l. maximum
vitium, & auth. ex cauſſa, C. de liber. præter.*

108 Sexto, quod illud, quod † nominatim
antiquatum non ſit; veteris iuris regulis re-
lictum videatur, *l. præcipimus, in fin. C. de appel-
lat. l. ſancimus, C. de teſtam. l. commodiſſime, ff. de
liber. & poſthum. hered. inſtituend. l. illam, C. de
collat. Nouell. vt adminiſtrat. in ſacr. palat. circa
finem.*

Septimo, quod † abſurdum cenſeatur, 109
quod Imperator vno & eodem verbo videa-
tur tot leges, multis vigiliis excogitatas, item
effectus emancipationi cohærentes, anti-
quare voluiſſe, vt ſcilicet, nedum definitio
præſentis §. correcta videatur, quo prone-
pos vna cum nepote ex teſtamento ſucce-
deret, vel præteritus ipſum teſtamentum
rumperet, ſed etiam generalis diſpoſitio *l.
poſthumorum 13. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact.
teſtam. item §. poſthumorum, Inſtit. de exhered.
liber.* quod ſcilicet nepos in locũ filii eman-
cipati ſuccedens, iura ſui heredis nanciſca-
tur, vt obſeruarunt Ruin. Alciat. Fortun.
Galliaul. *in locis allegatis.* Præterea totus titu-
lus de coniungendis cum emancipato libe-
ris otioſus iudicari deberet, vt contendunt
hoc loco Raphael Cuman. *num. 8.* Galliaul.
num. 51. Coſta *part. 3. num. 223.* Caſtrenſ. *in l.
2. C. de inoff. teſtam.* & paſſim alii, quos ſupra
perſecutus ſum, refragantibus Ruino, Cro-
to, Fortunio, Alciato, Boetio Epone, Cuia-
cio *in locis ſupra allegatis.* Deinde, quod nul-
la ratione neceſſaria erat bonorum poſſeſ-
ſio gratia litis agnoſcendæ, de qua *in l. Papi-
nianus, §. 1. ff. de inoff. teſtam.* quam tamen re-
quirunt Iaſ. *d. l. in ſuis, num. 7. ff. de liber. & poſt-
hum. hered. inſtit.* Ang. de Periglіſ. *n. 135.* Gal-
liau. *hic n. 49.* Corn. *d. auth. ex cauſſa, n. 30.* item
Aquilin. *hic n. 139.*

Vltimo, quod † ceſſarent multi effectus, 110
quos ordine perſequimur *in l. ſi emancipati,
C. de collat.*

Non fuerit parui negotii certamen, quod
inter doctores noſtros cõtractum eſſe vide-
mus, vel cõpoſuiſſe, vel depulſa huiuſmodi
ſpe, huic vel contrariæ ſententiæ calculum
ſuum adieciſſe: cum tamen interpreti illud
faciendum ſit, nõ video, † quare a poſteriori 111
ſentẽtia, quamuis paucioribus probata, diſ-
cedendum nobis ſtatuamus. Etenim † ſi de 112
meritis noſtri §. tractemus, duos caſus in cõ-
trouerſiam deduci animaduerto, quid iuris
ſit, ſi pronepotem inſtitutum ſingamus: de-
inde, quid obtineat, ſi illum præteritũ ima-
ginemur. Priori caſu definitio noſtri §. non
poteſt intelligi antiquata, ſi vera eſt ſentẽtia
illorum, qui negant differentiam ſuorum, &
emancipatorum eo caſu exploſam eſſe, qua

Digitized by Google

teſtamentum interceſſiſſe poneremus. Verum enimuero ſi teſtator pronepotem ſub hac cõditione heredem inſtituerit, *ſi nepos ſui heredis loco eſſe deſineret*, negare non poſſumus, ſecuta emancipatione, nepotem ſuorũ loco eſſe deſinere *d. §. ſui, Inſtit. de hered. qualit. & differ. item d. l. 12. ff. qui teſtam. fac. poſſ. §. præterea emancipatione, Inſt. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluat. §. emancipatos, Inſtit. de exheredat. liber. §. emancipati, Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. deferunt.* & per conſequens locum eſſe conditioni, & pronepotem cum parente ſuo in cauſſa ſucceſſionis coniungi, ſecundum ea, quæ ſupra aperui. Si enim extraneus poteſt vna cum filio inſtitui *l. ſi duobus 14. ff. de bonor. poſſeſſ. contr. tab. l. extraneum, C. de hered. inſtit. & l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto, Cod. de te-*
113 *ſtam.* cur pronepos vna † cum nepote coniungi prohibebitur.

114 Porro ſi pronepotem, qui adhuc † in poteſtate erat, prꝭteritum eſſe fingamus, & nepotem emancipatum duntaxat inſtitutum, laborioſior erit ratio ſeſe inde extricandi, ꝙ doctores pro prima parte allegati contendant, pronepotem ius infirmandi teſtamẽti amplius nõ habere, quod ſolus nepos emancipatus ius ſucceſſionis habeat *d. Nouell. 118. §. 1. & §. nullam, & d. l. meminimus, C. de legit. hered. circa fin.* Nam ſi nullo condito teſtamẽto filius vel nepos emãcipatus ſolus ab inteſtato admittatur, multo iuſtiori ex cauſſa audiendus erit, ſi teſtamenti ſuffragio nitatur, cũ abſurdum iudicari poſſit, meliorem eſſe cõditionem ipſius, qui duntaxat tacitã voluntatem habeat, quam eius, cui expreſſa inſtitutio ſuffragetur, *l. Titia Seio 87. §. fin. ff. de legat. 2.* vnde cum ipſius nepotis non interſit, ſubuertere teſtamentum agnaſcendo non poteſt, *l. ſi patroni, §. qui fideicommiſſariam, & ibid. Alex. & alii l. poſthumus, §. ſi quis ex his, ff. de inoff. teſtam. Tiraq. de retract. gentil. tit. 1. §. 1. gloſſ. 2. n. 51.* Quod autem ipſius non interſit, inde apparet, quod alius eum præcedat, *l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium, ff. de liber. & poſth. hered. inſtit. vel exhered. l. ſi quis filio 6. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Quare ſublato iure ſuccedendi ab inteſtato, videtur etiam ceſſare ius rumpendi, *l. filio, §. matre, ff. de adimend. legat.*

Sed hæc collectio doctorum mihi ex eo probari nõ potuit, quod planum feciſſe debuerant, huic pronepoti nullum ius ab inteſtato eſſe viuo patre ſuo: concedimus enim, nedum filios & nepotes, ſed etiam filias & neptes omnibus agnatis ſine vllà diſtinctione, an in poteſtate, an ſui iuris ſint, præferri
agnatis, vt apparet ex † *d. §. ſi quis igitur deſcen-* 115
dentium, Nouell. 118. cuius rei nomine tota illa conſtitutio præcipua ex parte promulgata videtur, vt apparet ex tituli inſcriptione *de hered. ab inteſtat. venientib. & de agnator. iure ſublat.* nulla mẽtione patriæ poteſtatis aut emancipationis facta. Neque ad rem perti-
net, quod in † *§. nullam, eadem conſtitut. 118.* 116
etiam tractetur de emancipatione, *vt antea intellectum eſt.* Etenim ex verbis coniunctis facile intelligimus, Imperatoris propoſitum non fuiſſe, vt ſuos excluderet, ſed vt filiabus, & ceteris perſonis contra agnatos cõſuleret, exploſa differẽtia, an filii vel nepotes & pronepotes, filiæ neptes & proneptes eſſent in poteſtate, an vero emancipatꝭ, itaque filii & nepotes emancipati, nec non filiæ & neptes emancipatæ excludent quidẽ omnes agnatos, prꝭterea etiam admittentur cum aliis filiis vel nepotibus, qui in poteſtate ſunt: non tamen propterea ſequitur, quod nepotes ex filio emancipato, aut pronepotes ex nepote emancipato, qui adhuc in poteſtate teſtatoris erãnt, plane reiiciendi ſint, ſublato edicto de coniungendis cum emancipato liberis. Verum enimuero cum Iuſtinianus hoc non expreſſerit, etiam noluiſſe cẽſebitur, *l. vnic. de caduc. tollend. §. vbi, circa fin.* cum abſurdum
iudicari poſſit, † nepotem aut pronepotem, 117
qui in poteſtate remanſerit, & ſuus ſit, qui quidquid adquirit, etiam parenti adquirat, *§ igitur, Inſtit. per quas perſon. nobis acquir. l. cũ oportet, C. de bon. quæ lib.* ſecundũ diſtinctionem ibidem traditam, qui noctes & dies ad iuſſa parentis ſui paratus eſſe debet, fraudetur emolumento auitæ hereditatis, quod ſane Iuſtinianus de hac re conſultus minime reſponſurus videbatur, *l. tale 40. §. final. ff. de pactis.*

Quibus fundamẽtis iactis reliquum eſſe videtur, vt contraria argumenta ordine diluamus. Quod itaque ad §. 1. attinet, *Nouell. 118.* is ex illis, quæ ſupra complexi ſumus, cõ-
ciliationi locum daturus eſt, † quod nedum 118
filii, ſed etiam filiæ & neptes emãcipatæ excludãt parentes & agnatos, item quod cum filiis & filiabus in poteſtate ad ſucceſſionem
admittantur, neque illi eas excludant. † Sed 119
an admittendi iure ciuili, an vero iure prætorio per bonorum poſſeſſionem vnde liberi, *§. emancipati, Inſtit. de hereditat. quæ ab inteſtat. deferunt. & l. emancipata, qui admitti ad bonorũ poſſ. poſſ.* deinde an illud procedat cum præiudicio nepotum vel pronepotum, qui ſui

Digitized by Google

ſui ſunt, in controuerſiam vocatur. Et ſane quod ad vltimam quæſtionem attinet, con-
120 ſtituo † nepotes & pronepotes ſuos non excludi, ex cauſſis & rationibus, quas ſupra ꝑpoſui; an vero iure prætorio, an denique iure ciuili nunc temporis ſuccedant, perinde expeditum eſſe non puto. Certũ eſt, ius præ-
121 torium filiis emancipatis † adhuc patere, vt per bonorũ poſſeſſionem eo viam munire poſſint *d.l.emancipata, C.qui admitti ad bonor. poſſ.poſſ.& l.1.C.vnde liberi.* De remedio iuris ciuilis controuerſia eſt, negat enim Cuiac. *d. Nouell.118.* item Marc. Aquil. *in noſt.§.in verb. quod ſi nepos, n.129.* quod tamen ſatis durũ eſſe conſtituo; cũ remediũ Prætoris anni ſpatio circumſcribatur, *d.l.ſi emancipata, & §.fin. Inſt.de bonor.poſſ.* Actio autem ciuilis perpetua, aut ſaltem triginta annorum eſſe intelligatur, *Inſtit.de perpet.& temporalib. l.ſicut, C. de præſcript.30.vel 40.annor.* & non prohibeat ciuile remedium cum bonorũ poſſeſſione concurrere, *vt Inſt.de bonor.poſſ.§.ſunt autem; & §.ſed eas quidem*, & remediũ extraordinarium, quod plenius ſit, cũ ordinario decerni queat; maxime ſi illud recens propoſitũ ſit; *auth. vt perfectius, C. de except.annal.ſublat.* & magna differẽtia ſit inter hũc caſum & præcedentẽ, cum illic tractetur de iniuria aliena, quo caſu legiſlatores in ſubueniendo ſe procliues præbere non ſoleant, *l.ſi quando, C.de inoſ.teſtam.l.1.§.ſi quis a principe, ff.ne quid in loc.public.* Qua de cauſſa etiam hanc quæſtionem maturiori deliberationi reſeruo.

122 Quamuis §.*nullam*, magis † vrgere videatur; tamen promta reſponſione vitari poterit, liberos emancipatos ſine diſtinctione ſexus præferri aſcendẽtibus & omnibus agnatis: quamuis antiquitus aliter comparatum fuerat, vt apparet ex §.*item vetuſtas, Inſtit.de hered. quæ ab inteſtat. deferunt.* an autem nepotibus & pronepotibus in poteſtate retentis præferenda ſint, & hoc caſu quoque ſublata ſit differentia inter ſuos & emancipatos, altum in lege ſilentium eſt: Quare committendum nobis nõ eſt, vt illud, quod certo reſpectu emendatum eſt, in totum ſublatum eſſe dicamus, *argum. §.non tamen, Inſtit.quib.modis teſtam. infirm. & l.final. infr.de adoption.§.affinitatis, §.ſocrum, & §.ſi vxor, Inſtit. de nupt.* & incidamus in illam fallaciam; vt quod ſecundum quid pronuntiatum eſt, ſimpliciter conſtitutum dicamus, de qua re Nicolaus Euerhard. *in ſuis locis legalib. in præludiis, numer.24.* maxime cum in huiuſmodi perſonis non eadem ratio interueniat, ex qua emancipatis contra eaſdem ſubueniendum ſit.

Tantum abeſt, † *vt l.meminimus*, nobis 123
quidquã negotii faceſſat, vt confirmare noſtram ſententiam videatur. Etenim ex eadẽ l.intelligimus, emãcipatos ad ſucceſſionem fratrum ſuorum, item & patruorũ ad ſimilitudinem ſuorum admitti, non igitur (quod iam dudum inculcamus) ius ſui heredis, in cauſſa ſucceſſionis ab inteſtato, plane ſublatũ eſt, cum ad ſimilitudinẽ ſuorũ in ſucceſſione fraterna & patruorũ duntaxat, non vlterius admittantur, & nullũ ſimile idem eſſe intelligatur, *l.quod Nerua, ff.depoſ.* & deinde quod certo caſu inductum eſt, generale ius conſtituere non poſſit, *l.certa forma, C.de iur. fiſci, l.conſtitutio, ff.ad municipal.*

Longe faciliori ratione ſubmouebimus ſcrupulum tertio loco iniectum, cõcedimus enim filias, nec non etiã nepotes & neptes ex maſculino ſexu deſcendẽtes, inſtituẽdos eſſe heredes, vel nominatim exheredãdos; alioqui teſtamentum ab iiſdem labefactari
poſſe, † ſed diuerſis remediis: qui enim in 124
poteſtate ſunt, ſi præteriti ſint, teſtamentum nullum dicere poſſunt, *Inſtit.de exhered.liber. in princ.& l.maximum vitium, § ſancimus, in verb.teſtamentum ipſo iure euertat*; emancipati autem & emancipatæ illud conſequentur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas *d.§.ſancimus, & §.emancipatos, Inſtit.de exheredat.liberor.* Quid autem in exheredatione obtineat, expoſui in *auth.ex cã, tit.prox.n.33.*

Quod a quarto argumento periculi eſſe
poteſt, facile diſcutiemus, † ſi meminerimus, 125
quod cum *l.ſi defunctus 9. infr.de ſuis & legitim.hered.* comprehẽſum eſſet, quod nepotes, qui ex filiabus nati eſſent, agnatis quidem præferrentur; ſed vt aliquid prærogatiuæ deſcendentes maſculi, quos veteris iuris ſuffragia commendabant, haberent, ita demum admittendos eſſe cum patruis ſuis, vt tertia portione minus reciperẽt, quam mater illorum habitura erat. Iuſtinianus huiuſmodi differentia ſublata, conſtituerit, vt portionem non diminutam conſequerentur. Quod autem omne diſcrimen, quod inter ſuos & emancipatos, item maſculos & fœminas in deſcendentibus perſonis, nec non agnatis obtineret, eadem conſtitutione ſuſtulerit, id nemo ſani iudicii confirmare poteſt, cum tali interpretatione admiſſa, otioſa fuiſſet noua cõſtitutio Iuſtiniani *Nouell.118.* quæ tamen, vt antea admonui, exæquauit quidem iura deſcendentium, ſub-

Digitized by Google

lato diſcrimine ſexus & poteſtatis, ad excludendum aſcendentes & agnatos, non vero ad tollenda iura ſui heredis, ſi de nepotibus vel pronepotibus, qui in poteſtate manſerant, tractaretur, *vt dictum eſt.*

126 An conſtitutio † Iuſtiniani *115. §. aliud autem capitulum*, de emancipatis præteritis loquatur, ex his, quæ ſupra *num. 107.* expoſuimus, colligi poteſt, nec non ex noſtris commentationibus ad *l. maximum vitium, & authent. ex cauſſa, C. de liber. præterit.* vnde lector, quæ hic fortaſſe deſunt, haurire poterit.

127 Vrget, fateor, definitio † authenticæ *in ſucceſſione, C. de ſuis & legitim. liber.* ſed in authent. *ex teſtam.* item authent. *quod locum, Cod. de collat.* oſtendimus Irnerium in concipiendo nouellarum argumento, non vno in loco, ſed ſæpius impegiſſe; idem ſane & hic profiteri licebit, dum ait, *ſolam naturalem cauſſam inſpici in huiuſmodi ſucceſſionibus*, non diſtinguendo ſexum, vel iura poteſtatis. Sed pro excuſatione ipſius non incolorate quis contendere poſſet, generalia huius authenticæ verba interpretationem a præcedentibus accipere ex doctrina *l. ſi de certa, Cod. de tranſaction. & l. age cum Geminiano, l. cum hi, §. Prætor ait, ff. eodem titul.* dum ait, *liberos in ſucceſſionem mortui patrisfamilias omnibus aliis* (quod intellige, aſcendentibus agnatis & cognatis) *prælatos ſuccedere*; ſed ſane ſequentia ipſius verba, dum ait, *primi quidem gradus æqualiter admitti*, ſubiiciens poſtea, *ſola naturali cauſſa inſpecta*, hanc interpretationem vix videntur recipere. Qua de cauſſa non putamus ſpectandum, quid perperam ſcripſerit Irnerius, *l. nemo, C. de ſentent. & interlocut. omnium iudic.* quippe qui ab Imperatore Friderico non illam auctoritatem acceperit, vt nouas leges conderet, ſed vt præcipuas nouellas Codici inſertas per modum argumenti vel ſummæ exhiberet. Cum itaque in eo lapſus ſit, vt verba ipſius conſtitutionis oſtendere poterunt, non eſt quod nos eodem errore implicemus.

Definitionem noſtræ quæſtionis doctores noſtri, *vt Aretin. num. 21. Iaſon numero 58. Ruin. num. 137. Alciatus num. 64. in poſteriore lectur. Galliaul. num. 54. Socin. Iunior numero 89. Marc. Aquilin. numer. 141.* transferunt ad
128 quotidianam quæſtionem, an ſi lege † municipali caueatur, quod maſculi in ſucceſſione parentum fœminis præferantur, hoc ſtatutum etiam locum habeat, ſi parens teſtamentum fecerit, & filias præterierit, vel exheredauerit, & diſtinguunt variis modis, *vt apud eoſdem videre eſt, item Alexand. in l. filia dotem, Cod. de collat. num. 6. Iaſ. nu. 5. Decium num. 4.* quo etiam Lectorem breuitatis cauſſa reiicio.

Diſpoſitione noſtri §. ad hunc modum in tuto collocata; quærit gloſſa noſtra in verbo *emancipatus*, quid probandum ſit, ſi filium vel nepotem † emancipatum, teſta- 129
tor poſtea adoptet; an hoc etiam nepoti vel pronepoti noceat, & negat nocere *l. 1. §. ſi quis filium, ff. ſi null. tabul. teſtam. exſtab.* cum, vt ait textus, nunc in poteſtate patris ſit, non vt filius naturalis, ſed vt adoptiuus. Gloſſæ † ſententiam eo caſu, quo ſim- 130
pliciter adoptatus eſt, amplectuntur Bartolus *numero 9.* Iaſon *numero 58.* Caſtrenſ. *numero 12.* Coſt. *part. 3. numer. 7.* Marc. Aquilin. *in verb. quod ſi nepos; numero 1.* Sfortia Oddus *in tractatu de reſtitut. in integrum, part. 2. quæſtione 99. artic. 2. numero 13.* Sed negotium faceſſit *l. filio 23. hoc titul. item l. non putauit 8. §. ſi qui emancipatum 7. ff. de bonorum poſſeſſio. contra tabul.* Ex quibus edocemur, naturalia iura præualere, ſi filius emancipatus & exheres a patre ſcriptus, poſtea adoptetur, & ideo talem exheredationem ipſi nocere, quod non translatus, ſed redditus intelligatur. Secundo, quod cognoſcamus ex *l. non tantum 3. §. 1. ff. de bonorum poſſeſſion. contra tabul.* quod ſi quis cum duos nepotes haberet, alterum loco filii adoptet; filium duntaxat admittendum, excluſo nepote. Tertio, quod ex *l. ſi vnus, §. pactus, ff. de pact.* conſtet, illam interpretationem fauorabilem eſſe, quæ iura priſtina reuehat atque ſta-
biliat. Qua de cauſſa † Alciat. *hic n. 109. & ſeq.* 131
ab huiuſmodi expoſitione recedit, conſtituens adoptionem reſtituere iura priſtina, non ſolum cum quis vt filius nepotũ naturalium adoptatur, vt admittunt ipſe Bartolus, Iaſon, & alii doctores; ſed etiam ſi adoptio ſimpliciter interceſſerit. Ad *dict. l. 1. ſi tabul. teſtam. non exſtab. §. ſi quis filium*, reſpondet, Marcelli ſententiam ibidem relatam ab aliis reſponſis corrigi, quod admittendũ non puto, cum legum antiquatio vitanda ſit, & conciliationi ſtudendum, *l. 2. §. contrarium, C. de veter. iure enuclean. & c. cum expediat, de elect. in 6.* Innitendũ itaq; eſt † rece- 132
ptæ interpretationi, quæ confirmatur per *d. l. 3. §. 1. ff. de bonor. poſſeſſ. cont. tab. l. ſi is qui 44. ff. de adoption.* Accedit concludens ratio, quod cum nepos adoptatur, quaſi ex filio natus, conſenſus filii exigatur, *leg. cum nepos, 6. ff. de ad-*

Digitized by Google

de adop. Pari ratione etiam requiratur cõſenſus nepotis, cum quis in locum parentis ſui adoptatur, vnde poſtea conqueri non poteſt, *arg. l. pen. C. de pact.* cum iura ſui heredis propria voluntate amiſiſſe videatur. Porro cum ſimpliciter in filium adoptatur, hæ rationes ceſſant, quamuis enim iura naturalia præualere videantur: tamen illud in dubio nõ admittitur, cum tractatur de incommodo alieno, *arg. c. quamuis, & l. 2. § ſi quis a Principe, ff. ne quid in loc. publ. fiat.*

Hæc de emancipato, ſed quæſtionis † eſt,
133 *quod ſi is, cui aqua & igni interdictum eſt, vel qui deportatus erat, poſtea reſtituatur, an ita locum priſtinum recuperet, vt nepotem repellat?*

134 Qua in re † gloſſ. *in verb. emancipatus, Bartol. num. 10. Caſtrenſ. num. 12. Alexand. num. 17. Marian. Socin. num. 102. Iaſ. num. 59. Alciat. numer. 112. Raphael Cumanus num. 9. Franc. Aret. n. 21. Claud. num. 29. Fortun. Garſias num. 226. Galliaul. num. 59. Marc. Aquilin. in verb. quid enim ſi aqua & ignis interdictione peteretur, num. 76. Sfortia Oddus in tract. de reſtitut. in integ. part. 2. quæſt. 99. artic. 2. num. 12.* diſtinguunt inter reſtitutionem & ſimplicem indulgentiam, idque argumento *l. 1. § fin. ff. de bonorum poſſ. contra tab.* in hæc verba: *S & pater & filius deportati ſint, & ambo reſtituti, dicemus ad bonor. poſſeſſionem admitti filium. Sed etſi filius in metallum damnatus, vel alia pœna, quæ ſeruum efficit, reſtitutus nihilominus admittetur, alter nõ.* Item in l. ſeq. *Idemq́ eſt, etſi pater pœna & ſeruus efficiatur, & poſtea reſtituatur,* ita enim lectio Florentina concepta eſt, quamuis mihi hæc verba, *alter non,* quæ opera imperiti interpretis vel deſcriptoris fortaſſe irrepſerint, vt etiam *in l. 2.* copula *&*, abundare, atq; fruſtra membranas occupare videatur, quemadmodum etiam vulgaris editio vtrumq; omittit. Huc ſecundo referri poteſt *l. fin. C. de ſentent. paſſ. & reſtit. item l. 1. eod. tit. l. quod ſi minor, § reſtitutio, ff. de minorib. in integ. reſtituen.* quod reſtitutio integrum ius cuiq; reſtituat. item *l. reſtituere 75. l. plus eſt in reſtitutione 22 l. cum prætor 81. l. fin. § fin. ff. de verb. ſign.* Tertio commendat hanc definitionem *l. ſiue patronus 21. ff. de iur. patro.* Quarto, quod huiuſmodi ius nepoti aut pronepoti perfecte quæſitũ non ſit, cum viui quis heres eſſe non poſſit, *l. qui ſuperſtitis, ff. de acquir. vel omitt. hered. l. 1. § impuberi, ff. de collat.*

135 Sed negotium † faceſſere videtur, primo *c. quamuis, de reſcript. in 6. & l. ſi quando, C. de inoffic. teſtam.* Principes nõ ſolere cum dãno alieno auxilium impartiri, deinde *l. filius 7. ff. hoc tit.* teſtamentum ex eo non conualeſcere, quod filius præteritus ſuperſtite parente, rebus humanis exemtus ſit. Tertio, quod hac noſtra l. §. *idem credendum eſt,* caueatur, teſtamentũ rumpi, ſi quis cum filium & nepotem haberet, pronepotem heredem inſtituerit, quamuis nepos viuo teſtatore moriatur, ſi modo poſt obitũ parentis ſui atq; filii teſtatoris ſuperuixerit. Quarto, q. nuda voluntate teſtamentũ non cõualeſcat, *l. qui ex liberis, §. teſtamento, ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul. item l. ſancimus, C. de teſtamentis, §. ex eo ſolo, Inſtit. quemad. teſtam. infirment.* Quinto, quod illud, quod ſemel ruptum aut extinctum eſt, iure noſtro reſuſcitari non ſoleat, *l. Mævius 66. §. duorum, ff. de legat. 2. l. inter ſtipulantem 82 § ſacram, ff. de verbor. obligat. l. qui res 98. §. aream, ff. de ſolut.* Sexto repugnat *l. 2. ff. de decurion. in princ. item l. falſi, §. ordine, ff. ad legem Cornel. de falſ.* ex quibus intelligimus, eum, qui poſt deportationem reſtitutus fuerit, non recuperare locum, ſiue ordinem, quem inter magiſtratus ſiue decuriones habebat.

Scrupulum primo loco motum eximemus, ſi meminerimus deportatione ius ſui heredis atque adeo inſtitutionem infirmari, ex iuris ciuilis diſpoſitione, *vt hoc noſtro §.*
Principem † autem ea, quæ ſunt iuris ciuilis, 136
mutare poſſe, *Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil. §. final. l. intercidit 59. ff. de cond. & demonſtra.* præterea nepoti vel pronepoti non tã ex re ipſa quam ſpe ius quæſitũ fuiſſe, cum ad effectum huius iuris mortis tempus inſpicere debeamus, *Inſt. de rerum qual. & differ. §. ita demum, Inſt. de hereditat. quæ ab inteſtat. defer.* quo caſu
non vſque adeo lædi videatur, quod † lucrũ 137
facilius auferatur, *l. fin. C. de Codicill. l. fin. C. de acquir. & retinend. poſſeſſ.* quam quod re ipſa iam partum erat, *l. id quod noſtrum eſt, ff. de regul. iur.* Præterea impium videri deſiderium nepotis vel pronepotis, patri, cui omnem pietatem debeat, *l. cum oportet, C. de bon. quæ liber. §. non autem, l. non ſolum, §. melius enim eſt, inſ. de bon. quæ liber.* ordinem conuenientis ſucceſſionis præmature inuidentis. Acce-
dit & alia ratio, quod cum in perſona † filii 138
concurrant iura naturalia & ciuilia, *l. filio 23. hoc tit. & l. non putauit 8. § ſi quis emancipatũ, ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabul.* iuſtiorem quis habeat cauſam, illã interpretationem ſequendi, quæ voto teſtatoris conueniat, *l. cum in teſtamento, de hered. inſtituend.* & naturali iuri, iam remoto obſtaculo deportationis, conſentanea ſit.

Digitized by Google

Crucem ſecundo & tertio loco fixam nō facile fuerit ſuſtuliſſe, niſi repetamus ea, quæ comprehenſa ſunt *in §. præcedenti* circa explicationem *l. poſthumus, ff. de iniuſt. rupt. &*
139 *irrit. fact. teſtament.* aliam ſcil. eſſe † cām teſtamenti, quod ab initio valuit, quam quod nō adhibita ſolemnitate vitioſum fuit. Sed hic
140 exſiſtit non leue offendiculum, † q. ſecundū hanc interpretationem duntaxat iure Prætorio audiendus eſſet, *d. l. poſthumus,* quo caſu ſemper teſtamentum in ſcriptis ſeptem teſtium ſignis confirmatum requireretur, qua in diſceptatione auctorem, qui hāc difficultatem in præſenti loco expēderit, multo minus qui eandē ſubmoueret, hactenus nullum offendi. Conſtituo aūt extra cōtrouerſiam eſſe, q. huic ex beneficio Prætoris ſuccurratur, *d. l. 1. §. fin. cum l. ſeq. ff. de bon. poſſ. cont. tab. item d. l. poſthumus 12. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Si teſtamentum ſeptem teſtium ſigna habeat *d. l. poſthumus, & §. non tamen, Inſt. quib. mod. teſtam infirm.* an autem iure ciuili audiendus ſit, ſubſiſto, benignius tamen eſſe exiſtimans, vt auxilium iuris ciuilis ipſi non denegetur, quod reſtitutio Principis hoc conciliare videatur, *l. 1. Cod. de ſent. paſſ. & reſtit. & l. 2. §. reſtitutus, ff. de decurion.* Accedunt aliæ rationes, quas ſupra *nu. 121.* perſecutus ſum.

Hæc conſideratio quoque efficiet, ne a quarta impreſſione nobis quidquam periculi ſit: nuda enim voluntas teſtatoris nō reſtituit teſtamentum, quod ex capitis diminutione infirmatum fuit, ſi ipſum teſtatorem hanc † capitis diminutionem ſenſiſſe
141 ponamus, *§. non tamen, Inſt. quib. mod. teſtam. infirm. l. qui ex liberis 11. §. 1. ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* ſed requiritur certa declaratio ipſius teſtatoris: aliud autem probandum eſt in capitis diminutione heredis inſtituti, quæ medio tempore inter teſtamentum & mortem ipſius teſtatoris contingat, ita vt hoc caſu procedere videatur generalis regula *§. in extraneis, Inſtit. de hered. qualit. & differ. & l. ſi alienum 49. §. 1. ff. de heredib. inſtituend.* vel quod magis placet, quicquid offenſionis cōtractum eſt, id remedio reſtitutionis ſublatum eſſe ſtatuamus.

Quamuis regulariter, vt quinto obiicitur, ius ſemel exſtinctum, reuiuiſcere non ſoleat: tamen ſi infirmationis cauſſa a iure
142 ciuili procedat, præſidio † Principis ad priſtinam cauſſam reuocari poteſt, *d. l. 1. Cod. de ſentent. paſſ. & reſtitut. & d. l. 2. §. reſtitutus, ff. de decurion.* maxime conſideratis illis rationum adminiculis, quæ antea propoſita ſunt.

Quod difficultatis ex ſexta oppoſitione eſſe poterit, id ex ſequentibus dilucide tolletur, dū de vi verbi *reſtitutionis* loquemur.

Secunda gloſſæ concluſio eſt, † quod ſi 143
deportatus poſt mortē teſtatoris, quo tempore nepoti aut pronepoti iam ius hereditatis quæſitum eſt, reſtituatur, quod non recuperet bona iam in alium tranſlata: gloſſæ ſubſcribunt † *Bart. num. 11. Bald. num. 15. Caſt.* 144
num. 14. Socin. num. 14. Claud. num. 31. Iaſ. num. 61. Ruin. num. 176. Galliaul. num. 51. Emanuel a Coſta in 2. part. num. 41. Franc. Aretin. num. 21. Marc. Aquilin. in verb. quid enim ſi aqua & ignis interdictione, num. 82. Andr. Gail lib. 2. de pac. public. c. fin. num. 12. 14. & 16. Decian. conſil. 86. num. 39. Iacob. Menoch. lib. 5. præſumt. c. 46. num. 9. vbi idem ſentientes refert Cretum, Boſſium, Nattam, Iulium Clarum, Petrum Surdum, Cephal. *conſil. 395. num. 9. volum. 3. Bonacoſſ. in theſ. commun. opinio. in verb. gratia facta bannito, Anton. Peregrin. de iure fiſci, lib. 5. tit. 2. num. 33. vbi idem ſentientes refert Bartol. Bald. & Salyc. in l. fin. C. de ſentent. paſſ. & reſtitut. Lucas de Penn. Afflict. & alios, Proſp. Farin. in ſua praxi criminali lib. 1. tit. 1. quæſt. 6.* Mouentur ad ita pronuntiandum ex ſequentibus argumentis.

Primo, quod edocemur ex *cap. quamuis, de reſcript. in 6.* quod ſi is, qui priuatus beneficio fuerat, poſtea reſtituatur: non tamen præferatur alteri, qui ſimilem gratiam obtinuerat.

Secundo, quod ex *l. 2. §. merito, & §. ſi quis a principe, ff. ne quid in loc. publ. fiat;* conſtet, Principem non ſolere quem cum præiudicio alieno reſtituere.

Tertio, quod ex *l. fin. C. ſi per vim, vel alio mod.* intelligamus, nemini poſſeſſionē parte altera inaudita, etiam per Imperiale reſcriptum auferendam eſſe.

Quarto adducunt *l. intercedit 59. §. fin. ff. de cond. & demonſt.* vbi oſtendit IC. reſtitutionem non proficere, ſi pœna in aliquem ſtatuta fuerit, quæ ſeruitutem irrogaret, addens rationem, quod ſeruitus morti aſſimuletur, quaſi inferre vellet, quod poſt mortem teſtatoris impetrata reſtitutio nullius momenti ſit, ad reuocanda ea, quæ iam aliis delata erant.

Quinto mouet generalis regula, multis in locis inſinuata, rem mutatam in priſtinum ſtatum redire non poſſe, *l. liber homo, ff. de ſtatu hominum, leg. inter ſtipulantem 83.*

§. ſacram,

Digitized by Google

§. ſacram, ff. de verbor. obligatio. vnde etiam ſemel liberatus patria poteſtate, in illam honeſte redire nō poteſt, niſi per adoptionem, *l. qui liberatus, ff. de adoption.*

Sexto vrget doctrina Baldi *in l. penult. ff. de excuſat. tutor.* argum. eius textus contendentis, quod ſi vidua vſufructuaria relicta ſit, donec caſte vixerit, & primo anno obtemperauerit conditioni, ſecundo vero in promiſcuos complexus conceſſerit, tertio anno ad ſaniora conſilia redierit, non tamen admittatur ad legatū, ita & hic idē defendi poſſit.

Septimo, ꝙ qua ratione fœmina ſemel excluſa, perpetuo excluſa cenſetur, quamuis is, qui eandem repulerat, poſtea moriatur, *§. quin etiam, Epiſcop. vel Abbat. feud. dar. non poſſ.* ita etiam deportatus.

Octauo, ꝙ ſubſtitutio ſemel nato poſthumo extincta, non conualeſcat, quamuis is intra paucos dies fato conceſſerit, *l. vxoris abortu, C. hoc tit.*

Nono commendant hanc aſſertionem *l. cum vxor, C. quand. dies legat. ced. c. ab eo, de electio. in 6.* quæ declarant ius quæſitum retineri, quamuis cauſſa, cuius contemplatione id partum ſit, poſtea deficiat.

Quibus decimo finitima eſt alia iuris obſeruatio, quæ generaliter dictat, actum iam perfectum & conſummatum, ex impedimento ſuperuenienti non vitiari, *l. penult. §. etſi placeat, l. inter ſtipulantem 83. §. ſacram, ff. de verb. oblig. c. factum legitime, de reg. iur. in 6. l. 1. §. fin. & l. ſeq. ff. de itin. actuque priu.* qua cauetur, non poſſe corrumpi, aut mutari, quod recte tranſactum eſt, etiam ſuperueniente delicto.

Vndecimo, ꝙ longe diuerſa ratio ſit rei, quæ nondum effectū ſortita eſt, & eius, quæ plane perfecta eſt, & ius in perſona acquirētis ſtabiliuit. Hic enim de damno depellendo laborari ſecundū definitionem gloſſæ *in l. 1. §. ſi quis propter, ff. de itin. actuq. priu.* quam cōmendant Ang. *in l. non amplius 26. §. fin. ff. de legat. 1. & ibid. alii doctores.*

Duodecimo, ꝙ mala fides decurſo tēpore, quod legibus definitum eſt, non vitiet vſucapionem aut præſcriptionem, vt docet gloſ. *in c. fin. de præſcript. Innocent. ibid. in verb. temporis, Hoſtienſ. in verb. in nulla tēporis parte, Ant. de Butr. ibid. Imol. n. 30. Abb. n. 6. Felin. n. 11.* qui illam opinionem cōmunem appellat, & infiniti alii, quos congeſſimus *in noſtro tract. de præſcript. part. 2. memb. 2. c. fin.*

Decimo tertio defendi hæc ſententia poterit, ex definitione *l. fin. infr. de repud. hered.* item *l. quod ſi minor 24. §. Scæuola, ff. de minorib. in integr. reſtituend.* reſtitutionem non ſolere ea mutare, quæ facta alienatione integra eſſe deſierint.

Decimo quarto, quod quamuis Imperator exceptionem dilatoriam aliquando reſcripto ſuo remittere ſoleat, diuerſum tamē ſit in exceptione perētoria, quæ negotii cognitionem tollat, & vires principalis cauſſæ exhauriat, *l. quoties, C. de precib. Imp. offerend.*

Decimo quinto, quod hereditas ſemel adita & apprehenſa deſinat eſſe patrimoniū defuncti, & fiat proprium patrimoniū ipſius heredis, *l. 1. §. veteres, ff. de acq. poſſ. l. cum heredes 22. eo. tit.* qua de cauſſa Princeps auferendo eiuſmodi bona, proprium patrimonium auferre diceretur, quod ipſum nō poſſe conſtat ex *c. Achab. 33. q. 3. tit. de pœnitent. & c. conuenior, §. Nabuth. 23. q. 8.*

Decimo ſexto, quod etiam ius poſtliminii, quamuis omnia reſtituere videatur: tamen non admittit ius alteri interea temporis ex his bonis quæſitum, *l. in bello 12. §. etſi ignorans, ff. de capt. & poſtlim. reuerſ.*

Decimo ſeptimo, quod quemadmodū is, qui clericus vel monachus factus ſit, feudum amittit: & quamuis clericus eſſe deſinat, feudum amplius vindicare non poſſit, *c. vnic. de feud. fœmin.* idem etiam in deportato dicere debeamus.

Decimo octauo, quod qua ratione is, qui feudum alienando amittit ius ſuum, & redimendo feudum hanc culpam ſiue labem detergere non poteſt, & ius priſtinum recuperare, *cap. 1. quid iur. ſi vaſall. poſt alien. feud. recuper.* quod tale ius iam domino quæſitum ſit, ita etiam deportatus eo viam munire nequeat.

Vltimo vrgent omnia illa argumēta, quæ in ſimili diſceptatione, an ſcilicet Imperator ius tranſactione quæſitum reſcindere poſſit, cōgeſſimus *in l. cauſſam 16. ſup. de tranſaction.* quæque in quæſtione admodum cognata poſt Iac. de Belloniſo coaceruantur a Matth. de Afflict. *c. hic fin. tur lex in primo, in 6. notab. n. 12. & ſeq.* quorū præcipua iam exhibuimus, cetera vt leuiora omittimus.

Contrariam ſententiā, quod etiam poſt mortem reſtitutus ilius recuperet bona ſua, † defendunt Alciatus *hic in 2. lect. ar. n. 70. Soc. Iun. n. 104. Fortun. num. 228. Crot. num. 17. Sfort. Odd. in tractat. de reſtitut. in integrum, part. 2. q. 99. artic. 1. nu. 6.* vbi ait doctores pro hac parte pugnantes eſſe pares numero cum reliquis, allegat præterea Bart. Bald. Caſtr. Soc. 145

Digitized by Google

Iun.idē vt ait defendentes. Accedunt Bald. Bellamet. Felin.Pariſ.Ruin. Roland.a Vall. in hanc ſententiam relati a Iacob.Menoch. *d.præſumt.46.n.9.lib.5.*

Pro defenſione huius ſententiæ hæc potiſſimum argumenta conſiderari poſſunt.

Primo,quod *l.1.§.filio,ff.ad SC.Tertullian.* caueatur, quod ſi filius, qui cum mater moreretur,ciuis Romanus fuit,ante aditam hereditatem in ſeruitutem deducatur, beneficio Principis reſtitutus fuerit, conſequenter etiam recipiat legitimam hereditatem,cum tamen ſecundum eoſdem doctores ſequentibus iam ius ſemel quæſitum fuerit.

Secundo, quod verbum *reſtitutionis*, hæc continere & cōplecti videatur, *l.1. C. de ſent.paſſ. & reſtit. l. quod ſi minor, §.reſtitutio, ff de minorib.in integrum reſtituend.l.fin.§.fin. ff.de verborum ſignificatio.l.2. §.reſtitutus ff.de decurionibus.*

Tertio, quod hāc ſententiam commendet,*l.ſi qua militi, §.1.ff.ex quib.cauſſ.maior.in integr.reſtit.*

Quarto, quod nulla inuidia ſit, quod alicui lucrum cum damno alieno quæſitū extorqueatur, *arg.l.6. §.ſimiliq; modo, ff. quæ in fraud.credit geſt.ſunt.*

Quinto, quod ſuffragetur probata apud noſtros interpretes definitio, quod ſi bona eius,qui deportatus aut exilio multatus fuit, non ex facto fiſci, eadem in alium ex cōtractu venditionis vel ſimili transferentis, ſed ex diſpoſitione legis quæſita eſſent, vt fieri conſueuit in bonis feudalibus, emphyteuticis,maioratus & ſimilibus, vel ex definitione ſtatuti bona occidentis, occiſi heredibus applicantis, & in aliis exemplis, quæ ordine perſequitur *Sfort.Oddus in tractat. de reſtit. in integ.part.2.q.99.art.10.* quod tunc reſtitutio a Principe facta, etiam hæc iura inſtaurare ſoleat. Ita enim concludunt Alex.*n.20.Aret. n.21.Iaſ.n.61.Crot.n.118.Fortun.n.232. Galliau. num.71.Ruin.num.181.Burſat.conſ.54.num.26. & ſequent.Roland.a Vall.conſ.45.num.25.vol.4. Felin.c.inter quatuor,num.9.Pariſ.conſil.1.num. 47.volum.4. Bald. in l.fin. C. de ſentent.paſſ. & reſtit.num.6.Fulgoſ.ibid.n.13. Mnoch.præſumt. 46.n.9.lib.5. Sfortia Oddus in tract. de reſtit. in integr.part.2.q 99. artic.10.num.74.* vbi plures allegat Proſper Farinac.*in ſuo tractatu criminali lib.1.tit.1.q.6.num.36.* vbi etiam alios auctores accumulat, idque argumento *d.l.ſi qua militi,§.1.ff ex quib.cauſſ.maior.in integ.reſtituan.* & quod non videatur eſſe inuidia, ſi illud, quod beneficio Principis aut legis cōceſſum eſt,ab eodem auferatur, *arg.l.videamus,ff.de in lit.iuran.& §.igitur,Inſtit.per quas perſon.nobis acq.* deinde, quod cauſſa ad non cauſſam redierit, *c.cum ceſſante,extr.de appell.* Vltimo, quod quoties aliquod ius alteri delatum ſit, ex ſolo impedimento & inhabilitate alterius, q; reſtitutio Principis hoc ius reparare poſſit.Pro cuius rationis confirmatione tamen Sfortia Odd. & Cuiac.nihil allegant,quam auctoritatem Cardinalis Albani & Bruni.

Sexto,hanc concluſionē confirmat *l.ſiue patronus, ff. de iur.patron.* vbi patronus recuperat iura patronatus per deportationem amiſſa, modo reſtitutus ſit, nec diſtinguitur, quo tempore illa reſtitutio impetrata ſit.

Septimo fulciri hæc opinio poteſt ex obſeruatione *l.fin. C.de ſent.paſſ. & reſtit.§.minores, & §. quem ſi comperta*, deinde *l.ſed ſi hac,l. 10. §.ſed ſi per pœnam, ff. de in ius vocand.* quæ manifeſtant, patrem reſtitutū recipere patriam poteſtatem, nec liberos prætendere poſſe,quod ius libertatis adepti ſint.

Octauo pugnat pro hac cōcluſione *l.pen. C.de adoption.verſ.ſin autem per emancipationē,* vnde cognoſcimus, filium, qui per adoptionem liberatus erat patria poteſtate,emancipatum a patre adoptiuo, rurſus incidere in poteſtatem parentis naturalis.

Nono, q; ex *l.ſi chorus 79.§.pen. & fin ff.de legat.3.* intelligamus,legatum areæ peremtū, in ædificatione reſurgere,ſi teſtator ædificiū poſtea demolitus ſit, quemadmodū etiam legatum ſerui, quod per manumiſſionē extinctum erat, reuiuiſcit, ſi is in ſeruitutem poſtea redigatur.

Decimo aſſerere cauſā huius enūtiationis poteſt *l.3.§.antepen.ff.de hered.& act.vend.* vbi obligatio iure confuſionis peremta *l.debitori,C.de pact.* reſtituitur,ſi creditor debitoris hereditatem ad ſe delatam alteri vendiderit.

Vndecimo, quod qua ratione prodigus, ſi ad ſanos mores reuertatur, deſinit eſſe in curatione, & ad priſtinum ſtatum redit, *l.1. ff.de curat.furioſ.* ita etiam deportatū, ex quo reſtitutus eſt,omnia recuperare.

Duodecimo, quod quo pacto dominus ab Imperatore, vel eo, qui eius faciendi ius habet, proſcriptus, ſi poſtea reſtituatur ius feudi in vaſallis recuperat, *cap.hic finitur lex,* deinde *conſuetud. reg. incip. in princ.* eodem modo etiam videatur deportatus ius ſucceſſionis recipere debere.

Decimo tertio, q; beneficium Principis pleniſſi-

Digitized by Google

pleniſſimam interpretationem recipiat, *l. beneficium, ff. de conſtit. princ.*

Decimoquarto, quod hoc ipſum videatur expoſcere definitio verbi *reſtitutionis, l. 1. C. de ſentent. paſſ. & reſtitut. & l. 1. C. ſi aduerſ. tranſ.*

Decimo quinto, quod quemadmodum ſoluto iure datoris, ſoluitur ius accipientis, *l. lex vectigali 21. ff. de pignoribus, & § final. de controuerſ. inueſtit.* eadem ratione etiam reſtitutione facta videantur etiam corruere omnia iura, medio tẽporis ſpatio aliis delata.

Decimo ſexto, quod acquiſitioni a nepote vel pronepote factæ videatur ineſſe tacita cõditio, niſi deportatus beneficio Principis reſtituatur, *l. intercidit 59. ff. de condit. & demonſtrat. l. ſtipulatio, ff. de iur. dot. l. quamuis, § 1. ff. de acq. poſſeſſ.*

Decimo ſeptimo, quod quemadmodum rei mutatione ius vnius extingui ſolet, ita etiam reſtitutione ipſius inſtaurari, *l. ſeruitutes, § ſi ſublatum, ff. de ſeruitut. vrban. præd. & l. vnus ex ſociis, § fi. ff. de ſeruitut. ruſtic. præd.*

Vltimo, ſuffragatur & illa conſideratio, quod Imperator etiam poſt mortẽ parentis filios naturales natalibus reſtituere, & ita ꝓximos a ſucceſſione eius ſubmouere poſſit, *Nouell. 74. § ſi vero ſolummodo, & Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui, § ſi vero is.*

Huc deinde referri poſſunt multa alia argumenta, quæ quindecim numero coaceruauit Matth. de Afflict. *in dict. cap. hic finit. lex. nu. 1.* in ſimili quæſtione, an quis, qui propter rebellionẽ priuatus fuit comitatu ſuo, & poſtea reſtitutus, poſſit reuocare eũdem comitatum, in alium medio temporis ſpatio translatum.

146 In hac diſſidentium † interpretum contentione, conſtituo ita rem digerendam eſſe, vt ſiquidem conſtet de voluntate Principis eandem ſequamur, Decius *in l. venia, C. de in ius vocand. nu. 9. Peregrin. in tract. de iur. fiſci, libr. 5. tit. 2. num. 48. Sfort. Odd. in tractat. de reſtit. in integ. part. 2. q. 99. artic. 9. num. 65. Anton. Gomes. in tit. de tortur. reor. nu. 38. Roland. conſ. 45. nu. 33. volum. 5. Andr. Gail lib. 2. de pac. publ. num. 24. Alexan. hic num. 20. Iaſ. num. 77. Galliaul. nu. 72. Alciat. num. 76. in 2. lectur. Roland. conſ. 45. num. 23. lib. 4. Proſper Fa-*
147 *rin. in tract. crim. lib. 1 tit. 1. q. 6. nu. 41.* qui † in multo fortiorib. terminis, vt ita loquar, defendunt, deportatum a Principe reſtitutum etiam illa bona auocare poſſe, quæ medio temporis ſpatio, a fiſco in alium translata ſunt, ſi Princeps hoc expreſſerit vel dixerit ſe plene reſtituere. Et quamuis hæc traditio ſcrupulo non careat, *vt oſtendit Iacobus Menochius recuperand. poſſeſſ. remed. l. 10. num. 110. & num. 116. Iohan. Crotus hic num. 120. Fortun. Garſ. num. 241. Marc. Aquilin. in verb. quid ſi aqua & ignis interdictione peteretur, nu. 107.* vbi pro contraria ſententia citat Bald. Cyn. Alberic. Caſtrenſ. Panormit. Aret. Felyn. Roman. Alex. Dec. Brun. Pariſ. Afflict. Grammat. & multos alios, & vrgeant illæ rationes, quas comprehendimus *in d. l. cauſſas. C. de tranſact.* tamen negare non poſſumus
illud Principi ex iuſta † cauſſa conceſſum eſ- 148
ſe, *Bart. in l. quæcunque. C. de fid. inſtrum. & iur. haſtæ, lib. 10. Galliaul. hic num. 73. Crot num. 118. Franciſ. Aretin. nu. 21. Socin. Sen. nu. 18. Iaſon. nu. 7. Marc. Aquilin. nu. 108. Peregrin. de iur. fiſci, tit. 2. nu 49. Sfort. Odd. d. quæſt. 99. art. 8. nu. 54 Clar. in ſua prax. crimin. quæſtio. 59. Proſper. Farin. in ſua prax. crimin. lib. 1. tit. 1. quæſt. 6. Anton. Gabr. in tract. com. opin. libr. 3. tit. de iur. quæſit. non tollend. concluſ. 2. nu. 25. Felyn. in cap. quæ in eccleſiarum, num. 28. extr. de conſtit. Decius ibid. num 19. Iacob. Menoch. recuper. poſſeſſ. remed. 10. num. 111.* vbi plures recenſet, *vt etiam faciunt Anton. Gabr. Marc. Aquilin. Roland. a Vall. & Anton. Peregrin.*

Porro, † negari non poteſt, ſatis iuſtam 149
cauſſam videri voluntatem parentis filium inſtituentis, & voto gerentis, vt nepoti ordine præferatur, *l. cum ratio, ff. de bonis damnat. authent de nupt. authent. fin. l. nam et ſi, decima quinta, ff. de inoffic. teſtament.* Vnde
qua ratione Imperator filium † naturalem 150
etiam poſt mortem parentis, legitimorum filiorum iure atq; nomine impartiri poteſt, ſi pater illud teſtamento petierit, *d. Nouell. 74. quib. mod. natur. effi. legit. § ſi vero is qui,* ita etiã non prohibetur filiũ deportatũ ſucceſſioni reſtituere, ꝗ iure naturali ipſi ante nepotẽ debebatur, *d. l. cum ratio,* admiſſa & illa conſideratione, quod nepos vel pronepos ex huiuſmodi indulgentia non multum lædi videantur. Etenim aut recidunt in poteſtatem eius, *vt l. ſi. § fin.* & conſequenter iure patriæ poteſtatis hæc bona vindicare poſſunt, *l. cum oportet, C. de bon. quæ liber.* aut non incidunt, forte liberati ex alia cauſſa, & adhuc nulla inuidia eſſe videtur, ſi pater his bonis, quæ iure naturali per beneficium Principis, remoto iuris ciuilis obſtaculo, ipſi debebantur, medio temporis ſpatio fru-
atur, vt propriis, cum † nepotes & prone- 151
potes tamen in ſpem ſucceſſionis viuant, *Nouell. 118. § 1. & authen. in ſucceſſio. inſ. de ſuis*

Digitized by Google

& legit. hered. & in his quæ non multum lædant, principalis auctoritas diſpenſare poſſit *l. quotiens, C. de prec. Imperat. offerend. l. 2. §. ſi quis a Principe, in verb. niſi a Principe impetrauerit, ff. ne quid in publ. loc. fiat* vt gloſſ. & Doct. eundem intelligunt, quamuis aliam interpretationem recipere poſſit, *l. fin. §. fin. C. de ſenten. paſſ. & reſtit. l. ſed etſi, §. liberos, cum §. ſequen. ff. de in ius vocand.* ex quibus apparet filios recuſare non poſſe, quo minus patris reſtituti poteſtatem agnoſcant. Comendant hanc ſententiam omnes illæ rationes, quas pro vltima parte per argumentorum ſeriem in præcedenti pagina contexuimus.

152 Quod ſi vero † Princeps hoc nõ expreſſerit, intereſſe exiſtimarẽ, an ex forma gratiæ & ſupplicationis voluntas Principis colligi poſſit, ſi forte in facti narratione etiam de cauſſa ſucceſſionis & occupatione bonorum a nepotibus facta, mẽtio illata eſſet, exiſtimarim etiam hoc caſu filium audiendum eſſe, quod Imperator illum reſtituens, videatur ad illa iura reſtituere, de quorum damno conqueſtus erat, argum. regulæ generalis, quod reſpondens ſimpliciter, videatur ſecundum ea reſpondere, quæ præceſſerant, *l. ſi ſine 9. alias incipit. defenſor, §. qui interrogatus, ff. de interrog. in iur. faciend. & l. 1. ſupr. de liber. prater.* deinde, quod videatur illud coarguere *l. 2. §. reſtitutus, ff. de decurionibus,* vbi quamuis initio tradatur decurionem relegatum, & poſtea reuerſum, non recipere locum, quem antea tenuerat, tamen mox *in dict. §. reſtitutus.* ſubiicitur, *quod ſi reſtitutus ſit in ordinem, videatur etiã in locum priſtinum reſtitutus.* Eadem quoque videtur eſſe interpretatio *l. 1. Cod. de ſentent. paſſ. & reſtit.* dum ait Imperator, *vt autem ſcias, quid ſit in integrum reſtituere, honorib. & ordini tuo, & omnibus ceteris te reſtituo,* Intelligo autem cetera, quæ libello ſupplicationis comprehẽderat.

Porro, ſi de tali Principis voluntate con-
153 ſtare non poſſit, † hic nepotis vel pronepotis cauſſam potiorem eſſe conſtituo, vt iure quæſito minime fraudẽtur. Et hæc quidem res dubitationem non habet, ſi Princeps verbo indulgentiæ vſus ſit, *l. ſi pater, l. in inſulam, l. generalis, l. fruſtra, C. de ſenten. paſſ. & reſtitut.* quippe cum hoc caſu non reparentur amiſſa patriæ poteſtatis iura, *d. l. ſi pater.*

154 Ceterum, ſi in † integrum reſtitutus ſit maior difficultas incidit, quod hoc modo patria poteſtas reſtituatur, *l. fin. §. penult. & vlt. C. de ſentent. paſſ. & reſtit. & dict. l. 1. eod. tit.* dum ait quod in integrum reſtituere ſit, honoribus & ordini, & omnibus ceteris reſtituere. Qui omne dicit, ille nihil excludit *c. ſi Romanorũ, diſtinct. 19. l. ſi neceſſarias, §. annua, ff. de pignor. action. l. baliſta 32. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. l. Iuliano 68. ff. de legat. 3. item l. 1. §. filio, ff. ad SC. Tertullian. l. ſiue patronus, ff. de iur. patron.* Accedunt omnes aliæ leges & rationes, quas ſupra ordine pro hac parte exhibemus, quæque hic repeti poterunt. Sed tamen non improbabilis videtur eſſe ſententia illorum, qui auctores ſunt, filium etiam hoc caſu audiendum non eſſe, quod licet verbum reſtituendi, tribuere omnia iura videatur, quæ ipſius filii fuerint, quod tamen hoc locum non habeat, in his, quæ cum effectu nũquam filii fuerint, vt eſt hereditas, de qua tractamus, cum illa in bonis non numeretur, *l. pretia rerum 63. ff. ad l. Falcid. l. ſi ſeruum 33. ff. ad l. Aquil.* deinde, quod reſtitutio non porrigatur ad ea, quæ cauſſam non habent integram, *l. quod ſi minor, §. Scæuola, ff. de minorib. in integ. reſtituen. & l. fin. C. de repud. hered.* quodque Principes non facile ſolent alicui quid cõcedere cum damno alieno, *l. nec auus, C. de emancip. lib. l. 2. ff. de nata. reſtitu. l. 2. C. de abolit. l. quotiens Cod. de precib. Imper. offer.* Quã interpretationem corroborant omnia illa legum & rationum præſidia, quæ ad confirmationem primæ partis in medium attulimus. Exiſtimarim tamen † Iudices conſultius facere, ſi in re 155
perplexa & tot argumentis impedita ipſum Imperatorem conſulerẽt, vt is ſe verborum ſuorum interpretem præbere velit, vt in beneficiis Principis fieri conſeuit, *l. Neratius 19. de regul. iur. l. ex facto 43. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Et ſi quis vrgeat nepotem vel pronepotem ex tali interpretatione nihil vtilitatis referre, quod recidãt in poteſtatem patris, *l. fin. §. fin. C. de ſenten. paſſ. & reſtitu.* is perpendere debet filium non ſemper in hanc cauſſam deduci, ſi fortaſſe dignitas qua ſit a illum liberaſſet a tali poteſtate, *authen. ſed epiſcopalis, C. de epiſcop. & cleric.* & ſimilis aliqua cauſſa intercederet, quæ idem conſequeretur, vt matrimonium ex conſuetudine multarum regionum. Præterea occurri poteſt, quod talis definitio de bonis patri acquirẽdis moderationem ex *l. cum oportet, C. de bon. quæ liber.* & multis aliis acceperit.

Ceterum, ſi illud fieri † non poſſet, quod 156
fortaſſe in remotiori loco eſſet, vel quid ſimile hoc facere prohiberet, hic primã ſententiã amplecterer, quæ vt in tuto collocari poſſit, arg. contraria confutanda videntur.

Initio

Digitized by Google

157 Initio fatémur ſatis prima fronte † vrge-
re *l. 1. §.filio,ff.ad Senatuſconſultum Tertullian.*
Qua de cauſſa Aquilin.vt huiuſmodi ſcopu-
lum deflecteret,conſtituit *hic num. 80.* eun-
dem §.male a ceteris intellectum,de illo ex-
audiri debere, qui reſtitutus ſit, hereditate
nondum a ſequẽtibus adita, quamuis enim
hereditas gradatim deferatur, & priore ex-
cluſo conteſtim ſequẽs admittatur, *§.ſi plu-
res,Inſtit.de legit.agnatorum ſucceſſ.item l.pri-
ma,§.ſi intra,& §. quibus,ff.de ſucceſſ.edict.*ta-
mẽ nullum ius vindicare poteſt, antequam
hereditatem adierit, *l.ſi fratris, infra, de iur.
deliber.l.vnic.§.nouiſſimo,Cod. de caduc. tollen.
l.delata,ff.de verborum ſignificat.* Et quamuis
hæc obſeruatio,quod *in dict.§. ſi filio*,res ad-
huc integra videbatur, mihi non omnino
diſpliceat,tamen cõſtituo etiam aliam, quæ
cum hac cumuletur, rationem proponi de-
bere, quod filius tempore mortis maternæ
fuerit ciuis Romanus, & interea dum deli-
berat de adeunda hereditate deportatus
158 fuerit.Cum itaque tria † tempora duntaxat
in extraneis deſiderentur,*§.in extraneis, In-
ſtit. de hered. qualit. & differ.* in quo numero
etiam filii ſunt,reſpectu matris,vt apparet ex
dict.§.in extraneis,facta collatione cum *§.ſui
eod.tit.* & filius medio temporis ſpatio reſti-
tutus ſit, non debet alienum cenſeri, ſi ad-
huc admittatur. Quod autem in *dict.* §. res
adhuc fuerit integra, inde colligere licet,
quod Iuriſconſultus tractet de hereditate,
quæ deferatur, quod dici non poteſt de illa
hereditate,quæ iam ab alio adita eſt, *l.poſt a-
ditam.Cod. de impub. & aliis ſubſtitut. l. delata
151.ff.de verborum ſignificat.l. 1.§. decretalis,ff.
de ſucceſſ.edict.* Et ſi quis vrget ſecundũ hanc
159 interpretationem nõ fore cauſſam † dubi-
tandi *in d.§.filio*,is ponderare debet duas ra-
tiones ambigendi fuiſſe Primo,quod in ſuis
heredib. aliter videatur comparatum eſſe,
vt oſtendimus *in §.idem credendum eſt, hac l.*
Secundo, quod quemadmodum Iuriſcon-
ſultus ibidem diſerte commemorat, diffe-
rentia ſit, an is, qui ſeruus medio temporis
interuallo factus eſt,libertatem alia ratione
adſecutus ſit,an vero ex reſtitutione Princi-
pis,vt primo caſu aſpirare amplius ad here-
ditatem non poſſit,*l.intercidit 59.ff.de condit.
& demonſtrat.* ſecundo vero caſu aliud obti-
neat,quod beneficium Principis late pateat
l.beneficium,ff.de conſtitut.princip. Obſeruan-
dum deinde eſt eundẽ *§.filio*, nõ recte cum
noſtra quæſtione comparari, in qua ſtatui-
mus filium ante mortem patris deportatum
fuiſſe,& poſtea reſtitutũ, quod in eodem §.
locum non habet,cum in ſeruitutem dedu-
ctus ſit poſt mortem matris ſuæ: Præterea ꝙ
nihil prohibeat eundem §.ita intelligere,vt
Princeps nominatim illum etiam ad here-
ditatem reſtituerit.

Quamuis verbum, *reſtitutionis*, pleniſſi-
mum ſit,vt apparet ex *l. plus eſt 22. l. reſtitue-
re 75.l.cum prætor 81.l.fin.§ fin.ff. de verborum
ſignificat.l. quod ſi minor,§.reſtitutio,ff. de mi-
nor. in integ reſtituend. l. in condemnatione, §.
cum verbum,ff.de regul.iuris*, tamen † ſcien- 160
dum eſt leges a nobis allegatas eo caſu exau-
diendas, quo quis per modum iuſtitiæ reſti-
tutus eſt, Iaſ.*hic nu.73.Fortun.nu.253. Marius
Aquilin.nu.122 Iac. Menoch. recuper poſſeſſ.
remed.10.nu.113.Didac.Couar.lib.1.var.ar.reſo-
lut.cap.5.nu.5.*quamuis & hoc caſu diſtingui
ſoleat ex cauſſis relatis, *in l. quod ſi minor, §.
Scæuola,ff de minoribus in integ.reſtit.* Eadem
conſideratio quoque tollet † difficultatem 161
*l. 1. C.de ſentent.paſſ.& reſtit.*reſtituitur enim
honoribus,ordini,& etiam omnibus bonis,
quæ fiſco quæſita fuerant, gloſſ.*l.1. C. de ſent.
paſſ. & reſtitut. & ibid.* Bart. Alberic. Bald.
Ang.& Fulgoſ.Galliaul.*hic nu.65.Ant. Pereg.
in tractat.de iur.fiſci,lib.5.tit.2.nu.25.Anton.
Gomeſ.in tractat.de delict.tit.de tortur.num.38.
Clar.quæſt.59.in ſuo tractat. crim. Roland.conſ.
45.num.20.Proſp. Farin.in tractat.crimin. libr.
1.tit. 1.quæſt.6.num.32.Sfort. Odd.in tractat.de
reſtitut.in integ.part.2.quæſt.99.artic.4.nu. 26.
Pariſ.conſil.66. num. 169. libro tertio. Vaſquius
de ſucceſ.reuol.lib.1.§.3.num.4. Alexand. in l.
ſi marito,ff. ſolut.matrimon num. 4.* Et quam-
uis Marcus Aquilin.*in verb.& quid ſi aquæ &
ignis interdictione peteretur, num. 87.* aduerſe-
tur, quod putet *l. 1. C. de ſenten.paſſ. & reſtit.*
qua omnes moueri videntur,impoſitũ mu-
nus ſuſtinere nõ poſſe,quod loquatur de his
qualitatibus,quæ perſonæ cohæreant,veluti
honorib. & ordine,& ceteris, quæ eiuſdem
qualitatis ſimilitudinem habeãt, ſecundum
l.non ſolum, §. quæritur, ff. de procuratoribus,
quodque ex *l. tutor,l.ſi ademtis,l in inſulam, l.
generalis,l.fruſtra,l.ſi frater, C. de ſentent.paſſ.
& reſtitut.* contrarium vt putat colligatur,
quodque *l.ſecunda*,item *l.caſus, eo.tit.* ad hoc
ipſum ſpecialem conceſſionẽ requirere vi-
deantur, tamen nobis religio eſt a recepta
ſententia recedere,quæ & benignior eſt, &
a verbo reſtitutionis non abhorret, maxime
cum *d.l.1.* ꝑ verba generalia concepta huiuſ-
modi reſtrictionem non videatur recipere,
idq; etiã euincat *l. ſine patronis,ff.de iur.patro.*

l. intercidit 59. ff. de condit. & demonſtrat. l. 1. §. fin. ff. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul. accedit quod beneficium Principis pleniſſime interpretandum ſit, *l. beneficium, ff. de conſtit. princip.*

162 Hinc inferimus, quod quamuis † gratia Principis tam effuſe accipienda nō ſit, vt ea bona cōplectatur, quæ poſt deportationem a fiſco ex cauſſa veditionis in alium trāslata ſunt, vt docet Bart. *hic num. 12.* Alberic. *in 3. quæſt.* Bald. *nu. 15.* Ang. *nu. 14.* Iohan. ab Imol. *nu. 41.* Alexand. *nu. 19.* Aretin. *num. 21.* Caſtr. *nu. 33.* Cuman. *n 10* Iaſon. *nu. 55. & 63.* Barth. Socin. *nu. 18.* Ripa *nu. 82.* Marian. Socin. *nu. 108.* Alciat. *n. 121.* Marc. Aquilin. *n 96.* Claud. *nu. 31.* Fortun. *nu. 232.* Galliaul. *nu 68.* Felin. *in c. inter quatuor, nu. 4.* Boſſius *in tract. crim. tit. de remed. ex ſola clement. princ. num. 10.* Iul. Clar. §. *fin. quæſt. 59.* Tiraq. *de retract. conſang.* §. *1. gloſſ. 10. num. 68.* Iacobus Menoch. *recup. poſſeſſ. remed. 10. num. 101.* Peregrin. *de iur. fiſci, libr. 5. tit. 2. num. 34.* Sfortia Oddus *de reſtitut. in integr. in 2. part. quæſt. 99 num. 41.* Proſp. Farin. *lib. 1. tit. 1. quæſt. 6 nu. 33.* Quod Princeps

163 non intelligatur † aliquid indulgere cum præiudicio alieno, *l. 2. §. ſi quis a Principe, ff. ne quid in loc. publ. l. quotiens. & l. nec damnoſa, C. de precib. Imperat. offerend l. quod ſi minor, §. Scæuola, ff. de minorib. in integ. reſtitu.* Deinde, quod cum fiſcus hoc caſu teneretur de euictione, *l. 1. & 2. de quadr. præſcript.* Princeps nō videatur illa tribuere voluiſſe quæ cū damno ipſius fiſci coniuncta eſſent, *dict. leg. nec damnoſa, C. de precib. Imperat. offer.* item quod quotieſcunq; actus refertur ad tempus præteritum, illam interpretationē reſpuat, quæ tertio detrimento eſſe poſſit, *c. ſi pro te, de reſcript. lib. 6 cap. ſi Apoſtolica, de præbend. eod. lib. 6. l. ſtipulatio, de dote, ff. de iur. dot. l. inſulam, §. fin. ff. ſolut. matrimon.* Andr. Tiraq. *de retract. conſang. §. 1. gloſſ. 10. nu. 71.* Tamen ſi pre-

164 tium rei † alienatæ adhuc apud fiſcum ſit, illud reſtituendum eſſe videtur arg. *l. ſed etſi lege, §. item ſi rem, ff. de petit. hered.* Bart. *in l. fin. C. de ſenten. paſſ. & reſtitut. nu. 7.* Peregrin. *libr. 5. tit. 2. nu 27.* Pariſ. *lib. 4. conſ. 2. nu. 186.* Proſp. Farin. *dict. quæſt. 6. nu. 43.* idque ex eo etiam defendendum videtur, quod cum ſecundum naturam ſit commoda cuiuſque rei illum ſequi, quem & incomoda, *l. 10. ff. de reg. iur.* & deportatus in integrum reſtitutus creditoribus parere cogatur, *l. ſi deportationis, C. de ſenten. paſſ. & reſtitut.* æquum quoque videtur, vt pretium, quod apud fiſcum reſedit, recipiat, quamuis illud difficulter impetrari ſoleat, vt oſtendit Clar. *in ſua quæſtione 59. circa fin.* item Proſp. Farin. *in loc. ſupr. alleg.* idq; inde proficiſci credo, quod cum Principis ſit, ſua beneficia interpretari, *l. Neratius. ff. de reg. iur.* quæſtores & rationales ſæpe eūdem auertere ſoleant a cogitatione liberalitatis.

Hæc de tertio argumento. Quid autem largiri poſſit, † *l. ſi qua militi 40. §. 1. ff. ex quibus cauſ. maior. in integ. reſtit.* non facile aſſequi poſſum, quod ſeparanda ſit cauſſa reſtitutionis a Principe factæ, ab illa, quæ adhuc facienda ſit, contra illū, qui per occaſionem abſentiæ quædā ex his bonis vſurpauit, quæ deportato ademta non fuerant, vt ſcilicet in cauſſa reſtitutionis inquirantur ea, quę ex natura huius iudicii, in cauſſæ cognitionem veniunt, *l. 3. ff. de reſtit. in integ.* 165

Communis noſtrorum † Doctorum traditio multum momenti faceret ad impugnandam noſtram enuntiationem, ſi certis fundamētis niteretur. Qua de cauſſa etiam ab eadem receſſerunt Bald. *hic num. 15. Cuman. num. 12. Iohan. ab Imol. nu. 41 Fortun. Garſias nu. 221. Anton. Gomeſ. tit. de tort. reor. nu. 39. Menoch lib. 5. præſumt cap. 46. nu. 9. Ant. Peregrin. de iur. fiſci, lib. 5. cap. 2 num. 54.* vbi tamen certa diſtinctione vtitur Alex. *hic n. 20. Aretin. nu. 21. Felyn. d. c. inter quatuor, de maior. & obed. Natt. conſ. 471. nu. 10.* qui quatuor tamen requirere videntur, vt poſt ius quæſitum etiam ſit apprehenſa poſſeſſio. Marcus Aquilin. *hic nu. 103.* Etenim *l. fin. C. ſi per vim vel alio mod. abſent. poſſeſſ. turb. ſit*, aliud aperte præ ſe fert, etiam in nuda cauſſa poſſeſſionis, item *c. decet, de reg. iur. in 6. l. quicunque 7. C. de omn. agro deſert. lib. 10. l qui agros, & l. locorum, eod. tit. l. fin. C. de cenſibus & cenſit. eod. lib.* Vrgent deinde omnia illa argumenta, quæ ſupra in cauſſa principali propoſui. Non puto itaque † deportatū etiam his caſibus audiendum, niſi res ſit eius naturæ, vt non inducat plenam adquiſitionem, ſed talē, quæ in pendenti ſit, vt hanc rem explicabimus in ſequenti argumento, vel Princeps beneficium ſuum ita declaret, *dict. l. Neratius, ff. de reg. iur. & d. l ex facto 43. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. d. l. 2. §. ſi quis a Principe, ff. ne quid in loc. public. fiat*, quamuis enim in controuerſiam reuocari poſſit, an Princeps rem ex liberalitate ſua conceſſam, etiam ſine cauſſa reuocare queat, vt videre licet hic apud Galliaul. *nu. 69.* Marc. Aquilin. *num. 105.* vbi plures auctores in vtramque partem recenſet, tamen minus dubitationis habere videtur, quod ea quæ generaliter ab vna perſona in aliā ipſo iure, vel denique a Principe translata ſunt, 166 167

reuoca-

Digitized by Google

reuocari queant,quemadmodum videmus
petitionẽ hereditatis decerni contra illum,
qui tit. generali ſubnixus eſt, *l. nec vllam 13.
alias incipit,etiamſi putauit.ff.de petit. hered.* §.
quid ſi quis hereditatẽ, cum multis §§.*ſeqq.* Ac-
168 cedit † quod diſpoſitioni iuris & largitioni
Principis hæc conditio tacite ineſſe videa-
tur,niſi is reſtitutus fuerit, arg. *l. ſtipulatio,ff.
de iur.dot.& l.intercidit 59.ff.de condit. & de-
monſtrat.*

169 Quod periculi eſſe poteſt a † *l.ſiue patro-
nus,ff.de iur.patron.* facile euademus, ſi natu-
ram huius iuris expendere velimus. Etenim
170 quædam ita comparata ſunt,vt ſtatim † ple-
num effectũ habeant, vt euenit in cã domi-
nii,q; ſemel quæſitum poſtea auferri nequit,
l.id quod noſtrum eſt 11.ff.de reg.iur. itẽ in cau-
ſa hereditatis,*l. 1. §.veteres,ff.de acq.vel amit-
tend poſſ.ſſ.l.poſt aditã,C de impub. & aliis ſub-
ſtit.l.cum vxor,C.quand.dies legat.cedat.l 2 C.
de poſth.here.inſt. vel exhered.* In his procedit
illa regula, q; ius ſemel quæſitum non facile
ab Imper auferatur Porro,quędã ſunt iura,
quæ tractum & cauſſam ſuſpenſiuã habent.
In eo genere eſt patria poteſtas. Etenim il-
lud q; factum eſt eo tempore, quo parẽs de-
portatus fuit, ratum manet, quamuis pater
poſtea reſtituatur *l ſi.§ 1.C.de ſent.paſſ. & re-
ſtit.* Quæ vero poſt ipſius reditum a filio ge-
runtur,in diuerſa ſunt conditione,*l ſi.§. 1. C.
de ſent.paſſ. & reſti.* q; ius patriæ poteſtatis ab
eo tẽpore in eius perſona repetitũ ſit. In ea-
dem cauſſa quoq; eſt ius patronatus, cum n.
patrono obſequia,item operæ officiales de-
beantur,illæq; vno tempore cedere nõ poſ-
ſint,ſed tractum obtineant,*l.opera 9.§.1.l.li-
bertus 15.l.quod niſi 20.§.ſi.l.hæ operæ,l.cum pa-
tronus,l.quotiens,ff. de oper.libert.* ſi patronus
deportatus fuerit, quæ interea tẽporis aliis
ſunt editæ,repeti ab eodem non poſſunt,*l.ſi
necem 4.§.deportatus,ff.de bon.libert.* illa tamẽ
obſequia operæ & iura, quæ poſt eiuſdẽ pa-
troni reſtitutionem cedere incipiũt, patro-
no præſtãda ſunt,*d.l.ſiue patronus 21.ff. de iur.
patron. & l.ſed ſi hac lege, §.liberos, ff. de in ius
vocan.* Eodẽ quoq; referri poſſunt iura feu-
dorum,vt quamuis præſcripto & deportato
domino ſeruitia non debeantur, illa tamen
denegari non poſſunt, ſi dominus benefi-
cio Imperatoris poſtea reſtitutus ſit, *l. hic fi-
nitur lex,in princip.* Quæ cum ita comparata
ſint, non abſurda iudicari debet ſententia
illorum, quos in præcedentis argumenti e-
nucleatione deportato eo caſu ſubuenire
oſtendi, quo ſine contractu Principis ipſo
iure res in alium ex cauſſa deportationis
tranſiret, modo huiuſmodi iura illã ſuſpen-
ſionem reciperent, quam priora exempla
admittere propoſui, vt in bonis feudalibus
& emphyteuticis. Etenim cum in perſona
domini, ratione directi dominii, illud eue-
niat, vt antea demonſtratum eſt,non vide-
tur alienum,ſi idem in vaſallo,in cauſſa per-
petui vſusfructus, quem vtile dominium in-
digetant,probemus,per argumentum a re-
latis,*l final. C. de indict. vidut. tollend.* quam-
uis enim feudum ad dominii cauſſam acce-
dere videatur, tamen ex eo, quo alienatio
prohibita eſt, *de prohibit.feud. alien.per Fri-
dericum*, & toti poſteritati ex ordine debea-
tur, aliam naturam habere videtur, quam
plenũ dominium, quod ſemel partum hu-
iuſmodi conditionem non habeat; ſed in
quemuis libere transferri poſſit.

Eiuſdem reſpõſionis pondere & impetu
proſterni poterunt,7 & 8 loco accerſita au-
xilia,q; nedum ius patronatus, vt iam antea
dictum eſt,ſed etiam patriæ poteſtatis, item
contra,quæ filius eius rei nomine a parente
ſperare poteſt,tractum habeant,adeo vt ad-
optione ſoluta,filius in naturalis patris pote-
ſtatem reuertatur.

Quæ nono in noſtram aſſertionem con-
feruntur,facile reprimi poterunt, ſi cõſide-
remus *in d.l.* † *chorus,§.vlt.& penult.* aliis ex 171
mutatione rei nullum ius quæſitum fuiſſe,
quamuis vterque §.impingat in contentio-
nem,*l.ſi ſeruus,l.ſeruum 44.§.ſi area, ff. de le-
gat.1.item l.ſeruus 27.§.fin.ff.de adimend.legat.*
quæ vix dirimi poſſe videatur; & cuius lon-
giorem diſquiſitionem locis oportunis re-
ſeruo.

Concedimus ius † extinctum, vt deci- 172
mo opponitur aliquando reſuſcitari, ſed id
tunc demum fieri ſolet, cum æquitas iure
ciuili cognita id ſuadet, *vt in caſu l. adducta*,
quæ ſane in præſenti quæſtione non inter-
uenit.

Quæ de prodigo vndecimo commemo-
rantur expeditam conciliationem habent,
quod vt in diſſolutione ſexti argumenti a-
peruimus, illa iura † quæ tractum tempo- 173
ris habent,mutata cauſſa mutationem quo-
que recipiant. Quæ conſideratio nobis
quoque præſtabit a duodecima impugna-
tione ſecuritatem, cum de eius meritis in
expoſitione ſexti argumenti ſatis diſſerui-
mus.

Digitized by Google

174 Quamuis beneficium Principis † vt de-
cimo tertio inſtatur, pleniſſimam interpre-
tationem recipere ſoleat, id tamen hacte-
nus intellligẽdum eſt, quo nemo ex tali lar-
gitione lædatur, cum Principis ſit in com-
mune cõſulere, & nemini facile cum detri-
mento alieno ſubuenire, *l. quotiens, de precib.
Imper. offer. & d. l. 2. §. ſi quis a principe.*

Quæ reſponſio quoque tollit difficulta-
tem decimo quarto excitatam, quamuis &
aliam eamque peculiarem ſolutionem ha-
beat, quod interſit inter cauſſam reſtitutio-
nis, quæ per viam iuſtitiæ, & illam quæ per
modum gratiæ accommodari ſolet, quod
175 inde apparere poteſt, ꝙ † hic fructus medio
temporis ſpatio percepti non veniant in re-
ſtitutionem, *l. Neſtorianis, C. de hæret. Ang. hic
nu. 14. Cuman. nu. 13. Alexand. num. 21. Socin.
Iun. nu. 123. Alciat. num. 114. Clar. in praxi cri-
minali quæſt. 59. Sfort. Odd. in tract. de reſtit. in
integ. 2. part. quæſt. 99. artic. 14. num. 123. Proſp.
Farinac. in ſua praxi criminali, lib. primo, tit. 1.
queſtio. 6.* illic autem aliud probandum ſit, *l.
videamus 38. ff. de vſur. & fructibus, §. in Fabia-
nâ, l. in condemnatione, §. 1. ff. de reg. iur. l. ex di-
uerſo, §. 1. ff. de rei vindic & c. grauis, extr. de re-
ſtit. ſpol. Alexand hic num. 21. Galliaul. nu. 67.
Couarr. variar. reſolution. lib. 1. cap. 3. in fin. nu.
15.* quamuis Iaſon *nu. 67. Ruin. n. 185. Fortun.
num. 248.* hanc diſtinctionem temere con-
fundant.

Obſeruandum tamen hoc loco eſt, vt &
antea admonui, nõ omnes cauſſas, quæ per
modum iuſtitiæ expediuntur, circa res iam
aliis quęſitas, eandem definitionẽ accipere,
cum circumſtãtiæ & hic impetrare poſſint,
vt id deſiderantes repulſam ferant, *l. quod ſi
minor 24. §. Scæuola, ff. de minorib. In integr. re-
ſtituend. l. fin. C. de repudiand. hered.*

Cum quis in alium plus iuris transferre
non poſſit, quam ipſe habeat, recte conſti-
tuitur, vt decimum quintum argumentum
colligit, ſoluto † iure datoris, accipientis ius
176 quoque perimi, quod in præſenti diſcepta-
tione dici non poteſt, vbi nepotes & prone-
potes nihil iuris a deportato conſecuti ſunt,
ſed ex aui vel proaui inſtitutione teſtamen-
to facta, vel delatione hereditatis ab inteſta-
to quæſita.

Quæ decimo ſexto in noſtram conclu-
ſionem torquentur, inde refelli poſſunt, ꝙ
lex intercidit, ff. de condition. & demonſtrat. di-
ſerte vim in eo conſtituat, quod reſtitutus
177 ſit, antequam cõditio euenerit, cum † con-
ditio legatum ſuſpendat, nos autem verſa-
mur in illa quæſtione, quid obtineat, ſi poſt
mortem aui vel proaui, iam quæſita nepoti-
bus aut pronepotibus hereditate, filiis reſti-
tuatur: Accedit iam ſæpius in reſpõſionem
deducta conſideratio, quod illa iura, quæ
tractum temporis habẽt, vt ſunt iura patriæ
poteſtatis, patronatus, feudi, dotis, hanc ta-
citam conditionem complecti videantur,
non autem ea, quæ ſemel quæſita, plenum
effectum ſortiuntur.

Reſtituta re, quæ † ſublata erat, redinte- 178
grari ius priſtinum ſolet, ſi tractetur de his
perſonis, a quib. illud ius in alios profectum
non ſit, vt in legibus decimo ſeptimo pro-
poſitis, vbi & æquitas iure cognita id ſuadet,
& dudum in conſilium adhibita conſidera-
tio, quod illa iura, quæ intermiſſionem ha-
bent, in cauſſam priſtinã reuerti videantur,
ceſſante cauſſa intermiſſionis.

Admonuimus ſupra Principem ex iuſta
cauſſa etiam ius quæſitum auferre poſſe, vt
etiam de illa quæſtione copioſe diſſerimus
in *l. cauſſas, ſupr. de tranſact.* quod cum ita ſe-
ſe habeat, dubitari non conuenit id Princi-
pem poſſe, ſi res nondum quæſita, ſed dun-
taxat ſpes eius conſequẽdæ præbita ſit: cum
difficilius tollantur † ea, quæ iam parta radi- 179
ces egerunt, *l. 3. §. fin. cum l. ſeq. ff. de pignorat.
& action. priuat.* quam quæ nondũ in ea cauſ-
ſa verſentur, *l. fin. C. de acquir. & retin. poſſeſſ.*
vnde colligimus non eſſe quod reformide-
mus ea quæ vltimo ex Nouell. de filiis natu-
ralibus commemorantur, qui cum præiudi-
cio † agnatorum ex largitate Principis inter 180
iuſtos liberos referantur: nam & hic de iure
nondum quæſito tractatur, & multæ iuſtæ
cauſſæ, quæ Imperatori, vt id faceret, horta-
mento † fuerint, interueniunt, maxime vo- 181
luntas patris, qui in teſtamento ſuo illud de-
ſiderarit *Nouell. 74. quib. mod. nat. effic. legit.* §.
*ſit igitur licentia, verſ. ſi vero ſolummodo, & No-
uell. 89. quib. mod. nat. effic. ſui, §. ſi vero is.* Ete-
nim cum parens † extraneum heredem in- 182
ſtituendo potuerit fratres ſuos & alios agna-
tos ſua hereditate priuare, *l. extraneum, ſupra
de hered. inſtit. l. fratres, ſupr. de inoffic. teſtamen.*
alienum cenſeri non debet, ſi filium natura-
lem hac voluntate proſecutus ſit. Et quam-
uis repugnare videatur conſideratio *l. fin.
C de natural. liber. item l. matre, eod. titul.* quod
huiuſmodi filii odioſi videantur, & propter-
ea illis non potuit relinqui, niſi vna vncia to-
tius hereditatis, tamen multæ rationes con-
trarium ſuaſerunt. Primo, † quod vitia pa- 183
rentum filiis innoxiis imputari non debeat,
c. vnde-

Digitized by Google

cap. vndecunque, capit. nunquam, capit. naſci,
184 *diſtinctio. 56.* deinde, quod pater adoptando ex conſtitutione † Anaſtaſii, *l. iubemus, C.de natural. liber.* huic incommodo mederi poterit. Tertio, quod vt commemorat ipſe Imperator *in dict. Nouell.74.* §.*ſi quis ſane, & dict. Nouell. 89.* §.*palam*, principio re-
185 rum non fuit differẽtia inter naturales † atque legitimos, ſed antiquis parentibus, antiqui filii, mox vt procedebant, fiebant legitimi, quoad legiſlatores certis legum vincu-
186 lis hanc facultatem aſtrinxerint. Qua † ratione igitur ſerui natalibus reſtitui poſſunt, ita etiam abſonum non videri, ſi huiuſmodi filii etiam naturæ reſtituantur. Et quamuis hæc Iuſtiniani collectio ſatis periculoſa ſit, quod conditor vniuerſi Deus, matrimonium in ipſo paradiſo inſtituiſſe videatur, tamen inficiari non poſſumus, antiqui-
187 tus † ſolutiorem ſuſcipiendi proles fuiſſe facultatem, vt demonſtrat numeroſa ſoboles a Iacobo patriarcha, Dauide, Salomone, & aliis Regibus, ex diuerſis coniugibus & concubinis relicta, quibus tamẽ æqualis ſucceſſio data ſit, aut non eodem modo reſtricta fuerit.

Porro, quod Iuſtin. Princeps animaduerteret aliam interpretationẽ, ex noui Euan-
188 gelii † luce, & notiſſimo Seruatoris noſtri pronũtiato, vnius vxoris complexib. quem contentũ eſſe debere, ita vt duo ſint in carne vna, & quod Deus coniunxit homo ſeparare non poſſit, *c.gaudemus, de diuort.* item
189 quod legitimus † filius duntaxat, vt Paulus Apoſtolus vas electionis tradit, auctoritate iuris diuini heres ſit, non vaga & incerta cõiunctione quæſitus, *l.fi.C.de natural. liber.* ſecutã eſſe, Imperialis officii eſſe exiſtimauit vt hanc rem ad modum conuenientem re-
190 uocaret Suſtulit itaq; conſtitutionem † Anaſtaſii *l. iubemus, C.de natural.lib.* quæ parẽtibus poteſt item cõcedebat, vt ſine vllo beneficio Principis, aut cauſſæ cognitione, filios naturales, adoptionis iure legitimos ef-
191 ficerent, & illam † facultatem ſibi ſoli ſeruauit, vt ponderatis deſiderii paterni meritis, & aliis circumſtantiis, ipſe ſecum conſtituere poſſit, an voluntati ipſius, an minus obtemperandum eſſet.

192 Sciendum enim eſt, vt filius † naturalis legitimus cõſtituatur, diuerſis modis impetrari poſſe per oblationem curiæ *Nouell. 89. quib.mod.natur.effi.ſui,* §.*1.&* §.*ſi quis, l.ſi quis, C.de natural. liber. l. communium, eodem titul.* Secundo per matrimonium ſubſequens, veluti ſi quis cum ſoluta commercium habuerit, & procreatis quibuſdam filiis, poſtea matrimonium dotalibus inſtrumẽtis interuenientibus contraxerit, *l. cum quis 12. & l.ſeq.*
C.de natural.liber.& §.*reliqui, Nouell.89.quib. mod natur.effic.ſui.* Tertia ratio † traditur, §.*ſi* 193
quis ſane Nouell.74.quib.mod.nat. eff. leg. & §.*illud, Nouell.89.quib.mod. nat. eff.ſui*, ſi parens mortua huiuſmodi vxore, vel culpã aliquam contrahente, vt digna matrimonio non videatur, preces Imperatori offerat, vt is filios naturales ex tali conſuetudine natos, legitimorum iure atque nomine donare velit.
Quartus modus † inſinuatur ead. *Nouel.74.* 194
quib.mod.natur.effic.ſui §.*ſit igitur, verſ. ſi vero ſolummodo, item Nouell.89.quib.mod.natur.eff. ſui,* §.*ſi vero is*, quod ſi parẽs in vita facere ſuperſediſſet, tamen teſtamento deſiderium ſuum quod illos per Principẽ legitimos fieri optaret, comprehendiſſet, tunc enim eoſdem filios, teſtamentum parentis offerentes, poſſe beneficio Principis naturæ & in-
genuitati reſtitui. Nos omiſſa † indagatione 195
reliquorum, quod ad præſentem tractatum non pertineant, de tertia & vltima ratione diſſeremus.

Quod vt aſſequamur † obſeruandũ eſt, 196
certas conditiones, vt ad modum, qui propoſitus eſt, naturales filii legitimi cõſtituantur, requiri. Initio itaq; neceſſaria eſt voluntas patris, vt apparet ex *dict.* §.*ſi vero is, &* §.*ſi vero ſolũmodo in locis allegatis.* Qua de cauſſa, ſi tale parentis deſiderium non probaretur, naturales filii fruſtra ad huiuſmodi beneficium aſpirarent, cum agnatis proximis ius quæſitũ auferri nõ debeat, *l.id quod noſtrum eſt, ff. de reg.iur.* etiãſi Princeps partes ſuas accommodaret, cum abſolutam poteſtatem in his exercere non ſoleat. And.Gail. *libr. 2. obſeru.cap.142.nu.16.verſ.breuiter. Bar. hic nu. 14.in fi. Bald.n.16. Ang.n.15.Caſtr.n.19.Barth. Socin.nu.24.Franciſ. Aretin.nu.23.& ſeq. Panorm.in c.per venerabilem, qui filii ſint legitim. num,29.*

Sed † quæſtionis eſt, an Princeps hoc poſ- 197
ſit, ſi abſoluta poteſtate vti velit. Hac in quæ-
ſtione † animaduerto nõnullos diſtinguere, an hereditas ſit adita, an minus, vt hic Princeps illud facere queat, illic autem diuerſum obtineat: id enim Principem ante aditam hereditatẽ facere poſſe, poſtea non poſſe conſtituunt Caſtrenſ *hic nu.19. Alex. nu 26.Franc.Aret.nu. 26. Barthol. Socin. nu 23. Ruin.nu.194 Gall.aul.n.95.Bald. in l. Deo nobis,* §.*hoc etiam, num.6.C.de epiſcop.& cleric.& in l.* 198

reſcripta,nu.10.C.de precib. Imper. offerend. Felyn.in c.quæ in eccleſiarum,de conſtitut.n.49.Pariſ.conſ.101.n.70.lib.1. negant tamē illud poſt aditam hereditatem fieri poſſe. Et hāc opinionem communem eſſe teſtatur Marian. Socin. *n.143.* quamuis ipſe *nu.138.* illud indiſtincte admittat. Hanc ſententiam quoque receptiorum profitetur Emanuel Soarez *in theſ.com.opin.in verb.legitimare nu.207.* Por-
199 ro Alciat.*in* † *2.lectur.nu.85.præterea Felin. in c.cum olim,extr.de re iudic.n.6.* auctores ſunt, illud ante aditam hereditatem fieri poſſe & poſt aditā, modo poſſeſſio apprehenſa non ſit,quod videtur quoq; ſentire Iaſon *nu.125.*

200 Ceterum † Bart.*nu.14.circa fin. Crot.nu.136. Claud.nu.43.Emanuel a Coſt. part.2. num.175.* indiſtincte conſtituunt,principem poſſe ex huiuſmodi poteſtate, etiam nō requiſitis agnatis,gratificari.Quod ipſum quoque ſentire videtur Alex.*conſ.2.n.14. libr.1. Paul. Caſtrenſ.in l.3.nu.4. Dec.in cap. quæ in eccleſiarum, num.26.verſ.quintus eſt caſus,de conſtitut.* Panorm. Bertrand. Anton. Roſel. Curt. Iun. Pet. Duennas,Ioſeph. Cumia relati a Marco Aquilino *in verb. quid ſi aqua & ignis interdictione peteretur, num. 191.* quamuis ipſe diſſentiat, & putet ſine diſtinctione, adita hereditas, an non ſit, Principem non poſſe agnatis hoc modo præiudicare ,quod & i-
201 pſum defendit † Fortun. *hic nu. 287.& multis ſequentibus Didac Couar.in ſuo tract. de ſponſalibus,part.2.cap.8.§.9.num.11. Franciſc. Sarmient.lib.1.ſelect.interpret.cap. 8.nu.16.*

202 Argumenta † quibus defendi poſſe videatur,quod ante aditā hereditatem Princeps hoc beneficii conferre queat, hæc potiſſimum in conſiderationem veniunt. Primo,quod de hac re videatur eſſe textus *in l. 1.§ filio,ff. ad SC.Tertull.* ſecūdum expoſitionem *ſupr. n.157.* a nobis factam.

Secundo adducitur *l.nec ei, §.præterea, ff. de adopt.* vbi non habetur ratio filiorum legitimorum, quorum ſucceſſio diminuatur, quin ſacro reſcripto adhuc alius filius arrogari poſſit.

Tertio,quod ius adeūdæ hereditatis non numeretur in bonis noſtris, *l. pretia rerum 63.ff.ad l. Falcid.*

Quarto, quod aditio hereditatis ſit iuris ciuilis,vt docet gloſſ.*in l.1.ff.de acq.rer.domin. Iaſ.hic n.122.arg.l.lege obuenire,ff. de verb.ſign.*

Quinto, quod de hac re videatur eſſe textus *in l. 2.ff. de natalibus reſtituend.* cum ait Iuriſconſultus, *Principem non facile quem natalibus reſtituere,niſi conſentiente patrono,* ex quibus verbis inferatur, Principem tamen hoc poſſe,ſi velit.

Sexto,quod ius nondum perfecte quæſitum facilius impediatur, quam illud quod iam quis in bonis habere cœperit.*l.fin. C. de acq. & omit. hered.*

Vltimo, pro fulcienda hac ſententia adduci poſſunt multa argumenta, quæ congeſſimus *in l.cauſſas,C. de trāſactionibus*, cum in vtramque partem diſputando quærimus an tranſactio auctoritate Principis reſcindi poſſit. Quæ & ipſa argumenta quoque pertinent ad confirmationem † ſentētiæ ipſius 203
Bartoli & aliorum, qui ſtatuunt etiam poſt aditam hereditatē, id adhuc facultate Principis contineri.

Pro confirmatione † ſententiæ Caſtren- 204
ſis & aliorum,quod poſt aditā hereditatem, Princeps hanc poteſtatē exercere nequeat, ſequentia fundamenta expendi poterunt.

Primo,regula generalis,id quod noſtrum eſt,ſine facto noſtro in alium transferri non poſſe, *l. 11.ff. de reg. iur.* In bonis autem noſtris non ſolum res corporales cenſeri, ſed etiam actiones, petitiones, perſecutiones, *l.bonorum 49.ff. de verb.ſignific.* per mortem autem teſtatoris,qui duntaxat liberos naturales reliquit,qui nullas proles legitimas habebat,illis ius conſequendæ hereditatis delatum fuiſſe,*l.delata 151.l. vxoris abortu, C.de poſthum.heredibus inſtit.* quæ actio ab illis inuitis extorqueri non debeat, maxime cum is, qui actionem habet, ad rem perſequendam, ipſam rem habere videatur, *l. qui habet,ff. de reg.iur.*

Secundo,quod Iuſtinianus in ſuis Nouellis, vbi varios modos filios legitimos efficiendi perſequitur, *vt Nouell.74. & Nouell. 89.* hanc rationem minime agnoſcat aut ſibi vllo modo vindicet.

Tertio,quod qua ratione patrono inuito libertus natalibus reſtitui non poteſt, *l. nec filio,ff.de natal reſtituen.* cum tñ ius patronatus ſpem ſucceſſionis duntaxat contineat, *Inſtit.de ſucceſſ.libert.* & verbum, *non poteſt*, de quo in *dict.l.nec filio*, omnem rationem poteſtatis ſubmoueat, de qua re Tiraquellus *de legibus connubial.l. 16.gloſſ. 4.nu. 1.* & deinde in *l.patrono,eod.tit.* comprehendatur, libertum patrono cōſentiente debere natalibus reſtitui, atque verbū debendi præciſam neceſſitatē præ ſe ferat,*l.1.ff.de eden.* Et deinde duo ablatiui abſolute poſiti, *vt dict. l. patrono*, cōditionem inducant *l. a teſtatore 109. ff.de cond.& demonſt.* non incōuenienter inferri

ferri

Digitized by Google

ferri videtur, q; Princeps illud facere non poſſit, maxime cũ illud, quod ſub conditione fieri debet, deficiente illa conditione, recte vitiari dicatur, *l. cedere diem 213. ff. de verb. ſignific.*

Præterea huc referri poterunt omnia illa legum & rationum præſidia, quæ in *d. l. cauſſas, C. de tranſact.* in ſimili quæſtione ordine coaceruauimus.

205 In hac † interpretationis varietate, putarim diſtinguendũ eſſe, an conſtet de voluntate teſtatoris, quod noluerit illũ legitimum fieri vel ad hereditatem admitti, vel contra quod voluerit, vt beneficio Principis reſtitueretur, an vero illud dubium ſit, primo caſu filius naturalis fruſtra huiuſmodi prærogatiuam ſibi promittet, † cum teſtatoris voluntas ſeruãda ſit & Imperator illam reſcindere nõ debeat, *l. ſi teſtamẽtum, C. de teſt. Did. Couar. variar. reſol. lib. 3. c. 6. n. 5. & ſeq.* Ceph. *conſ. 117. nu. 21.* Gualdenſ. *de art. teſtan. ſub tit. de ſubſtit. cautel. 15.* Frãc. Mant. *de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit. 10. nu. 22.* maxime cũ oſtenderimus *in l. 1. C. de hered. inſtit.* teſtamentum eſſe de iure gẽtium. Quod ſi vero cõſtet de voluntate teſtatoris, quod deſideret illũ cooptari in iuſti filii locum, puta, q; teſtamento illo declararit, quid hoc caſu obtineat, ſupra ſatis euidenter expoſui. Sed in diſceptationem reuocari poſſet, an ſufficiat † de hac voluntate apparere extra teſtamentum, & videtur non ſufficere, quod Imperator in *d. Nouell. 74. §. ſit igitur licentia, verſ. ſi vero, & d. Nouell. 89. §. ſi vero is*, requirat declarationem teſtamento factam, & quod in omni teſtamento ſeptem teſtes exigantur, *l. hac conſultiſſima, ſupr. de teſtam.* & ita cõcludere videntur Iaſ. *hic nu 137. Gallianl. nu. 34. Alciat. in 2. lectur. nu. 82. Coſt. nu. 165. part. 2. Curt. Senior. conſ. 16. num. 1. Marcus Aquilinus hic nu. 179.* Ego autem conſtituo, quod ſi Princeps abſoluta ſua poteſtate vti velit, ſufficere quod de tali patris deliberatione per duos teſtes doceri poſſit, cum Princeps legibus ciuilib. ſolutus ſit, *l. Princeps, ff. de legib.* vnde ſufficit ius gentium, *l. vbi, ff. de teſtib.*

206 (margin)

207 (margin)

208 Porro, ſi ponamus † voluntatem teſtatoris dubiam eſſe, an hoc caſu Princeps gratificari poſſit, hoc opus hic labor eſt. Et ſane exiſtimarim Principem huiuſmodi partes ſibi nõ facile vendicaturum, quod ſi tamen illud fecerit, & aliquæ coniecturæ voluntatem patris inſinuent, non video quare huiuſmodi gratia repudianda ſit. Qua de cauſſa, ſi pater filium naturalem heredem inſtituit, qui beneficio Principis vel Comitis palatini, legitimi † nomen meruerat, in ipſo 209
tamẽ diplomate vel ſolemnitate vitium ſit, & hinc agnati ſibi hereditatem aſſerant, exiſtimo hunc naturalem cum præiudicio agnatorum poſt mortem parentis a Principe legitimum conſtitui poſſe, vt ſolus ſuccedat, duplici ex ratione. Primo, quod Princeps defectus ſolemnitatis ſupplere poſſit, *c. illa quotidiana, d. electi. c. 1. de trãſact. l. omnium, C. de teſtam.* Deinde, quod ſatis videatur conſtare de voluntate ipſius parentis, ex quo illum natalibus reſtitui curauit, quamuis eo ignorante conueniens ſolemnitas adhibita non ſit aut Comes palatinus hanc poteſtatem non habeat, licet enim hæc gratia vitioſa ſit, & pro nulla habeatur, tamen voluntas parentis etiam ex minus ſolemni diſpoſitione colligitur, *l. final. ff. de rebus eorum, qui ſub tut. & cur. ſunt, l. qui a patre, ff. de confir. tut.* accedit actus inſtitutionis. Quamuis enim poneremus illum inſtitui non poſſe, ſi fortaſſe non naturalis tantum, qui huiuſmodi inſtitutionis capax eſt, *authent. licet*, ſed etiam ſpurius eſſet, vel ſi aſcendentes aut vxor in medio verſarentur, tamẽ ex cauſſa inſtitutionis ſatis videretur apparere de voluntate parentis, cũ enixa voluntas in omnem ſucceſſionis ſpeciem porrigi videatur, *l. cum pater 77. §. filius matrem, ff. de legat. 2.* & teſtator interrogatus, an ſi in diplomate Comitis palatini, & conſequenter in ipſa inſtitutione aliquid ineſſet vitii, illud nouo Principis beneficio ſarciri cuperet, vtiq; reſponſurus fuiſſe videatur, quod cupiat, argum. *l. tale, §. fin. ff. de pactis.* Qua in re † non eſt quod flu- 210
ctuemus ex conſideratione Pauli Caſtrenſ. *in l. eam quam, C. de fideicommiſſ. num. 3. Iaſon ibid. nu. 2.* poſt Bald. in hanc ſententiam adductum, Pariſ. *conſi. 3. nu. 19. lib. 2.* quod ſi pater filium, quem legitimi titulo & iure decorari curauerat, heredem inſtituat, quod videatur illud eo cõſilio facere, vt tanquam iuſtus filius hereditate ipſius potiatur, vnde ſi in cauſſa diplomatis aliquid vitii ſit & propterea deficiat cauſſa finalis, ipſam quoque inſtitutionem corruere, argumen. *dict. leg. eam quam, & l. ſi pater, C. de hered. inſtit.* Etenim hæc doctrina Caſtrenſis ſatis dubia eſt, cum legitimatio non videatur finalis cauſſa illum inſtituendi, ſed affectio naturalis, *l. tutor, §. qui tutoribus, ff. de excuſat. tutor.* deinde, quod non credatur quis velle impugnare ſuum ipſius iudicium aut teſtamentum irritum conſtituere, *l. miles qui deſtinauerat, ff. de*

teſtamen milit. Porro ſi hæc ipſa Caſtrenſis
traditio ex conceſſo obtineret, adhuc ta-
men nihil præiudicii noſtræ aſſertioni ad-
ferret, cum de nouo Principis beneficio lo-
quamur, qui vt antea dictum eſt, ſupplere ſo-
lemnia, & deinde voluntatem teſtatoris ex
integro confirmare poteſt. Qua de cauſſa
etiam contrarium defendunt Alciat. *hic in
2. lectur. num. 82. Gilliaul. num. 37. Coſta part. 2.
num. 162.* quamuis ibi nonnihil diſtinguat
Philip. Decius, *conſil. 175.* viſo themate ſupra
ſcripto, *num. 4 & 5.*

Pari ratione arbitrarer idem de gratia
Principis dici poſſe, ſi alia quædã argumen-
ta, quæ patris voluntatem commendarent,
emergerẽt, veluti ſcriptura parentis, ex qua
colligatur, quod id deſtinauerit arg. *l. non e-
piſtolis, C. de probat. item authent. ſi quis liberos
habens, C. de naturalibus liber.* præparata ſup-
plicatio, vt id a Principe impetraret, merita
filii in patrem, quæ ſi non ſingula, ſaltem
coniunctim eo proficere poſſe videntur.

211 Secunda conditio eſt, quod † etiam li-
berorum conſenſus requiratur, *dict. Nouell.
89. §. generaliter,* ita Tiraquellus *in tractat. de
nobilitat. cap. 6. nu. 41.* vbi in eandem ſenten-
tiam refert Bald. Iacob. de Bellouiſo, Sa-
lycet. Florian. Franciſc. Curt. & alios, Anto-
nius Gabriel, *libro ſexto, commun. concluſ.
titul. de legitimat. concluſ. 1. numer. 16. Iohan-
nes Cephalus conſil. 186. Ferdinandus Vaſquius
in tractat. de creat. ſucceſ. libro tertio, §. vigeſimo
primo, num. 151. Valentin. Forſter. in tractat. de
ſucceſ. ab inteſtat. libr. 6. capit. 33. numer. primo,
Barthol. Socin. in §. forſitan, hac noſtra l. nume-
ro quinto, Marcus Aquilinus in hoc noſtro §.
in verb. aqua & ignis interdictione peteretur,
numer. 147.* vbi plures refert: imo quod ma-
212 gis eſt, defendunt idem etiam † procedere
in illa ſpecie, quando per matrimoniũ ſub-
ſequens filii ad hanc conditionem redigun-
tur. Sed mihi præferenda videtur contraria
ſententia Did. Couarr. *in ſuo tractat. de ſpon-
ſalibus & matrimon. §. ſecundo, numero decimo
tertio, Pariſ. conſ. 13. nu. 36. libr. ſecundo, Franc.
Sarmient libro primo, ſelect. interpret. cap. 8.* Et-
enim cum parentes inuitis filiis huiuſmodi
matrimonium contrahere poſſint, *l. ſi quis,
C. de natural. liber.* conſequens quoque eſt, vt
filii hoc modo legitimi fiant, ſiue volũtatem
accommodent, ſiue repugnent, cum effe-
ctum iuris impedire nequeant, *l. nemo poteſt,
ff. de legat. primo,* plura argumenta videre li-
cet apud eundem Sarmientũ. Qua de cauſ-
ſa etiam, ſi voluntatem filiorũ neceſſariam
poneremus, ſufficeret tacitus conſenſus, ar-
gum. *l. ſecunda, §. voluntatem, & l. ſed etſi pa-
ter, ff. ſolut. matrimon. & l. 1. Cod. de error. ad-
uocat. gloſſ. in leg. in adoptionibus, ff. de adopt.
Iaſ. in dict. leg. 2. §. voluntatem, numer. quar-
to, & in l qua dotis, num. 70. Tiraquell. in tracta.
de nobil. cap. 6. numer. 31. Boer. deciſ. 160. in fin.*
plures refert Marcus Aquilinus, *his nu. 149.*

Tertia conditio † eſt vt teſtator nullas ex 213
iuſto matrimonio quæſitas habeat proles, vt
apparet ex *Nouell. 74. quib. mod. nat. effic. legit.
§. ſi quis ſane, §. liceat igitur,* vbi hæc verba ad
propoſitum pertinentia occurrunt. *Liceat
igitur ſicut prædiximus, patri, ſi legitimam non
habeat ſobolẽ, filios reſtituere naturæ & antiquæ
ingenuitati, item Nouell. 89. quib. mod. natur. ef-
fic. ſui §. ſi quis, qui ita compoſitus eſt. Si quis au-
tem legitimos filios non habeat, naturales autem
ei ſolummodo ſint, item §. illud tamen, ead. No-
uell. ſi quis ergo filios legitimos non habens, ſed
tantummodo naturales,* quod & ipſum repeti-
tur, *verſ. licentia ſit. item §. ſit igitur, Nouell qui-
bus mod. natur. effic. ſui, alias incipit, ſi vero ſo-
lummodo, circa ſi.* vbi hæc verba ſe offerunt, *o-
mnino enim ſuis exſiſtentibus, deinde naturalib.
procreatis, aut primitus natis, nequaquam legiti-
morum ius eis adiicitur, niſi forſitan per conſtitu-
tiones noſtras, quæ dotalium inſtrumentorum in-
troduxerunt modum, & ibid. gloſſ. Bart. num. 4.
Anton. Gabriel. commun. concluſ. lib. 6. titul. de
legitimat. concluſ. 6. num. 1.* vbi infinitos idem
ſentientes refert Andr. Gail. *lib. 2. obſer. 142.
n. 7. Mynſing. cent. 1. obſer. 35. n. 3. Zaſius l. ſtipu-
latio hoc modo, ff. de verb. obl. num. 46. Forſter. in
tract. de ſucceſ. lib. 6. c. 33. n. 17. Emanuel a Coſta in
§. & quid ſi tãtum, hac noſtra lege, part. 2. n. 132.
Marc. Aquilin. ibi. in verb. quid enim ſi aqua &
ignis interdictione, n. 153. And. Tiraq. in repet. l.
ſi vnquam, inf. de reuoc. don. in verb. donatione
largitus, n. 254. Did. Couar. in epitom. de matri-
mon. 2. par. c. 8. §. 2. nu 27. & §. 9. nu. 7. Thomas
Ferrat. caut. 1. num. 2.* Et hæc concluſio diffi-
cultatem non habet, ſi tractetur de poteſta-
te Comitis Palatini, qui ab Imperatore ſim-
pliciter poteſtatẽ acceperit nõ legitimos fi-
lios naturæ † reſtituẽdi: quod ſi vero Imper. ab- 214
ſolutæ poteſtatis partes accom̃odare velit,
diſceptationis eſt, an par & æquale ius cũ fi-
liis legitimis ſortiantur? Et prima facie vide-
retur dicendũ, non † valere gratiã, aut non 215
eſſe hunc eius effectum & auctoritatem, quod
obſtẽt fundamẽta in principali definitione
cõſtituta, quodq; exceptio ab Imper tradita
confirmet regulam, *l. quæſitum, §. denique, ff.
de inſtruct. & inſtrumen. legat.* præterea quod
Impera-

Digitized by Google

Imperator illa, quæ ſunt iuris gentium auferre nequit, ſecūdum ea, quæ diſſeruimus, *l. cauſſis, ſupr. de tranſaction.* maxime cum etiam iure diuino hoc cōfirmari videatur, *c. dicat aliquis 32. quæſt. 4. c. non omnis, ead. cauſ. q. 2. Andr. de Iſernia in §. naturales, de controuerſ. inter dom. & vaſall. num. 4. Matth. de Afflict. ibid. num. 2.* Alex. & Cœpolla laudati ab Ant. Gabr. *d. concl. 6. nu. 4.*

216 Contrarium tamen & recte † meo iudicio pronuntiant Iaſon *nu. 39. in 1. lectur. Emanuel a Coſt. §. & quid ſi tantum, part. 2. num. 131.* vbi in hanc ſententiam allegat Fridericum Senēſ. Bald. Guido. & nōnullos alios, Marc. Aquil. *ibid. nu. 154. in verb. & quid ſi aquæ aut ignis interdictione, Salyc. in auth. item ſi quis, C. de natural. liber. nu. 2. Aluarot. in d. §. naturales, nu. 3. Ant. Gabr. d. concl. 6. tit. de legitim. nu. 6. Caſtr. n. 180. Boer. deciſ. 122. nu. 4. Emanuel Soares in theſ. com opin in verb. legitimatis, nu. 113. Heinric. a Roſenthal. in ſuo tract. feudal. c. 7. concluſ. 19. nu. 26. Gozad. conſ. 6. And. Gail. lib. 2. obſeru. 142 nu 8.* Vincen. Hondedeus deciſiuarum concluſionum, *vol. 2. part. 4. conſult. 54. num. 22.*

Confirmari autem hæc concluſio poteſt per §. *ſi quis igitur, quib. mod. natur. effi. ſui, ver. palam vero eſt*, itē auctoritate, *l. cōmunium, §. ſi. ſupr. de natural. lib.* ex quibus edocemur fi-
217 lios curiæ † oblatos legitimos reddi, & ius ſucceſſionis habere. Mouet ſecundo, quod cum Imperator ex iuſta cauſſa poſſit alicui
218 id quod iure gentiū † quæſitum eſt, auferre; *l. Lucius, ff. de euict. cum ſimilib.* ita non prohibeat filiis coheredem dare, vel aliquem vt filium adiungere, maxime cum pater etiam extraneum heredem inſtituere potuerit, *l. hac conſultiſſima, §. ex imperfecto cum auth. ſeq.* iuſtam autem cauſſam eſſe cōſtituimus voluntatem patris, & merita filii. Tertio, quod
219 auctoritate legis, † dominii ius cōfirmatum ſit, *c. quo iure defendis, diſt. 8.* Quarto, quod
220 pater filiū † adoptando vel arrogando ſpem liberorum legitimorum & naturalium diminuere poſſit, *l. nec ei permittitur 17. §. præter*
221 *ea, ff. de adopt.* Quinto, quod viuis † parentib. liberis ipſius nulla adhuc certa ſpes ſit hereditatis, *l. 1. § ſi impubere, ff. de collat.* & præterea quiſque ſit arbiter & moderator rerū ſuarum, *l. in re mandata, C. mandat.* adeo vt de his ſtatuere poſſit, quæ velit, *ff. de his qui ſui vel a-*
222 *lien. iur. ſunt.* Vltimo, quod † etiam in præiudicium agnatorum ita filios naturales legitimorum liberorū nomine, atque iure impertiri poſſit, vt excluſis agnatis in feudo ſuccedere queant Iaſ. *hic n. 46. Alc. n. 144. Aluar. in c. natur. de cōtrouerſ. feud. inter agn. & domin. n. 4. Prepoſ. n. 3. Caſtr. cōſ. 180. n. 2. Boer. deci. 122. n. 4. Crau. conſ. 135. n. 5. Iaſ. in hoc §. & quid ſi tātum, n. 46. And. Gail. lib. 2 obſer. 142. n. 13. & ſeq.* vbi ait hanc cōmunem eſſe opinionē Anto. Gabr. *tit. de legit. concl. 6. n. 6. lib. 6. Heinr. a Roſenth. in tract. feud. c. 7. concl. 9. n. 24. Did. Couar. variar. reſol. lib. 3. c. 6. n. 2. gloſſ. in d. §. naturalis, Pariſ. conſil. 1. num. 63. Mynſing. centur. 5. obſeru. 42. num. 6. Carol. Molin. ad conſuetud. Pariſ. §. 8. gloſſ. 1. q. 8. num. 38. Signorol. de Homod. conſ. 218. n. 4. & 5. Valent. Forſter. de ſucceſ. lib. 6. c. 39. nu. 4. Steph. Bertrand. conſ. 112. nu. 25. volum. 2. Matth. de Afflict. deciſ. 195. Paleot. de nothis & ſpuriis c. 31. n. 3. Vincent. Honded deciſiuar. concl. vol. 2 part. 3. cōſul. 37. n. 1.* Et hanc opinionem communem & receptā eſſe teſtantur And. Gail. & Forſter. item Ant. Gabr. *in locis allegatis*, quamuis Emanuel a Coſta *d. §. & quid ſi tantum, n. 138.* Bald. Andr. Gail. & quaſi omnes Doctores ſupra allegati conſtituant Principem nō debere eſſe nimis procliuem ad huiuſmodi beneficiū concedendū, arg. *d. l. nec ei, §. præterea, ff. de adopt. & aliarum legum & rationum, de quib. ſupr. n...*

Quibus ita conſtitutis † non magnæ dif- 223
ficultatis fuerit contraria argumēta diluiſſe, concedimus n. huiuſmodi diploma nullius eſſe momēti, ſi in ſupplicatione & ſecuto diplomate nulla de filiis legitimis mētio facta ſit, vt oſtendunt in hoc noſtro § *par. 2. n. 132. Eman. a Coſt. Iaſ. hic n. 102. Marc. Aquil. in verb. & quid ſi aquæ vel ignis interdictione peteretur, n. 156. Alciat. in 2. lectur. n. 79. Ruin. n. 187. Crot. n. 130. Rolan a Valle conſ. 96. n. 13. Valent. Forſter. de ſucceſ. li. 6. c. 33. n. 17.* Quod ſi vero Princeps rei veritate ex cōuenienti ſupplicatione cognita cōſtituerit, ſe ex abſoluta poteſtate naturalibus filiis ſubuenire, & eoſdē natalibus reſtituere, aliud probandū erit. Nec obſtant leges in contrarium allegatæ, q̄ intelligēdæ ſunt de ſimplici & ordinaria conceſſione, poſſe n. eum non obſtantibus his partes ſuas accōmodare dubiū non eſt, ſi hoc expreſſerit, vel clauſula eandem vim habēte vſus ſit, vt docent Doctores ſupra commemorati.

Quæ ſunt iuris gentiū ex cāis auferri, aut minui poſſe, maxime in ꝓpoſita ſpecie, ſupra oſtendi, & in *l. cauſſa, ſupr. de tranſact.* Non
obſtant, quæ † vltimo ex iure diuino adferū- 224
tur, q̄ hactenus exaudiēda ſunt, quoad eadē conditio liberorū naturaliū manet, nam ſi Imper. illū naturæ reſtituerit, & antiquæ ingenuitati, aliud dicendū erit, *arg. c. quo iure*

Digitized by Google

defendis,diſt.8.c.ſolitæ,de maior.& obed.extra-
*uag.ad reprim.*ea conſideratione ēt admiſſa,
ꝙ ſacra ſcriptura nō loquatur de naturali fi-
lio,ſed de eo,qui in adulterio conceptus ſit:
conſtat præterea Iacobi filios ex concubina
procreatos vna cū aliis legitimis æqualiter
admiſſos fuiſſe.Sed quęſtionis eſt an huic fi-
225 lio † teſtamētum condēdo plus relinquere
poſſit,quam aliis filiis legitimis & naturalib.
quemadmodū potuiſſet, ſi omnes liberi ex
226 iuſtis nuptiis q̄ſiti eſſent? † Poſſe cōſtituunt
Franc Aret.*n.27. Roland. a Vall.conſ.95.lib.3.*
nu 4.& 8.Berous conſ.57.nu.27.And.Gail.lib.2.
obſer.142.n.7. Decius conſ.393.n.8.Brunus conſ.
175.nu.46.Conſtan.Floren.conſ 173.n.8. Gozad.
conſ.48.nu.18. Bernard. Alphan. præceptor
meus merito colendus , qui hos vltimos re-
fert,& communem eſſe ſententiam dicit *in*
add t.ad Bart.l.communem,C.de natural.liber.
Primo,quod is qui beneficio Principis iuſti
filii nomen & prærogatiuā accepit pro vero
& legitimo habeatur quoad omnes effect⁹,
ex doctrina Baldi *in l.manumiſ.ff.de iuſtit.&*
iur.Iaſ.in l.ſi is qui ꝑ emtore,ff.de vſurp.& vſuc.
n.234.& aliorum qui recenſentur ab Andr.
Tiraq.*l.ſi vnquam,C.de reuoc.don.verſ.ſuſce-*
*perit liberos,n.77.*Secūdo,*quod Nouel.89.quib.*
mod.natur.effic.ſui,§.ſit igitur licentia, aperte
comprehendatur,ꝙ æquale ius habeāt cum
filiis ex iuſto matrimonio ꝓgenitis, in verb.
*nihil a legitimis filiis differentes.*Tertio,ꝙ hoc
iure a Principe donati , ſui efficiantur,§.*i.d.*
Nouell.quib.mod nat effi ſui, cōſequens itaq;
eſſe, vt cū huiuſmodi nomē habeāt,effectus
quoq; nomini reſpondeat,*l.cum multa,ſupr.*
de don ante nupt.l.a nullo,C.de feriis. Quarto,
huc pertinent multa argumēta,quæ Valent.
Forſt.*in tract.de ſucceſ.ab inteſt.c.37.n.1.& ſeq.*
pro defenſione eius quæſtionis,quod hi,qui
beneficio Principis legitimi conſtituuntur,
vere legitimi ſint , ordine recenſet.

227 Contrariæ ſentētiæ auctores † ſunt Ang.
Nouell.quib.mod.nat.effic.ſui,§.& quoniā,nu.7.
& in §.trib.n.12.Bal.in c.per tuas,de maioritat.
& obed.n.2.Lud.Rom.in l.neceſſariis,ff.de acq.
& amit.hered.n.8.Alex.n.10.Iaſ.in l.vnic.C.
quand.non petent.part.nu.31.Nettain l.hac cō-
ſultiſſima,§.ex imꝑfecto,n.103.C.de teſt.Eman.
*a Coſta in hoc §.par.2.n.137.*vbi in hāc ſenten-
tiam adducit Præpoſitū atq; Phil. Decium,
accedunt Socinus,Curtius Senior, Ruinus,
Franciſ.Cremenſ. Gulielm. Bened. Cotta,
Pariſ.Phil.Portius,quos refert in præſenti §.
in verb.quid ſi aquæ & ignis interdictione,Mar.
Aquil.n.161.& hæc interpretatio quoq; ſuis
fundamentis nō caret.Primo , quod edoce-
amur ex *l.communi,§.fi.ff.de natural lib.item*
*d.Nouell.89.§.& quoniam,*his filiis,qui per ob-
lationem curiæ legitimi ſunt facti,non poſſe
plus conferri,quā is reportarit, qui ex legiti-
mis filiis minimā portionē accepit. Etenim
cum Reip.interſit , vt curiales habere poſſit
ad obeunda ea munera nec nō onera ſuſti-
nenda,quæ his curialib.imponi ſolent, & tñ
ius filii hoc modo quæſitum , intra fines , de
quib.mentionē feci,verſetur, recte quoque
inferetur,idem in illis probandum eſſe; qui
nomē legitimi filii largitati Principis debēt,
maxime cum hoc tanquam præcipuo argu-
mento vti cogamur,ꝙ Princeps hanc gratiā
naturalibus liberis impertiri poſſit , aliis filiis
ex iuſto matrimonio ꝓcreatis ſuperſtitibus.
Secundo, ꝙ certum ſit naturales filios tali
gratia Principis inſtructos in multis adhuc
differre a liberis ex matrimonio ſuſceptis,cū
non fiāt participes feudi , niſi nominatim il-
lud expreſſum ſit,§.*naturales,ſi de feud.cōtro-*
*uerſ.fuer.inter agn.& dom.*neq; admittātur ad
dignitates aut beneficia eccleſiaſtica *c inno-*
*tuit,de elect.*ex quo apparet , ꝙ non ſint vere
legitimi,*& ibi.Bald.& alii,Valent.Forſt.de ſuc-*
*ceſ.ab inteſt li.6.c.37.n.18.*Tertio, ꝙ cū omnis
diſpenſatio ſit odioſa , tū maxime illa qua li-
beri in ſpem ſucceſſionis nati,*l.cū ratio,ff.de*
bon.damn & l.in ſuis 11.ff.de lib.& poſth.hæred.
inſt bonis paternis fraudātur *l.nec ei,§.præter-*
ea,ff.de adop. Quarto,ꝙ quamuis pater de fa-
cultatib. ſuis q̄ velit diſponere poſſit , modo
filiis legitimā portionē reliquerit, *l.cū quæri-*
tur,& auth.ſeq.C de inoff.teſt. ꝙ tñ contra bo-
nos mores videatur,ſi in filiū extra legē ma-
trimonii quæſitū facultates ſuas exhaurire
cum præiudicio iuſtorū liberorū velit,*l.fi.C.*
*de natur.lib.& auth.licet,eo.tit.*Quinto,ꝙ ap-
paret ex *l.& quoniā variæ,Nouel.84.quib.mod.*
*natur.effi.ſui,*Imperator.Iuſtin.de filiis curiæ
oblatis loquentē bene iiſdē verbis vti , q̄ pro
defenſione contrariæ partis adducta ſunt,ꝙ
nihil diſſimiles ſint legitimis filiis,cū tñ con-
ſtet his nihil amplius relinquere poſſe,quam
quod reſpondeat portioni eius , qui ex iuſtis
filiis minimum conſecutus eſt.

His ſubductis,apparet nō eſſe,ꝙ nos tor-
queāt argumēta,q̄ pro 1. parte adducta ſunt,
negamus † n. quod ꝓ veris & legitimis filiis 228
habendi ſint,ſi n.hoc obtineret,diuerſis no-
minib.nō diſtinguerētur , *l.ſi idem,ſup.de teſt.*
deinde plane idem ius & eundem effectum
haberent,quod tñ oſtendimus nō procede-
re.Præterea ſatis controuerſum eſt,an liberi
natura-

Digitized by Google

naturales fideicomiſſarium excludant, cui aliquid relictum eſt, ſi heres ſine liberis moreretur, vt expoſui *in l.generaliter,§.ſin autem, ſup.de inſt.& ſubſt.* Accedit, q; non videantur agnatis item cognatis naturalis parētis poſſe ſuccedere, ſaltem cōſiderata illa diſtinctione q̃ mox in ſequenti requiſito pſequemur.

Eiuſdem reſponſionis pondere & impetu proſternere poterimus ſecundo loco ac-
229 cerſita ſubſidia, diſſimiles † enim nō ſunt filius legitime natus & qui naturæ reſtitutus eſt,ſi de patria poteſtate tractetur, itē ſi quæratur de iure inſtitutionis & exheredationis, vel infirmandi ipſum teſtamentum, vt videre licet apud Valentin. Forſter. non autem ſi tractetur, an naturalem filium quis melioris cōditionis reddere poſſit, quam alias proles, cum diuerſum cōſtitutum ſit in filiis curiæ oblatis, vbi tamen Imperatorem penè iiſdem verbis vti animaduertimus, *d. §. & quoniam.* Deinde committendum parenti & Imperatori non eſt, vt occaſionem præbeant filiis ex incerto complexu natis propriam, iuſtam atque naturalem ſobolem deprimēdi, vel vt Iugurtham feciſſe videmus, plane exſtinguēdi, dum Hiemſalem & Adherbalem, vt Saluſtius memoriæ prodidit, Micipſæ legitimos filios, atque adeo fratres ſuos per ſummum nefas obtruncat vel excarnificatos necat.

Quod filii diplomate Principis deſignati
230 legitimi,† ſui fiant & etiam ab inteſtato ſuccedant, teſtamentum patris infirmare poſſint, vt alii filii, de quibus copioſe Valentinus Forſterus *lib.6.cap.37.* accuratius & fuſius Tiraquellus *d.l.ſi vnquam, in verb. ſuſceperit liberos, num.79. & ſequentib.* libenter agnoſcimus: non tamen propterea ſequitur illos in omnibus pares eſſe, vt intellectū eſt.

Contra Valentini Forſteri argumēta expendi poterunt contrariæ rationes, quas idē *lib.6.cap.37.num.14.* longa ſerie perſequitur, quæq; collatione facta, alia argumenta plane eneruent, vel ſane noſtræ inſpectioni nihil præiudicii inferre poſſint.

Quartum requiſitū ad iuris, de quo quærimus, ſecuritatem ſtabiliendam eſſe vide-
231 retur, quod † agnati & illi, qui ex conceſſione huiuſmodi gratiæ lædi poſſent, certiores per ſolemnem denuntiationem reddantur, an iuſtas cauſſas, ex quibus huiuſmodi gratia denegāda eſt, habeant, quas proponere velint, *argum.l.diuus,ff.de adopt. l.de vnoquoque, ff.de re iudicat.* Contrarium tamen, quod huiuſmodi denuntiatio non ſit neceſſaria, defendit Bart. *hic num.14. & ibid.* Pariſ.atq; Alban. *in addit. Caſtrenſ. num.16.* Aretin. *nu.26.* Alciat. *num.79.in 2.lectur.* Iaſon *num.130.* Socin. *num.24.* Lancellot. Galliaul. *num.54.* Emanuel a Coſta *in 2.part.num.156.& ſequent.* Ioan.Marc. Aquilin. *in verb.quid ſi aqua & ignis interdictione peteretur,nu.167.* vbi in hanc ſententiam allegat Socin. Io.Andr. Frider. Senenſ.Panorm. Angel.Corn.Barbat.Præpoſ. Nic.de Vbald.Decium, Soc.Iun.Boer. Bertrand. Pariſ. & nonnullos alios, quibus accedunt Andr.Gail *d.obſer.142.n.11.* Valentin.Forſt. *in tract.de ſucceſſ. lib.6.c.33. num.25. & 26.* poſt Capram, Corn. Barbat. Curt. in hanc ſententiam laudatos, *Boer. deciſ.122 n. 2.Tiraq. in l.ſi vnquam, in verb. ſuſceperit liberos,n.53. C.de reuoc.donat. Ant.Gabr.com.concl. lib.2.concl.1. tit.de citat. concl.1.n.41. Henri..a Roſenth.in tract.feud c.7.concl.19.n.24.* cū quilibet ſit arbiter & moderator rerū ſuarum, *l. in re mā data, ſup.mandat.l.2.ff. de his qui ſui vel alien.iur.ſunt, item l.Proculus, ff.de damno infecto.* Qui † enim poteſt inuitis aliquid facere, 232
multo magis illis abſentibus & ignorantibus poterit, *l.qui poteſt, ff.de reg.iur. Anton.Gabr.d. concl.1.n.348.* vnde etiā videmus in adoptione, quæ viuo patre fiat, non eſſe neceſſariam auctoritatem eorum, inter quos iura agnationis naſcuntur His reſpondet, † q; denun- 233
tiatio, quæ ventris nomine fit, non ſit aliis facienda, quam his, quos proxima ſucceſſionis ſpes contingit, vnde ſubſtituti nequaquā vocandi, ſed primo gradu inſtituti, *l.1. §.denuntiari, ff. de ventre in poſſeſſ.mittend.* idque vſq; adeo procedere doctores noſtri conſtituunt, vt etiamſi nulla mentio agnatorū & cognatorū fiat, nihilominus reſcriptū Principis valeat, Eman.a Coſt. *in hoc noſt.§.par.2. nu.146.* Marc. Aquil. *in verb. quid ſi aqua & ignis interdictione peteretur, n.168.& n.170.* Bart. Caſt.Socin. Galliaul. Pariſ. & alii, quos refert Ant.Gabr. *lib.6.tit.de legitimat.concl 7.nu.14.* quamuis non deſint, qui diſſentiant aut diſtinguant, vt videre licet apud eundem Gabrielem loco citato, item Valentin.Forſter. *d.lib.6.de ſucceſſ.c.35.n.6.* vbi refert multos auctores, qui exiſtiment aliud probandū eſſe in Comite Palatino, quamuis nō inferiores numero ab eodē cōmemorentur, qui hoc caſu quoq; illud minus neceſſariū eſſe dicāt.

Hæc cum ita ſe habeant, exiſtimarim tamen † non vocatis agnatis aut cognatis, 234
non eſſe inter eos ius mutuæ ſucceſſionis, neque ipſum fieri legitimum & agnatum, niſi parenti, nō autem agnatis vel cognatis,

Digitized by Google

vt bene meo iudicio pronuntiarunt *Alexan. conſil.67. conſideratis his lib.1.num.8. Salycet.in auth.item ſi quis,C.de natur.liber.num.3. Barth. Socin.hic num.27. Bald.l.1. Cod. de inoff.donat. num.17. Alex.conſil.67. num.4.lib.1.* vbi etiam refert idem ſentientes Ioannem ab Imol.& Pet.Anch. Valent.Forſter. *in tract.de ſucceſſ. lib.6.c.37.num.36.* dum conſenſum cognatorum requirit, Iaſ.*in l.fratres, C.de inoff.teſtam.*
235 Ioan.Lup.*ad l.Tauri 12.* Et quamuis † Bart.*in l.communium,C.de natural.lib.in prin. & ibid. Bald.ante n.1. Ang.conſ.17. incip. Comes Brandiſius,verſ iſti autē ita legitimati, Decius conſ.365. num.5. Curt.Iun.conſ.307. col.1. Marc.Aquil. in hoc §.part.3.nu.170.Iaſ.in l.ſi is qui pro emtore,ff. de vſurp.& vſucap.n.241. Crauet.conſil.138.nu. 4.* vbi in hanc ſententiam allegat Caſtrenſ. Abbat.Soci. & alios, Did.Couarr.*in ſua epitom.de matrimon. part.2.c.8.§.10.nu.3.* qui hos vltimos pro maiori parte recenſet, cōſtituat huiuſmodi filium etiam ius agnationis & neceſſitudinis conſequi, quoad agnatos & alios propinquos, quod filii naturæ reſtituti, nihil differant a reliquis prolibus, per argumenta, quæ in præcedenti quæſtione non diſſimulaui, idque etiam eo caſu admittat Ant. Gabriel *d.concluſio.7. num.15.* quo de agnatis vel cognatis mentio facta eſſet: tamen rem accuratius perpendenti, & æquitatis atque iuſtitiæ cupido ſuam ſententiā probare non poterunt. Certum enim eſt factum cuique
236 ſuum, non † alteri nocere debere, *l.factum, ff.de regul.iur.l.1.& tot.tit. C. ne filius pro patre, item toto tit. ne vxor pro marito, l.mater, C. de rei vind. cum ſimilibus.* Porro alienum ab æquitate cenſeri deberet; ſi preces a parente oblatæ nocerent agnatis inuitis & non conſentientibus, ita vt eos ab inteſtato ſuccedētes habeant, qui legitime nati non ſint, quiq; in factum parentis non conſenſerunt. Præ-
237 terea certum eſt, quod † quamuis adoptio ius agnationis pariat, *l.cum adoptio 7. ff.de adopt.* quod tamen non complectatur ius ſanguinis, aut neceſſitudinis, *l.qui in adoptionem 23. ff.de adopt.* neque etiam præiudicet his agnatis, qui in talem adoptionem non conſenſerunt, *l.ſi is qui filium 11.l.cum nepos 6.ff.de adop.* Tertio his finitimum eſt, quod filii, qui
238 per † oblationem curiæ legitimi facti, agnatis & cognatis non ſuccedāt, *l.communium, in prin.C de natural.liber.§.filium, Nouell. 89. quibus mod. natural.effic.ſui,* vnde etiam conſequens eſt, vt idem hic probemus. Quarto,
239 quod † ius noſtrū ſine facto noſtro nobis auferri nequeat, *l.id quod noſtrū eſt*, quod ſane hic contingeret, ſi reluctantib.agnatis huic filio ius neceſſitudinis & ſucceſſionis tam agnatorum, quam cognatorum deferretur. Quinto, cum filii ex reſcripto † Principis iu- 240
ſtorum numero conſtituti, non habeant ius retractus, vt oſtendit Tiraquell. *de retract. gentil.§.1.gloſſ.8.num.4.* Chaſſan.*in conſuetud. Burgund. titul.de retract. §.1.ſuper verb. magis propinquis, verſ.aditio quando,* Decius *conſil. 275.in 3.dubit.* Mynſ. qui hos refert & ſequitur *cent.1.obſer.35. num.10.* ne ſcilicet ius alienum ex huiuſmodi interpretatione lædatur; idem in præſenti quæſtione reſpui non debet. Sexto, quod qua ratione filius contra voluntatem patris eo prærogatiuæ prouehi non poteſt, vt oſtendimus ſupra *in 1.requiſit. num.196* ita ſane agnatis & cognatis is heres & ſucceſſor dari non debet, quem ipſi propria voluntate non conſtituerint; maxime cum hi ab omni culpa alieni ſint, parēti † au- 241
tem imputari poſſit, quod ipſe huiuſmodi proles ſuſtulerit. Septimo, quod † in omni ado- 242
ptionis confirmatione, ex qua alii lædi poſſint, illi vocandi ſint, *l.nam ita diuus, ff. de adopt.* Octauo, quod ſi poneremus hoc facultate Principis † contineri (de qua in præſentia 243
non diſceptamus) tamen non debeamus beneficia Principis ita interpretari, vt inde aliqua iniquitas emergat, *l.ex facto 43. ff. de vulg. & pupill.ſubſtit.* adeo vt hic non puto em diſtinguendum eſſe, vt fecit Anton. Gabr. an ſcilicet mētio agnatorum facta ſit, an minus, cum ſpeciali derogatione, cum de iure tertii quæritur, opus ſit, *l.quotiens C. de precib. Imperat.offer.l.2 §.ſi quis a principe, ff. ne quid in loco publico fiat,* & agnatorum † mētio eo per- 244
tinere videatur, vt tollatur controuerſia, quę inter noſtros interpretes eſt, vt videre licet apud Crotum *hic numer.130.* Marc. Aquilin. *part.3.num.168.* Anton. Gabr. *tit.de legitimat. concluſ.7.num.14.* an ex eo beneficiū Principis vitietur, quod agnatorum nulla mentio facta ſit, quod exprimēda illa videantur, quibus cognitis Imperator ſe duriorem præbere in concedendo, quod petitur, ſolet. Vnde non † puto improbandam eſſe diſtinctionē 245
Emanuelis Coſtæ *part.2.n.146.* Did.Couarr. *in ſua epitom.lib.5.decretal.part.2.cap.8.§.9.nu. 8.* qui intereſſe conſtituunt inter parentes & agnatos, atque cognatos, vt in parentibus, ſi illorum nulla mentio ſit facta, hæc conſideratio procedat, non autem cognatis & agnatis, quod ex eo comprobari videtur, quod parentes præteriti inofficioſi querelam habeant, *l.nam etſi 15.ff.de inoffic.teſtam.* non aūt agnati

Digitized by Google

agnati & cognati *l. fratres, C. de inoff. teſt.* item ꝙ quis ſine parentibus eſſe poſſit, raro verò contingat, ꝙ quis nullos agnatos aut cognatos habeat. Porro ad tollendā non neceſſariā ambiguitatē cōſultius eſſe ſolet, vt agnatorum & cognatorū mentio fiat, quæ res tamen vlterius illis præiudicare non poteſt, ꝙ̄ vt ius ſucceſſionis paternæ excluſis agnatis huiuſmodi filiis deferatur, non aūt vt ipſi aliquid prærogatiuæ vindicent in bonis agnatorum aut cognatorum, ſiue de ſucceſſione ab inteſtato tractetur, ſiue de his remediis, quæ contra teſtamentum dari ſolent.

Porro plus difficultatis habet, an cum ſupra oſtēderimus, Principem abſoluta poteſtate vtentem, poſſe quē natalibus reſtitue-
246 re ad poſtulationē parentis, quamuis † legitimos filios habeat, an hi filii vocādi ſint? Vocandos illos eſſe tradiderunt Alex *l. ex facto, ff. de vulg. & pupil. ſubſt. n. 25. Bald. in l. nam ita diuus, ff. de adop. Did. Couar. in ſua epit. lib. 5. Decretal. c. 8. § 9. n. 8.* quod defendi poteſt ex argumentis, quæ in præcedenti diſceptatione perſecutus ſum. Plane ſi Imperator cum pater narraſſet, ſe iuſtos liberos habere, illis nō vocatis filiū naturalem ex abſoluta poteſtāte legitimū conſtituat, valere nihilominus gratiam ab eodē conceſſam fatetur idē Didac. *d. §. 9. n. 8. Iaſ. hic nu. 96. & 104. Crot. n. 128. Ruin. n. 187. Emanuel a Coſt. part. 2. n. 133. Marc. Aquilin. part. 3. n. 159.* vbi plures refert.

His ita enucleatis reuocatur in diſceptā-
247 tionem, an † ſubſtitutus ſub hac conditione, ſi quis ſine liberis legitimis deceſſerit, etiam vocandus ſit, cum Princeps rogatur, vt filiū naturalem, cui aliquis ſubſtitutus eſt, iuſti filii iure & nomine impartiri velit. Vocandū eſſe conſtituunt Barthol. Socin. *hic num. 27.* Iaſon *num. 130.* Crotus *num. 59.* Alex. *conſ. 67. in 1. volum.* Decius *conſ. 85.* item *conſ. 393. n. 7.* Neuizan. *conſ. 99. num. 22.* Iacob. Menoch. *lib. 4. præſumt. 79. num. 65.* Did. Couar. *d. §. 9. num 9.* laudans in hanc ſententiam Anchar. & Crotum, Valent. Forſter. *in tract. de ſucceſſ. lib. 6. c. 37. n. 58.* Exiſtimat tamen idem Forſt. item Didac. Couarr. eſſe differentiam inter
248 Comitem † Palatinū & Imperatorem: poſſe enim Imperatorem ex certa ſcientia ſubſtitutionē exſtinguere, quāuis durum illud videatur, & Principi ante factum illud ſuadendum non eſſe dicant, de qua re copioſe Iacob. Menoch *lib. 4. præſum 79 num. 2. & 3.* Burſat. *conſ. 1. num. 8.* Alex. *conſ. 2. num. 19. lib. 1.* Roland. *conſ. 83. colum pen.* idem Roland. *conſil. 67. num. 39. lib. 3.* Decian. *conſ. 3. num. 9. lib. 1.* & multi alii, quos apud eundem Rolandum & Menochium videre licet. Mihi in præſentia propoſitum non eſt, de poteſtate Principis diſſerere: illud tamen admonendum duxi, veram nō videri ſententiam illorum, qui putent filium naturalem ſubſtitutum excludere, ſi aliquis ſub hac conditione ſubſtitutus ſit, ſi heres ſine liberis deceſſerit. Oſtendi enim *l. generaliter, §. 1. ſup. de inſt. & ſubſtit.* noſtros doctores in explicatione *l. ex facto, §. ſi quis rogatus, ff. ad SC. Trebellian.* iuriſconſulti mentem non intellexiſſe, & conſequenter naturales filios ſubſtitutum non excludere. Quod cum locum habeat in propoſita conditione, ſi ſine liberis deceſſerit, multo magis obtinebit, ſi adiectum ſit, ſi moriatur ſine legitimis liberis.

Quinta conditio, † quæ ad ipſam legiti- 249
mationē requiritur, eſt, vt adhibeatur cauſſę cognitio, quemadmodū in arrogatione fieri videmus, *l. ſi paterfamilias, §. fin. l. nec ei, ff. de adopt.* Etenim in cauſſæ † cognitione verſā- 250
tur, an ipſe parens hoc flagitet, an vero poſt mortem parentis, idq́; ex ipſius diſpoſitione illud fiat: deinde explorari oportet in perſona ipſius, qui filium ſuū hoc modo cooptare in numerum legitimorum deſiderat, anne eius ætatis ſit, vt potius, de iuſtis prolibus ſuſcitandis cogitare debeat, item an conſentiant filii, quos legitimos conſtituere velit, *§. generaliter, quib. mod. natural. effic. ſui,* quæ merita filii eundem illo conſilii impellant, arg. eorum, quæ de donatione remuneratoria diximus, *l. ſi donatione 13. C. de donation.* puta ſi virtutes ipſius domi & militiæ fortaſſe enituerint. Si enim Princeps hoc caſu aliena cōcedere poteſt, *l. Lucius, ff. de euiction. l. item ſi verberatum, ff. de rei vendicat.* vt doctores eundem textum exaudiunt, ſane minus inuidioſum erit, ſi ſpes hereditatis quærendæ alicui conferatur. Præterea inueſtigandum eſt, an alias proles habeat, an quis ipſi ſubſtitutus ſit, &c. *de quibus ſupra diſſeruimus.* Qua in re tamen nonnulli inter Imperatorem, & Comitem Palatinum diſtinguunt, vt in reſcripto † Imperatoris cauſſæ cogni- 251
tionem non exigant, aliud autem ſit in perſona Comitis Palatini, Ludouicus Surdus *in tractatu de natural. liber. cap. requiſita in legitimatione impetranda, verſicul. nono quæritur,* Speculat. *in tit. de legittimat. §. nunc breuiter, verſ. nota,* Iaſon *hic numero 116.* dum quidem ante factum ſuadet cauſſæ cognitionem, exiſtimat tamen in perſona Principis ſi illud omiſſum ſit, non eſſe amplius inquirendū,

Digitized by Google

Curt.*conſil.16. colum.9.in fin. verſic.fortius*, ex quo Valentin. Forſter. *lib.6. de ſucceſſ. cap.35. num.2.* Decius *conſil.307.* idem Decius *conſil. 288.* Archidiac. Bald. Innocent. Anton. de Butrio relati ab Alexandro *conſil.187. numer.*
252 *13.lib.5.* Etenim Imperator † ipſi rem diſcutiendam non negligendam reliquit, *argum. l.cum hi 8. §.ſi prætor 17.ff.de tranſact. c.prudentiam, extr.de offic.delegat. cap.cauſſam,de teſtib. l.in confirmando,ff.de confirm.tutel.* Notandũ tamen hoc loco eſt, Bartolum *hic numer.14.* quandam ſubdiuiſionem inſinuare, quam apertius defendunt *Alexand. conſil.188. num. 25.lib.5. Natta ibidem in addit. Forſter.libro 6. de ſucceſſ.c.33. num.23.* vt ſcilicet ſi parente viuo huiuſmodi beneficiũ petatur, hæc cauſſæ cognitio remitti queat, quod vſque adeo Alexander producit, vt idem etiam eſſe exiſtimet, ſi parens alias legitimas proles habeat, quod ſane apud me & durum & ſuſpectum eſt. Certum enim eſt, hanc gratiam difficilius ipſi conferri, qui iuſtæ ſobolis ſpem diminuere velit, *l.nec ei permittitur 17.§.præterea,ff.de adopt.* vnde etiam in reſcripto Principis mentio de huiuſmodi prolibus facienda eſt, *vt anteà oſtendimus*, item ipſæ proles vocandæ, niſi Princeps abſoluta poteſtate vti velit, quod raro facere ſolet.

253 Præterea in cognitione † vertitur, ex quibus cõplexibus huiuſmodi proles natæ ſint. Etenim ſi ex conſuetudine inceſta vel adul-
254 terina tales liberi † quæſiti eſſent, iuſtorum filiorum nomina illis impartiri non poterit, cum Imperator talem ſobolem ita deteſtetur, *d.Nouell.89. quib.mod.nat.effi.ſui,§.vlt.*itẽ *§.ſi quid autem 74. Nouell. quib.mod.nat. effic. legit.* vt ne quidem alendam huiuſmodi progeniem conſtituat. Porro ſi priuilegiũ ipſius latius pateat, vt etiã his gratiam facere poſſit, tum huiuſmodi facultatem ipſi non denegari, modo formæ ſui diplomatis obtemperet, conſtituunt Carolus Ruin. *hic colum. penult.* Alciat.*num.82. in 2.lectur.* Emanuel a Coſta *in 2.part.num.171.* Bald.*in l.reſcripta,nu. 10. C. de precib. Imper.offer.* Aret. *in l.3.ff.de teſtam.num.6.* Et quamuis contra hanc traditionem multa perpendi poſſint: tamen eo rem euaſiſſe videmus, vt nõ ſolum Imperator, de cuius poteſtate nobis temere diſceptandum non eſt, *l.ſacrilegii, infr.de ſacrileg.* ſed etiam Comitis Palatini eandem facultatem ſibi vendicent, ſi nominatim hoc illis conceſſum ſit, quamuis reuera putem per obreptionem vel alias artibus huiuſmodi
255 diplomata impetrari. Porro in eo † interpretes conueniunt, non poſſe citra hanc ſpecialem conceſſionem, quæ ex tenore priuilegii colligenda ſit, illud eos facere, de qua re Valent.Forſter. *cap.35. lib.6. de ſucceſſ. num.9. & ſequ.* Didac.Couarr. *in ſua epitom.decretal. cap.8.§.8.num.36.& ſeq.*

§. Quid ſi qui filium.

SVMMARIA.

1 *Captum ab hoſtibus in ſeruitute eſſe, & propterea ſuorum loco eſſe deſinere.*
2 *Præſentem caſum non poſſe recte accommodari ad formulam Galli neque etiam ad legem Velleiam, & rationes.*
3 *Ex ſententia legis Velleia eundem caſum a Scæuola ſuppleri.*
4 *Hæc verba,* ſi antequã filius ab hoſte rediret, *non inferre, quod poſtea redierit, & quare.*
5 *Error Heluidianorum hæreticorum & Eunomianorum notatus.*
6 *Verba noſtri textus,* Vel etiam adhuc illis viuis, poſt mortem aui naſceretur, *quem intellectum recipiant.*
7 *Emendatio Alciati, quæ tamen mox repudiatur.*
8 *Alia emendatio Goueani.*
9 *Cenſura Antonii Fabri multa verba delentis.*
10 *Alia explicatio Iaſonis.*
11 *Vltima interpretatio gloſſæ & Bartoli, quam auctor amplectitur.*
12 *Numerum pluralem aliquando in ſingularem reſolui contra regulam generalem.*
13 *Perperam noſtros interpretes vnum & eundem §. diuellere.*
14 *An id, quod conditionis loco ponitur, ſufficiat eueniſſe?*
15 *Lege effici non poſſe, vt is, qui nulla bona in ciuitate reliquit, heredes habeat.*
16 *An nepoti ex iuſto matrimonio nato, vitium paternum, quod ſpurius ſit, in cauſſa ſucceſſionis noceat.*
17 *Cauſſa dubitandi circa hanc quæſtionem.*
18 *Sententia Bartoli & aliorum doctorum, tale vitium non nocere.*
19 *Diſtinctio quædam circa hanc ipſam quæſtionem.*
20 *An definitio præſentis legis locum habeat ſecundum iura hodierna, ex quib. omnis ſeruitus inter Chriſtianos ſublata eſt?*

OStendit Scæuola conſiderationem a ſe propoſitam latius patere, neque ſolum intra caſus, quos antea perſecutus erat, conſiſtere, ſed etiam locum habere in filio, qui ab hoſtibus capiatur, vt nepos in illũ euentũ perinde inſtitui poſſit ac debeat, ac ſi per mortem ſuorum loco eſſe deſiiſſet, cum is, qui † in ſeruitute eſt, in aliena poteſtate ver- 1
ſari, *l.qui in ſeruitute 118.ff.de regul.iur.l.item ei ſuccurritur 14 ff.quib.ex cauſſ. maior.in integr. reſt.*& conſequenter ſuus eſſe nequeat, *§.ſui, Inſt. de hered.qual.,& diff.* Obſeruandũ † aũt 2
hoc

hoc loco eſt, vt animaduertit etiam Marius Salomonius *verſ. videamus quare hic caſus*, itē Anton. Faber *coniectur. lib. 9. cap. 4.* præterea Iacob. Cuiac. *in princ. h. §.* quod quemadmodum hic caſus non recte accommodari poſſit ad formulam a Gallo inſinuatam, ita etiam ad legem Velleiam referri non queat. Licet enim filius cum ab hoſte capitur, iam tunc temporis deceſſiſſe intelligatur, *l. pater inſtituto 10. ff. de capt. & poſtlim. reuerſ.* & ex ea conſideratione caſus hic relatus ad formulam Galli, vt multi interpretes conſtituunt, pertinere videatur, vel potius ex alia obſeruatione, quod vt tradit Anton. Faber, *d. c. 4.* ſerui pro nullis habeantur, *l. quod attinet 31. ff. de reg. iur.* tamen ſi rei veritatem & ius atque ſpem poſtliminii intueri velimus, aliud probandum videtur. Porro ad legem Velleiam ea ratione aptari non poteſt, quod illa concepta ſit in caſum, quo teſtator adhuc viueret, & filius ſuorum loco eſſe deſiiſſet, §. *nunc de lege Velleia, hac lege.* Recte itaque ad-
3 monemur ex ſententia † legis Velleiæ, quæ multos rumpendi caſus abſtuliſſet, hanc interpretationem faciendā, cum verbis ipſius nequaquam contineatur. Quod & ipſum quoque colligi poteſt ex verbis, *quare non induxere*, &c. quæ nō ſolum ad caſum a Gallo propoſitum pertinent, ſed etiam ad ipſam legem Velliam, vel, vt Antonius Faber eadem accipit, ad interpretes vtriuſq; formulæ. Notandum præterea ex noſtro textu eſt,
4 hæc verba: *Si † antea quam filius ab hoſtibus rediret*, non inferre, quod filius poſtea redierit, cum ex ſequentibus dilucide appareat, hunc filium apud hoſtes poſtea exſtinctum eſſe, quemadmodum etiam in argumēto a contrario ſenſu eueni e animaduertimus, vt cōtra definitionem *l. 1. §. 1. ff. de eo cui mandat. eſt iuriſdict.* nihil operentur, ſi quid in contrarium nominatim ſit cautum, *l. de quibus, ff. de legib.* facta collatione principii cum fine. Ex
5 obſeruatione † huius rei Heluidiani & Eunomiani hæretici conuinci poſſent, qui hæc verba *Matth. cap. 1. Antequam conuenirent, (Maria ſcilicet & Ioſeph) inuenta eſt in vtero habens de Spiritu ſancto*, ita acceperint, quaſi Maria parens Domini, poſtea commercium cum ipſo Ioſepho habuiſſet, de qua re D. Hieronymus contra Heluidianos.

Torſit hoc loco noſtros interpretes haud mediocriter, quod cum Scæuola vnius filii duntaxat mentionem feciſſet, poſtea tamen ſermonem plurali numero concipiat,
6 *vel † etiam adhuc illis viuis poſt mortem ſcilicet aui naſceretur.* Qua de cauſſa multi his verbis limam adhibendam exiſtimauerunt, &
prior quidem † Alciatus *paradox. libro 3. ca-* 7
pit. 13. profitetur ſe ex auctoritate cuiuſdam codicis vetuſti, quem ſe in Martiana Mediolanenſi bibliotheca inueniſſe deprædicat, animaduertiſſe, quod mendum irrepſiſſet in dictione *aui*, delendam itaque eandem vocem, & hæc verba, *poſt mortem aui*, ita proferenda, *poſt mortem qui*, vt ſcilicet duo caſus hoc §. definiantur, & prior ad nepotem pertineat, alter autem ad pronepotem patre & auo captis referri debeat. Goueanus vero † in prioribus commentariis ad 8
hanc legem, vt illum refert Antonius Faber *coniectur. lib. 9 cap. 4.* ita hæc verba reſtituenda exiſtimat, vt ſcribamus, *illo viuo*, ipſe vero † Antonius Faber putat hæc verba de- 9
lenda eſſe, *poſt mortem ſcilicet aui*, & ita legendum, *tunc deinde nepos, vel etiam illis adhuc viuis, naſceretur*, vt ſenſus ſit, nihil referre, an nepos ex filio ab hoſtibus capto natus ſit, patre & auo mortuis, an vtriſque viuis. Conſtituit enim omnia hæc verba, *& melius ergo eſt*, & quæ ſequuntur, non eſſe Scæuolæ, ſed Triboniani, qui reſpiciens ad nouam Iuſtiniani conſtitutionem, illamque finalem huius noſtri tituli, putauerit idem probandum eſſe in nepote, quod in filio idem Iuſtinianus confirmarat, vt ſi pater filium, qui poſt mortem ſuam intra decem menſes proximos naſceretur inſtituiſſet, & is eo viuo natus eſſet, recte nihilominus inſtitutus videatur, quamuis antea contrarium obtinuiſſet, *leg. commodiſſime 10. hoc titulo.*

Porro Iaſon † *hic num. 17.* Duaren. *in ex-* 10
plic. h. §. exiſtimant, eundem non ſolum de nepote, ſed etiam de pronepote accipiendum eſſe, vt Scæuola duas quæſtiones coniungere videatur, vt hæc verba, *his viuis*, intelligantur de filio & nepote captis. Sed cum in toto §. nulla pronepotis mentio fiat, & filius duntaxat captus proponatur, deinde etiam ſubiiciatur, nepotem natum eſſe poſt mortem aui, merito hæc interpretatio ab aliis exploditur, cum ſatis alienum ſit, ſi appellatione aui proauum, & nepotis pronepotem intelligamus.

Eſt igitur & alia † interpretatio, quam 11
in verbo, *deinde*, tertio loco proponit gloſſa, & ſequitur Bartolus *numero 1.* Alexand. *in princip.* Caſtrenſis *numer. 1. & 2.* Baldus *in princip.* Ioan. ab Imol. *numero 42.* Raph. Cuman. *num. 3.* item Cuiac. *in verb. illis viuis*, vt

Digitized by Google

ſcilicet hæc duo verba, *his viuis* accipiantur
12 pro numero ſingulari, quemadmodum † vi-
demus fieri *in l. diuus, §. fin. ff. de petit. heredit.*
item l. 2. §. ex actis, ff. de origin. iur. Et quamuis
numerus pluralis regulariter in ſingulari ef-
fectum ſuum ex veritate non ſortiatur, *l. fin.*
ff. ad SC. Trebell. & ad auctoritates a nobis al-
legatas reſponderi poſſit, vt videmus facere
Marium Salomoniũ *verſ. videamus quare hic*
caſus, col. 2. tamen cum is ſuæ cõtradictionis
idoneam cauſſam non complectatur, neq;
diluat difficultates ſupra a nobis propoſitas,
non video, quid abſurditatis cõſequi poſſit,
ſi hanc interpretationẽ hactenus boni con-
ſulamus, quoad ſaniora adferantur.

Admonendi autem hoc loco ſumus, gloſ-
13 ſam † noſtram, nec non Bart. Bald. Caſtr. &
alios interpretes parũ conſiderate contextũ
noſtri §. diuellere, duos ex vno cõſtituentes,
& quæſtionem a IC. propoſitam indeciſam
in hoc §. relinquentes. Sequenda itaque erit
auctoritas editionis Florẽtinæ, ita vt §. *inſti-*
tuens, tanquam neceſſarium membrum ab
ipſo contextu minime ſeparetur, ſed vt defi-
nitionem motæ diſceptationis continens
coniungatur.

Obſeruandum præterea eſt, multas diffi-
cultates circa enarrationem noſtri textus ex
eo emergere, quod doctores noſtri in red-
denda ratione, quare nepos eius, qui hoſtiũ
potitus eſt, recte heres inſtituatur, opinẽtur
id propterea euenire, quod is eo tẽpore, quo
capitur, deceſſiſſe intelligatur, *l. pater inſtitu-*
tus, ff. de capt. & poſtlim. reuerſ. l. in omnibus 18.
ff. eod. Etenim ſi hanc rationem amplecti ve-
14 limus, conſequetur, † quod ſufficeret id eue-
niſſe quod cõditionis loco ponitur ante te-
ſtamentum conditum, cõtra diſtinctionem
iuriſconſulti *in l. ſi iam facta, ff. de condit. & de-*
monſt. item quod lex Cornelia in illo filio lo-
cum habeat, qui in poteſtate aliena ſit, con-
tra reſponſum iuriſconſulti *in l. lex Cornelia*
15 *28. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* quod lege † effici
nõ poteſt, vt is qui nulla bona in ciuitate re-
liquit, heredes habeat, vt vrget Anto. Faber
coniect. lib. 10. c. 8. Qua de cauſſa etiam ipſum
lectorẽ breuitatis gratia ad eundem Anto-
nium Fabrum, nec non Marium Salomo-
nium quærentem, an hic poſthumus nepos,
pro ſuo alieno, an denique alterius generis
haberi debeat, reiicimus.

Reliquum eſſe videtur, vt, cum ex noſtro
textu intelligamus incapacitatẽ filii, qui ex
cauſſa captiuitatis teſtamenti factionem nõ
habeat, nepoti non nocere, an idẽ proban-
dum ſit in nepote, † qui ex ſpurio, qui ex te- 16
ſtamento paterno nihil capere queat, natus
ſit. Et quamuis dicendum † videretur, diuer- 17
ſam eſſe cauſſam nepotis, de quo tractemus,
quod diſpoſitio de filio ſpurio loquens, etiã
locum habere videatur in nepote, *arg. l. 1. §.*
ſiue autem donatum, C. de natural. liber. vnde e-
docemur, perſonis ibidem enumeratis non
poſſe fieri cõceſſionem per ſe, vel per inter-
poſitam perſonã, vnde cum nepos iure pa-
triæ poteſtatis ſit in poteſtate ipſius filii, *Inſt.*
de patria poteſt. & propterea patri omnia ac-
quirat, *l. cum oportet, inf. de bon. quæ liber. l. pla-*
cet, ff. de acq. & omitt. poſſeſſ. committendum
minime videtur, vt legis prohibitio ex hu-
iuſmodi facto circumueniri poſſit. Deinde,
quod *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui, §. fin.*
generaliter comprehendatur ex complexu
dãnato procreatos nihil ex paterna diſpoſi-
tione acquirere poſſe, adeo vt ne alendi qui-
dẽ vt liberi videantur. Contrariũ † tamen de- 18
finiunt Bart. *in hoc noſtro §. n. 1. & 2. Ang. verſ.*
vltimo inducit Bartolus, Caſt. n. 6. & 7. Alex. n. 7.
Io. ab Imol. num. 43. Raphael Cuman. n. 3. Franc.
Aretin. num. 33. Barth. Socin. num. 1. Iaſon num.
19. idque auctoritate *l. fin. C. de natural. liber.*
item l. 1. §. pen. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. vbi
filius deportatus non obſtat nepoti, *l. cogno-*
uimus, C. de hæret. qua cauetur, paternam hæ-
reſin in cauſſa ſucceſſionis non perſtringe-
re nepotem, denique generalis definitionis,
quod macula a patre contracta filio labem
non aſpergat, *l. diui fratres, & l. qui contra, ff.*
de iure patronat. l. quæritur, ff. de bo. damnat. ad-
hibita tamen † bimembri diſtinctione, quã 19
Bart. *hic num. 1. verſ. ego reduxi*, iſtam quæſtio-
nem perſequitur, vt ſcilicet interſit, an con-
ſtet de voluntate aui, quod nihil filio quæſi-
tum velit, an contra, an denique illud dubiũ
ſit: vt primo caſu procedãt illa, quæ diximus,
ſecundo vero contrarium ſtatuamus, tertio
adhuc priorem ſententiam ſequamur, *arg. l.*
fin. ff. de his quib. vt indig. item quod nemo in
dubio videatur delinquere. Licet autem hęc
opinio ſcrupulo nõ careat, vt apparet ex ar-
gumentis ſupra propoſitis, & his quæ fuſius
proſequitur Alciat. *hic num. 20. & ſeq.* tamen
mihi in præſentia conſilium non eſt, accura-
tius in hanc doctrinam inquirere.

Hæc itaque de præſenti §. ſuffecerint,
quamuis enim operæ pretiũ eſſet, & ad ple-
niorem eius cognitionem plurimum refer-
ret, vt cum totius Chriſtiani nominis † con- 20
ſenſu ſeruitutis iura inter Chriſtianos ſubla-
ta videamus, an conſequenter huiuſmodi
defini-

Digitized by Google

deſinitiones,quæ de captiuitate & ſeruitute,
quæ inde naſcatur, loquantur, exploſæ ſint,
diſpiceremus: tamen quod hanc iuris controuerſiam
ſatis accurate perſecuti ſumus
in tractat. de vſucap. & præſcript. part.3. cap.4.
lectorem etiam breuitatis gratia eodem reiiciendum
ſtatuo.

§. Si eius.

Svmmaria.

1 *Hypotheſis præſentis §.*
2 *Cauſſæ dubitandi.*
3 *Poſtliminium non reſtituit, niſi illa iura, quæ quis antea habuit.*
4 *Non eſſe laborandum de modo, quando idem effectus ſequitur.*
5 *An caſus præſenti §. propoſitus, pertineat ad formulam Galli, an vero ad prouiſionem legis Velleiæ?*
6 *Sententia gloſſæ Bartoli, &c. qui illam formula Galli accepto ferunt.*
7 *Cenſura Aretini hunc caſum reuocantis ad legem Velleiam.*
8 *Tertia expoſitio Raphaelis Cumani, quod referendus ſit ad reſponſum Iuliani.*
9 *Quarta expoſitio Caſtrenſis, reſponſum Scæuolæ ad nullam ex tribus deſinitionibus pertinere.*
10 *Confirmata ſententia Caſtrenſis.*
11 *Non eſt curioſe diſceptandum de his, quæ non multum expediunt.*
12 *Libellum alternatiuum procedere, ſi dubium ſit, quæ actio competat.*
13 *Excuſſum quæ lectio præferenda ſit in verbis, quod quærendum eſt, ſi iam filio mortuo pronepotem inſtituat redeatq; mortuo: & ibidem relata variæ opiniones.*
14 *Prælata explicatio Connani dictionem* mortuo, *accipiendam de morte nepotis.*

1 CVm is, qui filiũ habebat teſtamẽto † cõdito,
nedum filiũ, ſed etiã nepotẽ ex eo
inſtituiſſet, & nurus prægnãs in hoſtiũ poteſtatẽ
veniſſet, atq; ibid. auo & patre viuis, filiũ
enixa eſſet, qui demũ poſt mortẽ patris
atq; aui rediiſſet, in diſceptationem reuocari
cœpit, an teſtamentũ aui ex reditu nepotis
ruptum eſſet. Dubitandi cauſſam fortaſſe
præbuit formula Inſtitutionis, ſi imaginemur
nepotem ita heredem ſcriptum, ſi poſt
mortem vtriuſque, tam patris quam aui ſuus
naſceretur, vel generalius, ſi nepos ſuus na-
2 ſceretur. Etenim † cum natus ſit eo tempore,
quo adhuc in hoſtium poteſtate erat, nõ
potuit naſci ſuus, *l. qui in ſeruitute, ff. de regulis
iur.* & quamuis poſtea redierit poſtliminio:
tamen aliud eſt redire, aliud naſci. Accedit,
3 ꝗ poſtliminium non † reſtituat niſi illa iura,
quæ quis antea habuit, & ex cauſſa captiuitatis
amiſerit, *l. poſtliminium 19. ff. de capt. &
poſtlimin. reuerſ.* Scæuola tamen reſpondet,
teſtamentum ab hoc nepote nõ rumpi, ſed
in diſquiſitionem venire, an hic caſus ad legem
Velleiam reſpiciat, an ad ius antiquum,
id eſt, Galli Aquilii aptandus ſit, & tandem
omiſſa eius rei inueſtigatione tanquam infructuoſa,
cum neutro caſu teſtamentum
infirmaret, conſtituit non eſſe laborandum
de modo, quando † idem effectus ſequere- 4
tur, *vt l. mulier 20. §. final. ff. de hered. inſtit. l. 1.
§. occiſorum, ff. ad SC. Syllan.* Porro doctores
noſtri, quod a Scæuola † omiſſum eſt, inſtau- 5
rare cupientes, admodum ſolicite, haud ſcio
tamen, quam vtiliter, hoc ipſum inquirunt.
Gloſſa † enim in verb. *excludatur*, Bartol. *nu.* 6
3. Alexand. *num. 1.* Barth. Socin. *num. 2.* Iaſon
num. 2. & 22. Iacob. Cuiac. *hic in princ.* item
Boet. Epo *verſic. quomodocunque conſideres*,
Marius Salomonius *colum. 5. verſic. ſed cum ab
eo teſtamentum*, Franciſc. Connan. *comment.
lib. 10. cap. 4. num. 7.* conſtituunt hunc caſum
ad Galli prouiſionẽ pertinere, quod quamuis
aliud ſit naſci, aliud redire: tamen reditus
eundem effectum habeat, quem natiuitas,
adeo vt idem de illo iudicandum videatur
l. mulier 22. ff. ad SC. Trebell. cum ſimilibus.
Franc. † Aretin. autem *num. 42. verſi. ſed iſte* 7
tempore mortis, auctor eſt, hũc caſum referendum
eſſe ad definitionem legis Velleiæ,
quæ admittit inſtitutionem nepotis, qui viuo
auo naſcatur, modo pater prior decedat.
Ceterum † Raphael Cuman. *num. 1. circa fin.* 8
negat hunc caſum his deciſionibus accepto
ferendum, ſed potius pertinere ad reſponſum
Iuliani iuriſconſulti, *§. ille caſus in difficili
eſt*: quod & ipſum quoque profitetur Anto.
Fab. *coniect. lib. 9. c. 6.* Etenim cum legis Velleiæ
duo ſint capita: primum, quo comprobatur
inſtitutio nepotis, quamuis viuo teſtatore
mortuo tamen filio naſcatur: alterum,
quod nepotes iam natos & heredes inſtitutos,
ſi poſtea in parentis locum ſuccedant,
teſtamentum rumpere vetat, in præſenti caſu
caput vtriuſque legis quaſi commiſceri:
natum enim eſſe nepotem nedum viuo teſtatore,
ſed etiam patre ſuo, itaque ſimpliciter
ad primum caput referri non poſſe, quẽadmodum
neq; ad ſecundũ, quod vt nepos
tẽpore teſtamẽti conceptus quidem nondum
tamen natus eſſet. Qua ratione itaque
effectum eſt, vt in caſu Iuliani eius interpretatio
admitteretur, qua duo legis capita, cũ
reuera coniungi non poſſent, benigne tamen,
& vi rationis contribuerentur, eadem
ratione iuriſconſultum Scæuolam de captiuitate
loquentem reſpexiſſe ad definitionẽ

ipſius Iuliani *in quæſtione præſenti*: quæ ex ea cauſſa ad prouiſionem Galli Aquilii pertinere videretur, quod nepos ab hoſtibus reuertẽdo nunc primum caput in ciuitate habere videatur, & quodammodo natus videri poſſet, niſi poſtliminii fictio obſtaret, quæ eum ſemper in ciuitate fuiſſe interpretetur, *l. ab hoſtibus 15. §. 1. ff. ex quib. cauſſ. maior in integr. reſtit l. ſi quis filio 6. §. ſiue autem, infr. de iniuſt. rupt & irrit. fact teſtam.* deinde etiam alia iuris diſpoſitio, quæ partum in vtero exſiſtentem pro iam nato habeat, *l. penult. ff. de ſtatu homin:* Gaius *in ſuis Inſtit. tit. 4. §. vltim. lib. 1.* Et hanc cõſiderationem facere vt corruere videantur argumenta illorũ, qui poſtliminium propterea locum nõ habere prædicabant, quod extremum a quo conueniens non eſſet, cum poſtliminium id adferre vel inſtaurare non poſſet, quod nepos nunquam habuiſſet, vt ſcilicet ſuus ſemper fuiſſe intelligatur, qui tempore captiuitatis ſuus non fuerit, cum is, qui in ciuitate conceptus erat, pro nato habeatur, vt dictũ eſt: quod & ipſum quoq; obſeruauit Marius Salomonius *col. 4. verſ. etſi argutus.* Neq; rurſum repugnare, quod extremum, ad quod tempore reuerſionis habile & idoneum nõ videatur fuiſſe, cum auus, cui hic nepos agnaſceretur, iam rebus humanis poſt filium exemtus ſit, arg. *l. huic ſcripturæ, ff. ad l. Aquil.* item *l. bonorum, ff. rem rat. haber & de ratihab.* ex quibus cognoſcamus fictionis iura hoc caſu locum nõ habere. Etẽ vt præterea recte hic animaduertit Aret. *nu. 42. verſ. ſed tu aduerte*, item Raph. Cum. *n. 1.* Iaſ. *n. 28.* nõ eſt ex ipſius aui, ſed nepotis perſona inſpiciendũ, an extrema habilia ſint, cũ alias ne filius quidem poſt mortem patris reuerſus, ſuus iudicari poſſit, quod tamen refellitur *per l ſi quis filio 6. §. ſed ſi pater, infr. tit. prox.* item *l. lege Cornelia, ff. de teſtam. & §. interdum, Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. defer.*

9 Eſt denique & alia † expoſitio ipſius Caſtrenſis *hic num. 5.* exiſtimantis, quod quamuis caſus, in cuius enarratione verſamur, propius videatur accedere ad deciſionem Iuliani iuriſconſulti, quod tamen ſi vim verborum & iuſtam illorum expoſitionem intueri velimus, reſponſum iuriſconſulti Scæuolæ ſeparatum ſit, neque ad vllam ex tribus definitionibus accommodari poſſit: ſuboritur enim illa conſideratio, quod cum Scæuola loquatur de inſtitutione nepotis, qui poſt mortem teſtatoris naſcatur, huiuſmodi verba non poſſimus exaudire de illa natiuitate, quæ apud hoſtes acciderit, vel quod meo iudicio magis vrget, quæ ante mortem teſtatoris ſit facta: ſiue enim veram huius nepotis natiuitatem ſpectare velimus, ſiue fictam, quod conceptus pro nato habeatur, neutra inſpectio ab huiuſmodi impugnatione præſtare poterit.

His ponderatis ſtatuerem Antonii Fabri expoſitionem non adeo improbabilem videri, niſi moueret argumentum, quod vltimo loco ponderauimus, nec euitandi eius incommodi rationem inuenio, quam vt ex ſententia eiuſdem Antonii Fabri dicamus Tribonianum reſpexiſſe ad nouam Iuſtiniani conſtitutionem, de qua *in l. fin. hoc tit.* quod tamen *in §. proximo* improbauimus. Qua de cauſſa ſecundo loco reſpõderi poſſe exiſtimarem, quod cum hic nõ appareat, quibus verbis teſtator vſus ſit, non prohibuerit eum Inſtitutionis formulam ita moderari, vt mortis ipſius teſtatoris nulla fieret mentio, veluti inſtituo nepotem, ſi ſuorum numero eſſe & primum locum obtinere cœperit. Sed quia §. præcedens dum generaliter verba concipit, mortis teſtatoris mentionem facit, & Galli Aquilii formula, de qua iuriſconſultus adhuc tractat, eodẽ pertinere videatur, idcirco præferendam exiſtimo † ſententiam Pauli Caſtrenſis, in 10
quam etiam deſcendere videtur Andreas Alciat. *paradox. lib. 3 cap. 15.* vt ſcilicet ad nullum caput referri debeat, ſed ſeparata ſit definitio Scæuolæ, qui cum animaduerteret, in propoſito caſu quædam inſignia formulæ Aquilianæ & legis Velleiæ verſari, non tamen abſolute ad ius alterutrum aptari poſſe, ad exemplum Iuliani ſua interpretatione ſupplere voluerit, quod harum legum definitioni deeſſet, conſtituens propterea non eſſe ſuperſtitioſe inquirendum, vtrum Gallo Aquilio, an legi Velleiæ hæc deciſio accepto ferenda eſſet. Etenim vt in prouerbio eſt, committendum nobis non eſt, vt nimis ſapiendo plane deſipere videamur, vel vt ait † textus *in cap. 1. de renuntiat. in 6.* cu- 11
rioſe diſceptantes de iis, quæ non multum expediunt, plus ſapere velimus, quam oporteat, & quam ſobrietas ipſa concedat, vt *cap. ſi rector, diſt. 44.*

Hanc traditionem Bartol. *hic num. 5.* Baldus *num. 2.* Angel. *num. 1.* Alexand. *numer. 3.* Iaſon *num. 18.* Aretin. *num. 42.* Barthol. Soc. *numero 1.* Caſtrenſis *numero 3.* Ioan. ab Imola *numero 50.* Marius Salom. *circa fin.* accommodat ad cauſſam † libelli alternatiũi, qui 12
alias

Digitized by Google

alias tolerari non ſolcat,item libelli,qui nul-
lam actionem complectatur aut diſerte ex-
primat, quod dubium ſit, quæ actio deferа-
tur, certum tamen ſit, quod idonea actio ex
aliqua cauſſa, quæ commemoretur, naſca-
tur,tunc enim iudicem huiuſmodi libellum
admittere debere,arg.*noſtri textus*.

Quæ dicta ſunt de nepote, eadem quoq;
iuriſcõſulus transfert ad pronepotẽ in verb.
13 ſequentia: †*quod quærendũ eſt,ſi iam mortuo fi-
lio,pronepotem inſtituat,redeatq; mortuo*,vulga-
ta lectio ita ſe habet: *idem quærendũ eſt, ſi iam
mortuo filio pronepotem inſtituat heredẽ,redeatq;
mortuo eo*. Cuiac. ex ſententia Ioannis & Pi-
lei, de quibus gloſſa & Bart. mentionem fa-
ciunt,emendat textum,& loco pronepotis,
nepotẽ, & ꝓ verb. *inſtituat*;legit *pariat*,con-
ſtituens alias nimis multa ſubaudienda eſſe.
Alciatus vero *lib.paradox.3.c.5*. retinet anti-
quam lectionem,ſed eo nomine noſtros in-
terpretes perſtringit, quod dictionem *mor-
tuo*,intelligant de morte nepotis & aui,con-
tra genuinam ſignificationem ipſius verbi,
quod in numero ſingulari de pluribus intel-
ligi non debeat,*l.fin.ff. ad SC.Trebell.* Exiſti-
mat itaque de ſola morte teſtatoris illud ac-
cipiendum eſſe, nepotem vero adhuc vixiſ-
ſe: hunc enim poſt mortem teſtatoris, inſti-
tuto pronepote redeuntem, non ſubuerte-
re teſtamentum, ꝙ ius poſtliminii non ha-
beat, cum mater ipſius apud hoſtes deceſſe-
rit,*l.1. C.de captiuis & poſtlim.reuerſ.* Eſt dein-
de & alia explicatio gloſſ. in verb. *mortuo eo*,
item Bart.*n.3*.Iaſonis *n.22*. qui auctor eſt Pi-
lei opinionem ab omnibus cõmuniter im-
probatam, vt ſcilicet hæc dictio, *mortuo*, ac-
cipiatur de morte teſtatoris & nepotis.
14 Subductis † omnibus, non dubito præfe-
rendam eſſe explicationem Franciſci Co-
nani *comment.lib.10.cap.4.num.7*. dictionem
mortuo, intelligendã de morte nepotis, nec
tamen propterea inferri poſſe, ꝙ viuo proa-
uo apud hoſtes antea natus redierit, ſed ꝙ
poſt mortem ipſius quoque illud acciderit:
noluiſſe enim Scæuolam ſpecialem de hac
re mentionem facere, quod cum in expli-
catione formulæ a Gallo propoſitæ verſare-
tur,illud in omnibus caſibus ſubaudiretur.

§. Forſitan.

SVMMARIA.

1 *Intellectus huius §.ſecundum gloſſam.*
2 *Alia exempla Iaſonis.*
3 *Emendatio Cuiacii circa præſentem textum.*
4 *Expoſitio Alciati.*
5 *Diſtinctio auctoris.*
6 *Dubitandi cauſſæ circa primum membrum §.*
7 *Ratio decidendi.*
8 *Repudiata interpretatione communi & reliquorum, examinatur ſententia Franciſci Conani & Boetii Eponis.*
9 *Confirmata explicatio Iaſonis.*

HIc §. varios † intellectus habet, vnum, 1
quem inſinuat hic gloſſ.in dictione *auo*,
& confirmat hic Bart.*num.4*. Ioan.ab Imol.
num.43.Caſtrenſ.*num.1*.Franciſc. Aret.*num.
43*. Alexand.*numer.2*. quem etiam commu-
nem eſſe fatetur Iaſon *in princip*. quod hic §.
verſ.ergo etſi pronepos,intelligendus ſit ſecun-
dum caſum §. præcedentis, vt pronepos ab
hoſtibus poſt mortem omnium reuerſus eſ-
ſe intelligatur. Secundus † intellectus eſt, 2
quem huic §. adſcribit Iaſon *verſic. vnde ego
teneo*, quod ille verſiculus accipiendus ſit de
pronepote, qui natus erat viuo filio teſtato-
ris, illum enim poſſe ex hac inſtitutione ſuc-
cedere, ſi omnes alii præmoriantur. Sed
quia hanc interpretationem illa abſurditas
conſequi videatur; quod Scæuola præma-
ture de caſu legis Velleiæ loqui ſtatuatur,id-
circo † Cuiacius hunc §. emendat, & loco 3
verborum *ergo & ſi pronepos admittetur*, legit,
ergo & ſi nepos omittetur, Antonius autem Fa-
ber *coniect. lib.9. cap.9*. hæc verba noſtri tex-
tus,*Ergo etſi pronepos admittetur, qui natus erit
ex nepote poſtea viuo filio, atque ſi ex eo natus eſ-
ſet,adoptatur*,ita reſtituenda putat, *ergo & ſic
pronepos admittetur,qui natus erit ex nepote poſt-
ea viuo filio, atq; ſi ex eo natus eſſet*, adeo vt ver-
bum *adoptatur*, quod multas tenebras no-
ſtris interpretibus offudiſſet,plane reiicien-
dum putet, cum aſteriſco tanquam ſuſpe-
ctum notatum ſit. Porro † Andreas Alciatus 4
obſeruantior quidem receptæ lectionis, a-
lium ſenſum his verbis accommodat *para-
dox.lib.3.cap.17*. ſed meo iudicio plane pere-
grinum, vt ſcilicet ſi pronepos viuo teſtato-
re non naſcatur, ſed viuo ſolum filio, perin-
de ipſi heres ſit,ac ſi eius nepos non eſſet,ſed
adoptatus in locum filii, non quidem ex te-
ſtamento proaui, ſed vt ſuccedat in primo
ſuitatis gradu.

In hac interpretationis varietate, puta-
rim † primum §. noſtri membrum planam 5
interpretationem recipere,vt ſecundũ Are-
tin.*hic nu.44*. Marium Salom. *verſ.duo caſus
proponuntur*, Duaren.Cuiac. & Boet. Epon.
in prin.noſtr. § illud intelligamus de teſtato-
re,qui pronepotem ex nepote,qui nondum
natus erat,inſtituerat, cum eundem nepo-
tem antea heredem ſcripſiſſet ſub conditio-

ne, ſi poſt mortem ipſius editus fuiſſet. Ete-
6 nim † cum nepos viuo teſtatore natus vxo-
rem grauidam reddidiſſet, atque filius ipſius
& pronepos teſtatoris poſt mortem patris
ſui, aui, item & teſtatoris in hanc lucem pro-
diiſſet, diſceptari cœpit, an recte inſtitutus
videretur? Et videbatur illum non recte in-
ſtitutum eſſe: primo, quod inſtitutio ne-
potis, patris pronepotis ex eo periclitari vi-
deretur, quod non poſt mortem patris ſui
natus eſſet, ſed illo adhuc viuo, quo caſu in-
ſtitutio nullius momenti eſſe ſolet, *l. com-
modiſſime, ff. de liber. & poſthum. hered. inſti-
tuen.* deinde quod pronepos ſuſpectus eſſet
ex nepote poſthumo, ita vt quadruplex in-
certitudo §. *incertus, Inſt. de legat.* ipſi obſtare
videretur. Incerta em̃ erat natiuitas paren-
tis, atq; adeo nepotis, æque incertus erat e-
uentus propriæ natiuitatis, deinde ex arbi-
trio naturæ vel fortunæ pendebat, an futurũ
eſſet, vt vterque tam pater quam auus ante
teſtatorem & natiuitatem poſthumi mori-
turi eſſent. Vltimo & illud mouebat, quod ſi
nepos patri ſuperuixiſſet, potuiſſet in locum
eius ſuccedẽdo teſtamentũ rumpere. Con-
trarium tamen reſpondet Scæuola, reddens
7 hanc † ſuæ deciſionis rationẽ, ꝙ & ſuus na-
ſcatur, & poſt mortẽ naſcatur: propoſuit em̃
antea hunc pronepotẽ mortuo patre dein-
de auo natũ fuiſſe: ita em̃ Noricus textus &
vulgaris lectio ſe habent, quam nedũ gloſſa
Bart. Bald. Ang. ſed etiã Marius Salo. Dua-
renus, Cuiacius, Boet. Epo, Perottus, & alii
recẽtiores in explicatione *huius legis*, Fran.
Conan. *d. c. 4. lib. 10. n. 7.* Ant. Fab. *coniect. lib.
9. c. 9.* amplectũtur, repudiata Florẽtina eaq;
contraria verborũ cõceptione, iſq; viuo pa-
tre, deinde auo naſcatur, ꝙ abſurdũ ſit quem
duobus tẽporibus naſci, vt ordinis ibidẽ inſi-
nuari ratio præ ſe ferre videtur, viuo patre, &
deinde auo, quaſi auus patri ſuperſtes eſſe
debeat, quod nos non negamus, ſed tñ con-
tendimus, vtriuſq; mortẽ ex ordine præce-
dere debere. Et quãuis in textu nulla men-
tio fiat mortis ipſius proaui, tñ illa neceſſario
ſubaudiri debet, vt recte aduertit Conan. *d.
lib. 10. c. 4. n. 8.* idq; euincunt verba ipſius Scæ-
uolæ, dũ ait, *nam & ſuus naſcitur, & poſt mortẽ
naſcitur ſuus, ſcil. patre & auo e medio ſubductis,
poſt mortẽ*, id eſt, *poſt obitũ ipſius teſtatoris*. Nec
eſt, ꝙ nos ſollicitent dubitãdi rationes, qua-
rum mentionẽ fecimus: cum em̃ præteritio
nepotis, ante filium fato concedentis, teſta-
mentũ nõ infirmet, §. *idem credendum eſt, hac
noſtra lege*, multo magis illud probandũ erit
in illa inſtitutione, quæ ex caſu defecerit, ar-
gum. *l. fin. h. tit.* Nec mouet ratio incertitudi-
nis, cum benignior interpretatio, de qua in
§. *idẽ putant*, item §. *idem credendũ eſt*, cui for-
mula Galli Aquilii occaſionẽ præbuit, hanc
fluctuandi cãm plane ſubmouerit, adeo vt
Scæuola, tanquam in re minime controuer-
ſa, de huiuſmodi ſcrupulo nullam mentio-
nem faciendam eſſe duxerit.

Hæc de primo mẽbro: porro §. *ergo etſi ꝓ-
nepos*, incidit in ambages & difficultates ali-
ter atq; aliter exponentium, vt ſupra intelle-
ctum eſt. Et quãuis diſpliceat eruptio ab ipſo
Accurſio, Bart. & aliis interpretib. tentata, ꝙ
in merã diuinationẽ incidat, & multis verbis
vim manifeſtã inferat, primũ verb. *naſcendi*,
quod ſecũdo aut tertio repetitur, vt illud ac-
cipiam* pro *redire*: deinde dictioni *adoptan-
di*, dum illã referunt ad reſcriptũ Principis, *l.
iubemus, C. de emanc. lib.* cũ certũ ſit, adoptio-
nem inter abſentes fieri non poſſe, *l. neq; ab-
ſens 24. cũ l. ſeq. §. vlt. ff. de adopt.* tñ æque peri-
culoſam eſſe ſtatuo illã euadendi rationem,
quam textũ corrigẽdo oſtendunt Cuiac. &
Ant. Faber. Nã ſi hoc priuatis permittamus,
quo pacto tandẽ legibus noſtris ſua auctori-
tas conſtabit? conſequens itaq; videretur vt
aut Iaſonis explicationẽ admittamus, aut a-
liam † Franc. Cõnani, & Boetii Epo. in locis 8
allegatis, quẽ ad ſenſum legis quidẽ proxime
accedere cõſtituo, quãuis verba ipſius nõni-
hil repugnẽt, vt mentio viui filii eo ꝑtineat,
vt euitaretur incõmodum, de quo IC. men-
tionẽ fecit *in §. idẽ credendũ eſt*, ne ſi filiũ ante
nepotẽ mortuũ poneremus, is in ſuccedẽdo
in locũ patris teſtamentũ rumpat, ita vt ado-
ptionis verbũ accipiamus ꝓ aſſumtione vel
ſucceſſione, ꝙ ita ſuccedat in locum nepotis
atq; patris ſui, quaſi is nunq̃ in rerum natura
fuiſſet, & ꝓinde inquirendũ nõ ſit, an pater
ipſius recte an minus inſtitutus fuerit: fateri
tñ cogor, verba illa, qui natus eſt ex nepote
poſtea viuo filio, ſine magna violentia hunc
ſenſũ admittere nõ poſſe, vt eundẽ dicamus
natũ mortuo filio: duo n. cõtradictoria ſimul
vera eſſe nõ poſſunt, *l. ſi is qui ducẽta, §. vtrũ,
ff. de reb. dub.* niſi natũ accipiamus pro cõce-
ptũ, vt reſpõdeat priori mẽbro. Quod cũ et
alienũ ab eius ſignificatione eſſe videamus,
nõ animaduerto quid piaculi contracturi ſi-
mus, ſi Iaſoni † calculũ adiiciamus, vt in hoc 9
vltimo mẽbro noſtri §. iuriſconſultũ pona-
mus reſpexiſſe ad l. Velleiã, & ꝑ modũ cõpa-
rationis hæc incidenter ꝓtuliſſe. Quãuis in
de l. Velleia nominatim & principaliter pri-
mum

Digitized by Google

mum tractare incipiat *in §. nunc de lege Velleia*, tamen quid abſurditatis eſſe dicemus, ſi gratia vberioris doctrinæ, & conferendo caſum leg. Velleiæ cũ prouiſione Galli, id illũ feciſſe dicamus, vt ſi natus ſit adhuc viuo filio, iuris miniſterio ita coopteтur in locũ nepotis, *l. poſthumorũ, ff. de iniuſt. rupt. & irr. fact. teſt.* vt mortuo filio ante teſtatorem ita ſuccedere poſſit ſine vlla inueſtigatione pater bene an male inſtitutus ſit, quemadmodum in priori caſu diximus. Cum n. hic duob. incõmodis vrgeamur, q̃ cõcedamus, ipſum Scæuolam aliquid incidenter in cauſſa leg. Velleiæ decidiſſe, antequam tractatum eius aggrederetur, aut vt illã interpretationẽ probemus, quæ a verbis plane abhorreat, illud ſane pręferendum videtur, quod minimum incommodi vel abſurditatis habere videatur, *l. ita vulneratus, circa fin. ff. ad leg. Aquil. l. quotiens 200. ff. de reg. iur.*

§. In omnibus.

SVMMARIA.

1 *Filium, qui in poteſtate ſit, ſaltẽ ex aliqua parte heredem inſtituendum, neque in formula Aquiliana exheredationis locum eſſe.*

2 *Ratio præcedentis pronuntiati.*

3 *Filium qui apud hoſtes ſit, impune præteriri poſſe.*

4 *In eadem cauſſa fuiſſe nepotes & pronepotes.*

5 *An exheredatio poſt mortem filii facta valeat, ſi filius coheredem habeat?*

6 *Quid iuris ſit, ſi nepoti inſtituto coheres datus ſit.*

7 *Intellectus l. pen. ff. de lib. & poſth. hered. inſt.*

8 *Excuſſa l. fin. ff. de cond. inſtit.*

9 *Expoſitio Bartoli, Baldi & Cumani.*

10 *Alia interpretatio Alciati.*

11 *Conſideratio Cuiacii.*

12 *Confirmata expoſitio Boetii Eponis.*

13 *An ex cauſſa exheredationis filius ſuorum loco eſſe (deſinat?*

14 *Affirmatiua ſententia Goueani, Bartoli & Alexandri cum fundamentis.*

15 *Contraria ſententia Marii Salomonii & Anton. Fabri cum ſuis argumentis.*

16 *Intellectus l. 1. §. ſciendum ff. de ſuis & legit. hered.*

17 *Declarata l. qui in aliena, §. interdum, ff. de acquir. vel amitt. hered.*

18 *An exheredatus mortuo comparetur?*

19 *Examinata ratio Goueani, filium exheredatum propterea ſuum eſſe deſinere, quod inter heredes non deprehendatur.*

20 *Culpa filii quando nepoti noceat.*

21 *Notata diſſimulatio ipſius Goueani ad argumenta Boetii Eponis non reſpondentis.*

22 *Illiberale dictum ipſius Goueani, ad velandam tamen ipſius ſocordiam, aptiſſimum.*

23 *Bartoli, Baldi, Caſtrenſis, & aliorum interpretum diligens lectio an ſtudioſis, item doctis viris, minus conueniat?*

TRia pronuntiata ex præſenti §. eliciuntur, regula ſcilicet, & duæ declarationes: Regula oſtendit, quod ſi quis Aquiliana formula vti velit in nepote vel pronepote herede inſtituendo, filiũ † qui in poteſtate ſit, 1
ſaltem ex aliqua parte heredem inſtituendũ, quod fruſtra exheredetur poſt mortem ſuam, vt *hic & l. ſi ita ſcriptum 13. §. fin. ff. de lib. & poſth. hered. inſtit.* Etenim cum nepos † eo 2
caſu duntaxat inſtituatur, quo filius viuo patre ſuo decederet, inanis & luſoria hæc exheredatio cenſeri debet, quæ nullo tẽpore vim ſuã habere potuerit. Accedit, q̃ vt animaduertit Marius Salo. *hic verſ. nota ergo exheredationẽ, item Duar. verſ. quid eſt igitur, Boetius Epo, n. 1. Ant. Fab. coniect. lib. 9. c. 10.* exheredatio ſine aditione hereditatis nullius momenti reputetur *l. filio 20. §. exheredatio, ff. de bon. poſſ. cont. tab.* vnde cũ ante mortẽ filii hereditas adiri vel immiſtio fieri nequeat, cõſequens quoq; eſt, vt exheredationẽ nullam dicamus, idq; in omnib. ſpecieb præcedẽtibus, vt Scæuola ait, locũ habet non ſolum in cã mortis, ſed etiã aquæ & ignis Interdictionis, deportationis, deniq; & emãcipationis, *§. & quid ſi tantũ, hac lege,* q̃ & ipſum probarũt Boet. *hic n. 1.* Ant. Fab. *d. c. 10.* Id eñ coarguit generale ſignũ in omnib. q̃ nihil excludere ſoleat, *l. ſi is qui ducẽta, §. vtrũ, ff. de reb. dub.* itẽ exceptio de filio capto, quæ regulã cõfirmare cõſueuit, *l. quæſitũ, §. deniq;, ff. de inſtruct. & inſtrum. legat.* & quãuis ratio a I C. cõſiderata, q̃ fruſtra poſt mortẽ ſuã exheredetur, obſtare videatur, tñ ſuam habitura eſt conciliationem, ſi meminerimus illos caſus eiuſdem eſſe effectus, ita vt filius poſtea ſucceſſionem iure ciuili amplius ſperare nequeat, adeo vt hac ratione attenta non putẽ diſtinguendũ, an teſtator formulã Galli vſus ſit, quo caſu res dubitationẽ habere nõ videtur, an vero alios caſus nominatim vel generaliter comprehenderit, quamuis Boetius hoc caſu *nu. 2. & 22.* reluctetur.

Prima † aũt principalis noſtræ enũtiationis declaratio eſt, q̃ filius, qui apud hoſtes 3
ſit, neceſſario non inſtituatur, ratioq; eſt in promtu, q̃ ſcilicet non ſit in poteſtate neq; ſuus heres, *l. qui in ſeruitute eſt, ff. de reg. iur. & hac noſt. lege, §. quid ſi qui filium,* quod tamẽ intelligendũ de illo captiuo eſt, qui apud hoſtes poſtea moriatur. Nam ſi poſtea rediret, aliud probandum foret, *l. 6. §. & ſi pater, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*

Secunda declaratio eſt, quod aliud iuris ſit † in nepotibus & pronepotibus, quippe 4
qui neceſſario inſtituendi non ſint, ſed habeant ius accreſcendi *Inſt. de exhered. liber. in*

Digitized by Google

Princ. quod tñ nunc temporis emendatũ eſt
per *l.maximum vitium, ſup.de liber.præter.*

Eſt deinde & tertia declaratio, quam Ca-
ſtrenſ.*hic num.2.* Iaſon *num.6.* Raph.Cuma.
verſ.oppono, quod potuit, Ioan.ab Imol.*nu.58.*
Anton.Faber *d.c.10.coniect.lib.9.*perſequun-
5 tur, † valere huiuſmodi exheredationem
poſt mortem filii factam, ſi filius coheredem
habeat, arg. *l.filius a patre 28.ff. hoc tit.* vbi ta-
men cauendum eſt, ne cum quibuſdam fa-
cile impingamus, qui arbitrantur idem eſſe,
6 ſi † nepoti coheres datus ſit: nam id recte
meo iudicio refellunt Boet.*hic num.14.* item
Ant.Faber *coniect.lib.9.cap.10.*reprehendens
eo nomine Caſtrenſem & Goueanum, cum
coheres ipſius nepotis nõ poſſit iudicari me-
lieris cõditionis, quam ipſe nepos, qui nun-
quam cum filio concurrere poteſt, *leg.cum
in teſtamento 37.ff.de hered.inſtit.* & nequeant
eſſe coheredes, niſi eiuſdem ſint gradus. Eo-
7 demque referri poterit definitio † *l.penult.
ff.de iniuſt.rupt.& irrit.fact.teſtam.* quod pro-
pter vnius inſtituti perſonam, a quo filius
vel poſthumus exheredatus non ſit, alterius
quoque inſtitutio vitietur, a quo filius re-
cte exheredatus erat: neque aliud ſentien-
tibus ſuffragatur *l.filius 24.ff. hoc tit.* in verb.
ſeq.*herede autem ſcripto ex parte filio, coheres poſt
mortem filii inſtitui poteſt.* Etenim hic altum
de exheredatione ſilentium, alia enim cauſ-
ſa eſt inſtitutionis, alia vero exheredationis.

His ita digeſtis, operæ pretium eſſe con-
ſtituo, ſi leges aliquas, quæ ex diuerſo vrge-
re videntur, conuenienti interpretatione
conciliemus. Repugnare enim initio vide-
tur *l.inter cetera 30.hoc noſtro tit.* vbi filii exhe-
redatio indiſtincte permittitur. Sed facilis
huius rei ſolutio eſt, generi per ſpeciem de-
rogari, ſi filius enim rite exheredatus ſit,
nedum nepos, ſed etiam extraneus pure in-
ſtitui poterit: quod ſi vero ſub conditione
mortis ipſius filii heredes ſcribantur, obti-
nebunt illa, quæ commemorauimus. Se-
cundo obiicitur *l.poſthumus 12. ff. de iniuſt.
rupt. & irrit.fact: teſtam.* vbi poſthumi præ-
teritio non nocet, ſi is poſtea viuo patre mo-
riatur. Sed cum hunc nodum in explica-
tione §.*idem credendum eſt hac l.num.9. & ſeq.*
retexamus, ſuperuacuum eſt, ſi eadem ſe-
cundo infarcire velimus. Tertio, non mi-
8 nus infeſta eſt diſpoſitio † *l final. ff. de con-
dit.inſtit.in fin.* vbi Papinianus inſinuare vi-
detur, quod inſtitutio nepotis, cum filius
moriatur eodem filio exheredato, recte fieri
9 poſſit. Etenim Bartol.*ibid.num.3.* † Bald.*cir-
ca fin.* Caſtrenſ.*num.9.* Iaſon *in l.ſi ita, § fin.ff.
hoc tit.* Raphael Cuman.*ibid.circa fin.* conſti-
tuunt intereſſe, vtrum quis poſt mortem fi-
lii exheredati heres inſtituatur, an vero cum
morietur, vt primo caſu procedat defini-
tio noſtri §. ſecundo vero probemus diſpo-
ſitionem *d.l.final.* cum hæc conditio *cum
morietur*, vitæ tempus complectatur, *l.qui
duos, ff. de manumiſſ. teſtam.* Ceterum † Al- 10
ciatus *hic numer.8.* item *paradox. lib.3. cap.18.*
cum animaduerteret hanc ſolutionem ſatis
periculoſam eſſe, aliam ſe eruptionis viam a-
peruiſſe profitetur, vt §. noſtrum exaudia-
mus de filio, qui patri ſuperuixerit, ne talis
inepta exheredatio ipſi obſit: quod ſi vero
filius exheredatus ante patrem moriatur,
tunc illum locum nepotibus inſtitutis face-
re, *d.l.final.ff.de cond.inſtit.* non autem extra-
neis forte ſub hac conditione inſtitutis. Sed
ſane hæc interpretatio ex eo videtur explo-
denda, quod abſurdum ſit dubitare, an ex-
heredatio filii illo ſuperuiuente alicuius mo-
menti ſit, cum nepos hoc caſu nequaquam
inſtitutus deprehẽdatur. Accedit quod no-
ſter §. æque de nepotibus loquatur, & haud
obſcure inſinuet etiam præmoriente filio
exheredato, nepotes ex teſtamento, vel iu-
re inſtitutionis admittendos non eſſe. Hæ &
ſimiles conſiderationes † Cuiacio occaſionẽ 11
dediſſe videntur, vt repudiatis aliorum ſolu-
tionibus, ſtatuerit Papiniani lectionẽ inte-
gram non eſſe: probabile itaq; videri, vt cum
oſtendiſſet filium ſub conditione poteſtati-
ua inſtitutum, & non impleta conditione
decedentem, nepotibus non obſtare, quo
minus auo ſuo heredes eſſent, addidiſſe ſi-
milem caſum, vt fit *in l.1. §.ſciendum, ff.de ſuis
& legit.hered.* de filio exheredato & delibe-
rantibus ſcriptis mortuo, quo quidẽ conſta-
ret, nepotes auo ſuo heredes eſſe, ſi poſtea
ſcripti hereditatem omiſiſſent.

Non placuit tñ, neq; vt opinor, ſine cauſ-
ſa hæc Cuiacii animaduerſio in ſtructores
Pandectarum, tanquam & hoc reſponſum
mutilum & ſine congruenti ſenſu Pandectis
inſeruiſſent, deinde factum hominis priuati,
multa diuerſis in locis corrigẽtis, detrahen-
tis, ſupplentis, Boetio † Eponi Duacẽſi pro- 12
feſſori. Nã vt ſubauditiones non ſemper re-
ſpuere poſſimus, ita ſane id alienũ videri de-
bet, vbi neceſſitas nulla hãc operã efflagitet.
Ipſe itaq; *n.20.* Papin.reſponsũ *d.l.fi.ff.de cõd.
inſtit.* minime ita accipiendũ eſſe conſtituit,
vt noſtri Dd. illud exaudiũt, quaſi repugna-
ret definitioni pſentis §. ſed potiꝰ reſpõdeat,
& pla-

Digitized by Google

& plane cõueniat, vt quemadmodũ hic exheredatio nulla eſt, ita etiã *in d. l. fin.* Et ſane ſi contextũ eius legis perſpicere & differentiam a IC. conſtitutam ponderare velimus; non ſolum reperiemus, q; verba ipſius legis huic interpretationi applaudant, verũ etiam q; non alia iuriſconſulti fuerit ſentẽtia. Poſito enim, q; filius ſub conditione poteſtatiua inſtitutus foret, intereſſe tamen declarat, an conditio in vltimo vitæ ſpiritu impleri potuerit, id eſt, an ſit cõditio dandi, quæ per alium explicari poſſit, an minus, vt in conditione faciendi, veluti capitolium conſcendendi vel ædem ſacram viſendi, euenire videmus, hoc enim caſu nepotem ſubſtitutũ ex teſtamento admitti, ſuperiori vero ipſum teſtamentum deſtitui, quemadmodum fieret, ſi filio exheredato nepos, cum is moreretur, ſubſtitutus eſſet. Hic verus huius legis intellectus eſſe videtur, vt eundem etiam probat Anton. Faber *coniect. lib. 1. c. 10.*

Cum nedum mors filii, ſed etiam aquæ & ignis interdictio, deportatio, emãcipatio, §. *& quid ſi tantum, hac noſtra leg* captiuitas, §. *quid ſi qui filium*, eo rem deducere ſoleant, vt filius ſuorum loco eſſe deſinat, in diſceptationem venit, an idem quoque in exhe-
13 redatione probandum ſit. Etenim † Goueanus in prioribus commentariis ad hanc
14 legem *Gallus*, præterea † Bartol. *in l. 1. §. ſciendum, ff. de ſuis & legitim. hered.* & ibidem Alexand. *in addit.* exheredationem hanc vim habere conſtituunt: mouentur aũt ſequentibus ex fundamentis. Primo auctoritate *l. 1. §. ſciendum, ff. de ſuis & legit. hered.* Secundo *l. qui in aliena, §. interdum, ff. de acquir. vel amitt. hered.* Tertio, quod ſecundum gloſſam exheredati pro mortuis habeantur. Quarto, quod filius exheredatus e numero heredũ excludatur, *l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.* & ideo nec ſuus dici poſſit, cum qualitates abſque ſubiecto eſſe nequeant, *l. actor, ſup. de probat.*

Diſſentiunt autem & meo iudicio recte
15 contrarium defendunt † Mar. Salomon. *hic verſ. videamus nunquid*, Boet. *num. 24.* Anto. Faber *coniectur. lib. 9. c. fin.* proferentes in defenſionem ſuæ ſententiæ nonnullos textus, quibus vix reſponderi poſſe videatur. Etenim *in l. filium 20. ff. de bonor. poſſ. ff. contra tab.* hæc verba ad rem pertinentia occurrunt: *Filiũ, quẽ in poteſtate habebat, exheredauit, emancipatum præteriit. Quæſitum eſt quatenus emancipatus bonorum poſſeſſionem habiturus ſit. Dixi, ſi ſcripti heredes extranei adierint hereditatem, repellendum eſſe filium, qui manſit in poteſtate.* Hæc verba, vt infert Boetius, aperte coarguunt exheredatum filium nõ deſinere eſſe ſuum, cum in poteſtate maneat.

Secũdo pugnat pro hac interpretatione *l. ſi quis poſthumos, §. ſi filium, ff. hoc tit.* quam etiam ſubiicio: *Si filium exheredauero, nepotemq́; ex eo præteriero, & alium heredem inſtituero, & ſuperuixerit filius poſt mortẽ meam: licet ante aditam hereditatem deceſſerit: non tamen nepotem rupturum teſtamentum Iulianus & Pomponius & Marcellus aiunt. Diuerſumq́; eſt, ſi in hoſtium poteſtate filius ſit, & deceſſerit in eodẽ ſtatu, rumpit enim his caſibus nepos teſtamentum, quod moriente auo filii ius perpenderit, non abſciſum, vt ſuperiori caſu fuerit.* Ex hoc §. euidenter euincitur, filii exheredationẽ non efficere, vt ius ſui heredis in nepotem trãsfundi videatur, cum alias teſtamentũ rumperet, §. *& quid ſi tantum, & tota hac noſt. l.* Conueniunt ea, quæ cõmemorat Vlpianus *in l. ſi quis filio, ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* vbi eodẽ caſu relato addit, propterea teſtamentũ non rumpi, q; huiuſmodi nepos, quem pater præcedebat, ne quidem exheredari debuerit, accedit, quod Imperator Iuſtinianus *in l. ſi quis filium, ſup. de inoff. teſta.* neget huiuſmodi nepotem ne quidem ex lege Velleia poſſe ſuccedere, & propterea ex perſona patris inofficioſi querelam exercere debere.

Tertio, quod cum Imperator *Inſt. quibus mod. ius pat. poteſt. ſol.* omnes rationes tollendæ patriæ poteſtatis diligenter perſequatur, nuſquam tamen conſtituat exheredationẽ in hac cauſſa eſſe.

Vt igitur in propoſito noſtrorum interpretum certamine vltimam ſententiam in tuto collocare poſſimus, ſingula argumenta contrariæ partis confutanda ſunt.

Non puto itaque mihi magnopere laborandũ eſſe † *de l. 1. §. ſciendũ, ff. de ſuis & legit.* 16
hered. Etenim ſi definitionem huius §. cõferamus *cum l. ſi quis poſthumos, §. filiũ, h. t. & l. ſi quis filio exheredato 6. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt. l. ſi quis filium 34. ſup. de inoff. teſt.* plane congruere deprehendetur. Concedimus n. nepotem filii exheredati, ſi pater eius deliberante herede ſcripto, deceſſerit, & inſtitutus poſtea repudiauerit hereditatem, vt ſuum poſſe ſuccedere, cum tẽpore deſtituti teſtamenti neminem qui præcedat in gradũ ſuitatis habeat, ſed euincendum erat idẽ plane probandum fuiſſe, ſi heres inſtitutus non omiſiſſet hereditatem. Enimuero ex legibus allegatis edocemur, ipſum ex perſo-

Digitized by Google

na ſua teſtamentum auitum ſubuertere non poſſe.

17 Parum negotii ſecundo exhibebit, † *l. qui in aliena, §. interdũ, ff. de acq. vel amit. her.* non enim imus inficias nepotẽ filio exheredato inſtitui poſſe, & patrem neceſſarium heredem efficere, ſed cardo negotii in hoc verſatur, an nepos, qui heres ſcriptus nõ ſit, poſſit ex perſona ſua auitum teſtamentũ conuellere.

18 Quod tertio aſſeritur, exheredatũ † mortuo comparari, id verbo quidem allegatur, & eadem facilitate refelli poteſt, cum textus in hanc cauſſam aduocatus nullam de hac re mentionem faciat, ſed ſolum oſtẽdat exheredatum filium ad beneficium eius nouellæ non pertinere.

19 Plus coloris itaque contrariæ † ſententiæ aſpergere poſſet ratio, quarto loco a Goueano cõſiderata. Et quamuis Boetius illam ex eo labefactari cõtendat, quod licet filius exheredatus hereditatis particeps non fiat, tamen ab hoc iure alienus non ſit, ꝙ per inofficioſi querelam eo viam munire poſſit: tamen hæc reſponſio omne periculum nõ videtur diſcutere, cum ex iuſta cauſſa exheredatus illud prærogatiuæ nõ habeat. Qua de cauſſa obſeruandũ eſt, ad ius ſui heredis nepoti aſtruendum ſatis non eſſe, quod filius heres non fiat, ſed etiam requiri, vt deſinat eſſe in poteſtate parentis, *l. poſthumorum, ff. de liber. & poſth. hered. inſt. & §. poſthumorum, Inſt. de exhered. liber.* Neque mouet, quod filius non ſit heres: nam cauſſa ingratitudinis hereditatis loco cenſeri debet. Et quamuis

20 culpa † filii in aliis rebus nepoti nocere non ſolet *l. 3. ff. de interdict. & relegat.* tamẽ in præſenti cauſſa nocet, cum ſi ordinem ſucceſſionis intueamur non nepoti, ſed filio hereditas deferatur & nepos ex perſona ſua nullum rumpendi ius habeat, *d. l. ſi quis poſthumos, §. filium, hoc tit. item d. l. 6. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* neque ex perſona ſua, ſed patris forte ante querelam intentatam morientis inofficioſi accuſationem inſtituere poſſit, *d. l. ſi quis filium, C. de inoff. teſtam.* quarũ

21 legum † auctoritate cum Goueanus a Boetio non immerito reprehẽſus ſe vrgeri animaduerteret, ſilẽtio rem diſſimulãs, ſatis habuit ſecundo in hanc legem ſcribens, in ſua epiſtola dedicatoria, in hæc verba prorupiſſe: *Et vero quid ad nos, ſi quid Accurſius, Bartolus, Baldus, Iaſonque peccauerunt, vt de aliis taceam, minorum veluti gentium interpretibus? qui, vt a nobis ſemel nominarentur, centies mori voluiſſent.*

Dictũ confidens † & ne quid aſperius loquar, illiberale & indignũ homine docto, ad velandam tñ ſocordiã hominis alioquin ingenioſi aptiſſimũ, quo conſilio etiã in commentariis de iuriſdictione in Eguinariũ Baronẽ inuehitur, ꝙ ab Accurſ. initiũ ſumens, Bart. † Baldi, Caſtr. Iaſ. & pene omniũ, qui illam quęſt. tractaſſent vel attigiſſent, opiniones confutare conatus, ſe otio abundare vel etiam abuti oſtenderet. Nam etſi fateri cogimur, hos interpretes politioris literaturæ fundamentis deſtitutos & multitudine cõmentariorum implicatos, ſæpe impegiſſe, ita ſane alienũ videri debet, ſi ſtudioſam iuuentutẽ, deinde praxi addictos viros, a lectione horum interpretum abſterrere velimus: qui tñ multo præclarius de iure noſtro, quam multi Gouiani ſunt meriti, cum non pauca, & in vnum aut alterũ titulum, ſed in vniuerſum ius noſtrũ, nedum cõtemnenda ſed illa cõmentaria ſcripſerint, ad quæ oẽs aduocati, patroni, iudices, in quæſtionib. quas innumeras dies ſuppeditat, confugere coguntur, vt nedũ fatẽtur Balduinus ſermonis elegãtia nemini cedens, in præfatione ad Iuſtiniani Inſtitutiones, Matthæus Weſenb. & Coſtalius, præterea Viglius Zuichem. & id genus alii in bonis auctoribus verſatiſſimi viri, ſed etiam quotidiana rerũ experientia demonſtrat, cum tñ Goueanus & ſui ſimiles, ſi cum his auctoribus & ſcripta cum ſcriptis conferantur, ex mille quæſtionib. vix vnã definiãt. Vt itaq; hoc abſurdũ iudicari debet, ita longe abſurdius, quod quidam malitioſe callidi, & emendicatis argumentis ab his, de quibus loquimur, auctoribus, aut aliis eiuſdem ætatis, vt Caſtellioneo, Raphaele Fulgoſio, Raphaele Cumano, Petro Beſutio eius diſcipulis Franciſco Aretino, Andrea Barbatia, Siculo, nedum illorum nomina, per quos profecerant, impudenter ſupprimũt, ſed etiam eorum plumis ornati, & diſſimulata horum argumentorum ſolutione, Accurſium, Bartolum, Baldum oppugnare, & tanquam graue aliquod ſcelus concepiſſent, in crimen vocare & ſibi huiuſmodi interpretationis laudem adſcribere non erubeſcunt, cum graui ſtomacho auditoribus ſuis identidem inculcantes, hos auctores dignos non eſſe, quos ſtudioſa iuuentus verſare debeat, vt hoc modo tam illiberale furtum celare & deſidiæ, atque altiori ſomno in deſignandis ſuo loco auctoribus, aliquã honeſtatis imaginem imponere poſſint.

§. Nunc

Digitized by Google

§. Nunc de lege Velleia.

SVMMARIA.

1 *Ex quibus cauſſis Gallus Aquilius de caſibus, in lege Velleia comprehenſis, nihil cauerit.*

2 *Differentia ratio in cauſſa inſtitutionis poſthumi viuo teſtatore, & poſt mortem eius nati.*

3 *Lex Velleia cur. ſit promulgata.*

4 *Notata tres conditiones, quæ 1. caput legis Velleiæ à ceteris capitibus, vel promiſione Galli ſeparent.*

5 *Primum caput ad illos pertinere, qui cum naſcantur ſui heredes futuri ſint.*

6 *Difficultas quædam excuſſa circa dictionem* patris; *de quo hoc verbum in præſenti §. exaudiendū ſit.*

7 *In hac inſtitutione non ſpectari tempus teſtamenti, ſed naſcimtatis.*

8 *Intellectus horum verborum*, qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, qui ei ſuus heres futurus erit, *& ibidem excuſſæ diuerſæ interpretationes. & nu 10.*

9 *Explicatio auctoris cum argumentorum contrariæ partis confutatione.*

10 *Legem Velleiam, etiam ad poſthumas pertinere à maſculis procreatas.*

QVid cauſſæ ſit, quod Gallus Aquilius poſthumus nepotes cum forma ab eodem præſcripta inſtitui poſſe induxerit, intelleximus in explicatione principii noſtræ legis: qua de cauſſa alienum videri non debet, ſi illos caſus, qui ex diſpoſitione legis Velleię ſuam definitionem receperint, pro-
1 ſecutus non ſit. Etenim † ſi ſtatuamus illum interpretis officio dūtaxat functū eſſe, non potuit illud inducere, quod legis auctoritatem requirebat, *l. 1. ff. de legib. l. fi. ſupr. de legib.* quod ſi aūt imaginemur eum legiſlatorem fuiſſe, duæ cauſſæ illum ab omni reprehenſione vindicant: Primo, quod non quidquid permittitur alicuius volūtati, id permittatur iuris neceſſitati, *l. nō quidquid 40. ff. de iudiciis*: Deinde, ꝙ non eadem ratio periculi in
2 his caſib. fuerit propoſita, poſthumo † enim nato poſt interitum ipſius teſtatoris ſine vllo remedio teſtamentum ſubuertebatur. Porro, quamuis teſtamentū ex natiuitate poſthumi, quem viuo teſtatore nurus enixa ſit, etiam infringatur, §. *poſthumus, Inſti. de exhered. liber. l. commodiſſime, ff. hoc tit.* tamen huic difficultati teſtator mederi potuit aliud teſtamentum faciendo, & nepotem iam natum inſtituendo. Ceterum cum dies vt ple-
3 rumque fieri † ſolet huius rei vulnera aperuiſſet, quod mutatio teſtamenti non ita in procliui ſit, quodque homines inopinata morte præter ſpem ſuam ſæpe opprimātur, lata eſt lex Velleia, quæ his incommodis occurreret & teſtatori poteſtatem faceret, etiam illum nepotem inſtituendi, qui ſe viuo nat⁹ eſſet, modo ſui heredis locū obtineret.

Oſtendit itaq; Scæuola in primo capite legis Velleiæ † tres conditiones ſiue circum-
ſtantias potiſſimum notandas eſſe, vnam, ꝙ 4
poſt teſtamentū naſcatur, quæ conſideratio ſeparat hunc caſum a diſpoſitione ſequentis capitis, vbi diſſeritur de nepotib. iam natis, quique patrem iure ſui heredis tempore teſtamenti adhuc præcedentem habeant. Secunda conditio eſt, quod naſcatur viuo adhuc teſtatore, vt interſit inter definitionem formulæ Aquilianæ. Tertia, vt eo tempore, quo naſcatur, ius ſui atque futuri heredis habeat, cuius nomine diſtinguitur ab illa controuerſia, quam Iulianus poſtea diremit, & de qua mentio fit §. *ille caſus, hoc noſt. tit.*

Quas conditiones generalibus verbis inſinuatas, mox conuenienti exemplo idem Scæuola illuſtrat, dum ait, quod primum ca-
put ad eos ſpectare videatur, qui cum † na- 5
ſcerentur ſui heredes futuri eſſent, ſubiiciēs per modum exempli hæc verba: *Et rogo, ſi filium habeas & nepotem nondum natum, tamen ex eo heredem inſtituas, ſi filius decedat, mox viuo te nepos naſcatur? ex verbis dicendum eſt non rumpi teſtamentum, vt non ſolum illud 1. cap. notauerit, ſi nepos eo tempore inſtituatur, quo filius non ſit, verum etiam ſi viuo patre naſcatur.* Mo-
uit hoc loco quæſtionem apud noſtros † in- 6
terpretes, dictio *patris*, de quo intelligi debeat: Et quidem in eo conſentire videntur, vt repudiata interpretatione gloſſæ, hāc dictionem referāt ad perſonā aui: quidam tñ eorum conſtituunt id fieri ex benigniori ſignificatione, quemadmodū pronuntiatione *filii* nepos continetur: alii tñ rectius putāt dictionem *patris*, propria in ſignificatione exaudiendam, vt hic non fiat relatio ad nepotem, ſed ad filium, de quo proxime mentionem fecerat, in hæc verba: *Si nepos eo tempore inſtituatur, quo filius non ſit, verum etiamſi viuo patre naſcatur, patre ſcilic. eius filii, qui iam deceſſerat, & per conſequens auo prolis ex eodem filio ſuſceptæ*, ita enim pronuntiant Marius Salomonius, Boet. Epo & multi alii, & ante omnes Bar. *hic nu. 1. verſ. huius timore.* Porro, in diſceptationē venit an ad definitionē 1. c. ēt neceſſarium ſit, vt filius eo tpre, quo teſtamentū cōnſcribitur, reb. humanis ſit exem-
tus, † an vero ſufficiat, ꝙ interea tpris mo- 7
riatur, antequam nurus teſtatoris nepotem in hanc lucem ediderit. Et ſane negari non pōt, quin hoc ipſum ſufficiat, id n. coarguūt ipſius Scæuolæ verba ſequentia. *Quid enim eſt neceſſe tempus teſtamēti faciendi reſpici, cū ſatis*

Digitized by Google

ſit obſeruari id tempus, quo naſcitur, idque mox confirmat ratione ex verbis legis Velleæ de-
8 ſumta, quæ ita ſe habeant, † *qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, qui ei ſuus heres futurus erit, &c.* ſubnectit deinde alia eiuſdem legis verba, quæ cum hoc §. cõiungi debere conſtituunt Duaren. Cuiac. Marius Salomonius, Boet. Epo in explicatione huius §. *etiamſi parente viuo naſcantur.* Et quãuis Ant. Faber *cõiectur. lib. 9. c. 17.* hæc eadẽ verba putet irrepſiſſe ex gloſſemate imperiti interpretis, & gloſſa Bar. Bald. Caſt. atque alii interpretes eadem reiiciant in ſequentem §. tamen nos nihil mutandũ eſſe arbitramur. Cum itaq; verba legis hoc modo concepta fuerint, vt ſuus naſceretur, & non diſtinguatur, quomodo illud fiat, nos quoque diſtinguere non debemus, §. *ſi eius, hac noſtra lege.*

Contrariũ tamen defendere conati ſunt Azo *hic relatus a gloſſa, in verb. nepos, itẽ Aret. n. 52.* quod exiſtiment verba intelligenda eſſe ſecundum tempus ꝙ determinãt, *l. Titius, ff. de milit. teſt.* deinde, quod cum de factione heredis agitur ſemper tria tẽpora inſpiciantur, §. *in extraneis, Inſt. de hered. qual. & differ.* concedunt tamẽ ex mente legis eo rem deductam eſſe, & huc interpretationem ipſius ICti pertinere. Porro Boetius Epo *hic nu. 6.* auctor eſt non opus fuiſſe lege Vellea eo caſu quo teſtamẽti tempore poſthumum nepotem pater non præcederet, motus ſcil. illis argumentis, quæ in principio noſtrę legis
9 perſecuti ſumus. Sed ſane † ſi verbis & interpretationi ipſius ICti ſeruire velimus, neutram ſententiã, vt concepta eſt, amplectendam puto: non primam, ꝙ explicatio ipſius ICti, & ab eodem reddita ratio aperte repugnent: non ſecundam quod obſtent argumenta, quæ ibidẽ perpẽdimus, deinde conſideratio dudum in cõſilium adhibita, quod alia ſit cauſſa nepotis, qui viuo teſtatore naſcatur, alia vero eius qui poſt mortem ipſius editus ſit. Nec mouent argumenta in contrarium allegata. Etenim definitio *l. Titius* locum habet ex coniectura voluntatis. Certum autem eſt coniecturas non eſſe in conſideratione, cum de contraria voluntate legis vel diſponentis aperte cõſtat, vt animaduertimus fieri in definitione præſentis quæſtionis. Eſt deinde & alia ſolutio, quod nulla regula pene ſit, quę ſuam exceptionẽ non recipiat, *l. 1. ff. de reg. iur. l. in toto 80 ff. eod. tit.* Hæc obſeruatio quoque depellere poteſt, ꝙ a ſecundo argumento periculi eſt. Accedit & peculiaris conſideratio, ꝙ cum de teſtamenti factione tractatur alia ſit cõditio ſuorum, vt oſtendimus in §. *idem credendum eſt. h. lege,* alia vero extraneorũ. Quemadmodum itaque illorũ cauſſa ex eo durior cenſeri poteſt, quod tẽpora intermedia etiã ſpectentur: ita ediuerſo melior illorum conditio in 1. cap. legis Velleiæ cenſeri debet, vbi de poſthumis tractetur, qui viuo teſtatore ſui naſcerentur, cum etiam alienũ ſit de teſtamenti factione, eius perſonæ præmature quærere quæ nondum ſit.

Obſeruãdum deinde eſt, ꝙ hæc † verba, 10
qui teſtamẽtum faciet, is omnis virilis ſexus, qui ei ſuus heres futurus eſt, non ſolum intelligenda ſint de maſculis ex virili ſexu deſcendentibus, ſed etiã † de fœminis a maſculis pro- 11
creatis, vt conſtituunt hoc loco gloſſa item Bald. *n. 4. Iaſ. n. 9. Alciat. n. 10. & ſeq. Iul. Clar. in §. emphyteuſis, q. 36. Arrius Pinell. in l. 3. inf. de bonis maternis, n. 19. & paſſim alii*, neq; enim locum verborum, *omnis virilis ſexus*, is intellectus eſt, vt ea qualitas in perſona inſtituta videatur eſſe repetita, ſed vt demonſtrent prouiſionem legis Velleæ non pertinere ad liberos ex fœminino ſexu progenitos: Fauorabilior n. cauſſa eſt earum prolium, quæ nomen familiæ retineant, ſiue maſculi, ſiue fœminæ ſint, §. *item vetuſtas, Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Et quãuis in cauſſa exheredationis inter maſculos & fœminas, item inter filios & nepotes magna fuerit differentia, vt hi inter ceteros potuerint exheredari, illi vero nominatim exheredandi eſſent, tñ ſi de iure poſthumorum tractetur, quibus nominatim nihil relictũ erat, omnes idem ius habuiſſe deprehenduntur §. *1. Inſtit. de exhered. liber.* quod Conan. *lib. cõmentariorum 10. c. 4. n. 14. item Ant. Faber. coniectur. lib. 9. c. 17.* Cuiaciũ eo nomine perſtringens, recte obſeruaſſe videntur, adeo, vt plane cæcutiant, qui loco dictionis, *omnis*, putet ſubſtituendam eſſe vocem, *omnes*. Verum enimuero nõ differit IC. de qualitate poſthumi inſtituti, ſed eius perſonæ, a qua poſthumus naſcatur, perinde quaſi ſcriptum fuiſſet, *qui teſtamentũ faciet, is omnis virilis ſexus poſthumos nepotes & pronepotes, qui ſui naſcantur, inſtituẽdi facultatẽ habeat, quamuis viuo teſtatore editi ſint.* An autẽ appellatione maſculini generis etiam fœminæ contineantur, ſatis prolixe ſumus proſecuti in enarratione principii huius legis. Hanc obſeruationem noſtri Doctores, vt Baldus, Iaſon, Alciatus & reliqui, ad varias quæſtiones deflectunt, quas breui-

breuitatis gratia omittendas eſſe duximus, quod potius alio pertinere videantur.

§. ſequent. alias incipit, Etiamſi.

SVMMARIA.

1 *Differentia in cauſſa inſtitutionis inter nepotes iam natos, qui ſui nullo præcedente eſſent, & nepotes poſthumos.*
2 *Quibus comparari debeant illi nepotes, quos parentes iure ſui heredis præcedebant.*
3 *Rationes quod hi cum poſthumis conferri cœperint.*
4 *Ius ſuccedendi in locum parentis & rumpendi teſtamentum auitum, an poſthumi nepotes habeāt auctoritate legis Velleiæ, diuerſa Dd. ſententia.*
5 *Quid adiumenti promiſio ſecūdi capitis legis Velleiæ attulerit.*
6 *Conſideratio Antonii Fabri in propoſita quæſtione.*
7 *Alia obſeruatio auctoris.*
8 *Intellectus l. filio, §. fi. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit.*
9 *Interpretatio l. 3. §. ſuccedendo. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.*
10 *Emendatio Cuiacii circa hunc §. emendata.*

NOn tantum iuris habuiſſe nepotes in teſtamentis infirmandis ſiue irritis conſtituendis, quātum filios, intelligimus ex principio tit. *Inſtit. de exher. lib.* Etenim filii præteriti vitiabant totum teſtamentum, nepotes vero ius accreſcendi habebant vſque ad certam portionem, vt oſtendimus *in l. maximum vitium. ſupr. de lib. præter.* alia † tamen
1 erat cōditio poſthumorum, qui ſine vlla diſtinctione, filii an nepotes eſſent, maſculi an fœminæ præteriti teſtamentū rumpebant, modo ſui naſcerentur, §. 1. *Inſtit. de exher. lib.* Hinc exorta videtur controuerſia, quibus
2 nepotes iam nati, quos † parentes iure ſui heredis præcederent, eſſent comparandi. Etenim non poterant vocari poſthumi, q; nedum poſt humatum patrem, ſed ne quidem poſt teſtamentum nati eſſent: rurſum priorum nepotū loco non videbantur poſſe cenſeri, quod ſui heredis locum tempore teſtamenti non haberent, neque etiam ius accreſcendi vindicare poſſent, ſed demum patre præter ſpem & opinionem teſtatoris e medio ſublato, in locum ſui heredis ſuccederent. Obtinuit itaque, vt cum poſthumis conferri cœperint, & idem beneficium in rumpendo teſtamento haberent. Qua ra-
3 tione enim † poſthumi nominatim inſtitui aut exheredari debent, & præteriti conuellunt paternum aut auitum teſtamentum, *d.* §. *1. Inſt. de exhered. lib.* q, omiſſi videātur per obliuionem, *l. maximum vitium. ſupr. de liber. præterit. in ſi. & d.* §. *1.* eadem ratione nepotes iam nati, qui ex poſtfacto iura ſui heredis nanciſcerentur, heredes ſcribendi aut iuſto iudicio inde ſubmouendi videbantur, *l. poſthumorum, ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſtam. &* §. *poſthumorum, Inſt. de exher. libe* Enimuero auus cenſeri poteſt eos propterea omiſiſſe, quod non crederet filium ſuum turbato ordine mortalitatis, *l. nam etſi, ſup. de inoff. teſtam.* ante ſe diem eſſe obiturū, q. ſane triſte & ominoſum intelligi poſſet arg. *l. cum tale 72. ff. de condit. & demonſt.* Conſtituo autem controuerſum † eſſe, an ius, quod hi nepo- 4
tes poſthumorum loco cenſerentur & conſequenter etiam rumpendi teſtamenti prærogatiuam haberent, antea receptū fuerit; an vero auctoritate legis Iuliæ Velleiæ, quæ ſub Claudio Imperatore lata videtur, inductum fuerit, id enim conſtituit Lelius Taurellus in explicatione huius §. Iac. Cuiacius, Franc Duar. *verſ. hoc introduxerit Velleius, Alciat. paradox. lib. 3. c. 19. nu 6. & ſeq. Item Viglius in* §. *poſthumorum, Inſt. de exher. lib. Emanuel Coſta in* §. *& quid ſi tantum, part 4. n. 33,* quamuis vltimi in certis circumſtantiis non conſentiāt, idq; videtur defendi poſſe per §. cuius mentionem fecimus, & *l. poſthumorū 13. ff. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſtam. in ſi. Item l. ſi quis filium 34. C de inoff. teſtam.* Sed vrget e diuerſo, q, etiam obſeruauit Ant. Faber *cōiect. lib. 9. c. 19.* q, conſilium legis Velleiæ minime eo pertineat, vt teſtamenta infirmet, ſed potius tueatur & conſeruet, vel vt ait IC. in ſequenti §. *ille caſus*, vt vetet rumpi teſtamentum. Ceterum pro defenſione huius conſiderationis obſeruandum eſt, quod cum leges in eo ſcopo ferantur, vt in cōmune conſulant, *l. 1. ff. de legib.* & vt ait Iuſtin. *Nouel. 115.* §. *hac autem diſpoſuimus*, & non ſolum parentes & teſtatores, ſed etiam liberos ab omni iniuria aſſererent, hactenus lex Velleia conſeruationi teſtamentorum ſtudendum eſſe exiſtimauit, vt tū nepotes contra tacitam & piam affectionem parentum, qui de hoc caſu nō videātur cogitaſſe, minime læderentur. Cōſtituit itaq; vt in in locū eius, qui ſuorum numero eſſe deſineret, quaſi agnaſcēdo ſuccederēt & ad exemplum poſthumorum rumperent auitum teſtamentū. Porro, ne hac ratione occaſio pręberetur auiti elogii temere infirmandi, vetuit huiuſmodi teſtamenta rumpi, ſi nepotes recte inſtituti eſſēt vel exheredati. Diſquiſitionis itaq; eſt, qd adiumēti hæc ipſa l. † teſtamētis attule- 5
rit, cū ex diuerſis iuris noſtri reſpōſis cōſtet, teſtamentum non infirmari ex ſucceſſione

cius,in locum ſui heredis,qui ante inſtitutus
deprehenditur *l.filio 23.§ ſi Titius,ff.de liber.
& poſth.hered.inſt.l.6.§.ſuccedendo, & l.ſi quis
heres 18.ff.de iniuſt.rup.& irrit.fact teſt.* Hac
6 de cauſſa Ant.† Faber *d.c.19.*ſubtili quadam
interpretatione inde ſe extricare conatur,
quod ſcil.facto naturę filius in ipſo momen-
to,quo pater moritur,per modum priuatio-
nis potius quam poſitionis locũ patris ſub-
eat.Porro ait eo inſtanti non reperit ſe inſti-
tutum,quia prius eſt vt inſtituatur, quam vt
inſtitutum ſe reperiat, cum ipſius inſtitutio
hoc demum primo inſtãti incipiat, quo pa-
ter iam mortuus ſit & ſuus heres eſſe deſie-
rit, neque aut retrotrahi nepotis inſtitutio
poſſit ad tempus teſtamenti, ne cum patre
inſtitutus videatur,aut in momẽto facta in-
telligi,quoniam nihil prorſus in inſtãti fiat,
in quo hominis factũ interuenire oporteat.
7 Nos aũt relicta huiuſmodi † cõſideratione,
quod eam legiſlatoribus non exiſtimemus
hortamento fuiſſe, vt ad ſarciendũ rupti te-
ſtamenti detrimentum hanc legẽ promul-
garent, ſed ꝙ ſui beneficii vulnera curare
voluerint & propterea rationẽ oſtenderint
qua parens ſeſe contra rumpẽdi periculum
munire poſſet. Vetant itaq; teſtamentum
ex ſucceſſione nepotis in locũ filii ſui rumpi
non eo caſu, quo nepos ſimpliciter inſtitu-
tus eſſet, ſed quo filius ſui heredis loco eſſe
deſiiſſet. Quod apparet ex verbis ipſius le-
gis,quæ hoc noſtro §. nõ ſine ſingulari em-
phaſi referuntur, dum ait, & bene verba ſe
habent, *Si quis ex ſuis heredib. ſuus heres eſſe de-
ſierit, ad omnes caſus pertinentia,quos ſupplendos
in Galli Aquilii ſententia eſſe diximus.* Porro,
ſi eundem nepotem non ſub hac conditio-
ne, ſed ex propria perſona, vel vt extraneũ
heredem inſtituiſſet,hic ſane talis inſtitutio
non patrocinaretur,*arg. l.ſi poſthumus, §.fin.
cum l.ſeq.ff.de lib.& poſth.hered.inſtit.*& quod
non videatur veriſimile,quod pater viuo fi-
lio ex ea parte nepotem inſtituere voluerit,
ex qua ſcripturus erat,ſi cogitaſſet futurum,
vt contra naturalem moriendi ſeriem filius
ante ſe ab hac luce ſubtraheretur. Nec puto
obſtare leges in contrariũ allegatas: etenim
quamuis † *l. filio,§.ſi.ff de lib. & poſth her.inſt.*
8 duplici ex cauſſa vrgere videatur: primo, ꝙ
poſt inſtitutionem quis adoptatus ſit in ne-
potem: Secundo,quod filius,qui pater ipſius
videbatur,in fata conceſſerat: tñ obſeruare
debemus. quod ſi primam cauſſam ſpecte-
mus,nihil videatur fieri contra affectionem
& ſpem parentis, quippe, cum adoptio ab
ipſius facto pẽdeat, & ſi voluiſſet hũc filium
ex maiori parte inſtituere, id quoq; facturus
fuiſſe videatur,*l.vnic.§.vbi,circa fin.inf.de ca-
duc.toll.* Ex quo igitur voluntatẽ non muta-
uit,ea quoq; perſeueraſſe intelligitur. Quæ
cõſideratio quoq; ſubmouebit ſcrupulũ, q
ex *l.ſi qui heres 18.ff. de iniuſt.rup. & irrit.fact.
teſt.* exſiſtere poſſet. Porro,quamuis ſecũda
eiuſdẽ §.definitio quod nepotis ſucceſſione
non rumpatur teſtamẽtum ab eo, qui heres
inuenitur,plus difficultatis habeat, poſſet tñ
meo iudicio differentia conſtitui inter ne-
potes naturales & legitimos, quos naturalis
ratio ad hereditatem vocet, *l. cum naturalis,
ff. de bonis damnatorum*, & nepotes adopti-
uos,quibus hoc ius ſuccedendi in locum ſui
heredis & rumpendi teſtamentum conceſ-
ſum eſſe non inuenimus vt naturalibus, *l.
poſthumorum 13.ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact.
teſt.* quique ita conſtitui potuerũt,tanquam
ex incerto filio nati,*l. adoptiones 43.ff. de ad-
opt.* Et quamuis IC. contrarium innuere vi-
deatur,dum vim in eo conſtituit, quod iam
heres ſcriptus deprehendatur, reſponderi
poſſet id in nepote adoptiuo recte procede-
re,quod ex quo auus illum inſtitutũ & poſt-
ea adoptatum maiori parte aut alia inſtitu-
tione non ſit proſecutus, non videatur ani-
mum habuiſſe,etiã ſequenti caſu id facien-
di. Accedit quod hic nepos iure accreſcen-
di totam hereditatem nanciſci videatur, *l.
ius noſtrum non patitur,ff. de reg.iur.l.vnic.§.1.
2.3. de caduc.toll* adeo vt de legatis & fideicõ-
miſſis duntaxat quæſtio eſſe poſſit, quo caſu
non putem ita fauendum eſſe nepoti ado-
ptiuo,vt naturali,arg.*l.3 ff. de condict.indeb. l.
pen.ff.de codicill. l. cum acutiſſimi, infr. de fidei-
com.* Reliquum eſt,vt tollamus obicem, qui
ex † *l.3.§.ſuccedendo,ff. de iniuſt rupt. & irrit.* 9
*fact. teſt.*occurrit, pro cuius diſſolutione re-
peto diſtinctionẽ ſupra propoſitam,intereſ-
ſe,an ea cõditione inſtitutus ſit, qua parens
ſuorum loco eſſe deſineret, an vero alia ra-
tione, vt hic teſtamẽtum ſuccedendo rum-
pat,illic autem ratum maneat.

His excuſſis,non eſt quod multum con-
flictemur † cũ emẽdatione Cuiacii,& ante 10
illum Goueani,qui hæc verba,*nec ſolum ſi ne-
pos viuo patre decedat, nec ſuccedens pronepos auo
mortuo rumpat,*aut legenda conſtituunt, *nec
ſuccedens nepos auo mortuo rumpat.* Cum hanc
lectionem illa abſurditas cõſecutura videa-
tur, vt ſtatuamus teſtamentum ex ſucceſſio-
ne nepotis duntaxat rumpi poſt mortẽ aui,
vt ipſe infert,contrarium enim coarguit *lex
poſthu-*

Digitized by Google

poſthumus 12.item l. poſthumorum 13. ff. de iniuſt.rupt. & irrit.fact.teſt. Qua de cauſſa etiam merito huiuſmodi emendatio reiicitur a Boetio Epone *hic n.15.* item Antonio Fabro *coniect.lib.10.cap.2.* quo breuitatis cauſſa lectorem reiicio.

§. Videndum.

SVMMARIA.

1 *An nepos iam natus, viuo patre ſuo ſed ab hoſtibus capto, recte inſtituatur.*
2 *Excuſſa ratio, ex qua hic caſus ad legem Velleiam pertineat.*
3 *An fictio legis Corneliæ in præſenti caſu conſiderari debeat, an vero ius poſtliminii.*
4 *Sententia Antonii Fabri quã auctor amplectitur.*

DEfinitio præſentis §. magnã affinitatem
habet cum §. *quid ſi qui filium*, vbi poſt
mortem aui, cuius filius ab hoſtibus captus
erat, nepos natus fuiſſe proponitur: hic autem
tractatur de illo nepote, qui ante capti-
1 uitatem parentis ſui editus erat; an ſcilic † ſi
auus hunc nepotem inſtituat, teſtamentum
minime ex eo rũpatur, quod filius, mortuo
patre ſuo, ſuperuixerit, modo tamen apud
hoſtes decedat: & conſtituit Scæuola teſta-
mentũ minime rumpi, quod talis filius ſuo-
rũ loco videatur eſſe deſiiſſe. Sed diſcepta-
2 tionis eſt, quomodo hic caſus ad † defini-
tionẽ legis Velleiæ pertinere videatur, cum
filius iam defuncto patre eodemq; auo ne-
potis fato conceſſiſſe ſtatuatur. Accurſius *in
dictione addidit, Iaſon n.2.* & paſſim alii inter-
pretes, præterea Duarenus & Cuiacius con-
3 ſtituunt, hoc fictionem legis † Corneliæ in-
ducere, *l. in omnibus 18. ff. de captiuis & poſt-
lim.reuerſ.* quæ interpretetur, illũ ab eo tem-
pore mortuum, quo hoſtiũ potitus ſit. Sed
ſane hãc explicationem illa abſurditas con-
ſequetur, vt fruſtra IC. Scæuola quæſiuiſſe
videatur, an ſuccedendo rumpat, cũ nepos
tempore teſtamenti primum locum ſui he-
redis obtinuerit. Qua de cauſſa præferenda
4 videtur † conſideratio Ant. Fabri *coniectur.
lib.10.c.13.* qui exiſtimat filium captũ ſuorum
loco eſſe deſinere, quod ab hoſtib captus ſit;
l. quod attinet 31. ff. de reg. iur. Ceterum ſpem
poſtliminii efficere, vt cauſſa ipſius in pen-
dẽti ſit, *l. ſi quis filio 6. §. ſed ſi pater, ff. de iniuſt.
rupt. & irrit.fact.teſt. l. ſi necem §. ſi deportatus,
ff. de bonis libert. l. in bello 12. §. 1. & l. bona 22. §.
1. ff. de capt. & poſtlim.reuerſ. §. ab hoſtibus, Inſt.
quib.mod.ius patriæ poteſt.ſol.* & eam conſide-
rationem efficere, vt quamdiu pater in ciui-
tate viuit & filius apud hoſtes eſt, non deſi-
nat eſſe ſuus heres: at cum pater in ciuitate
moritur, eo demum inſtanti, non quo mor-
tuus eſt, ſed quo moritur, certũ eſſe incipere
filium, qui apud hoſtes ſit in ciuitatem non
rediſſe, nec viuo patre redire vnquã poſſe.
Ergo ſaltem ex eo inſtanti deſinere filium
ſuum heredem eſſe, & quidem viuo patre,
quod inſtans illud quo pater moritur, vitæ
patris computetur, *l. qui duos 18. §. 1. & l. vlt.
ff. de fideicom.libert. l. ſi ff. de condit. inſtit.* Et ſi
quis obiiciat; hunc nepotem ſaltẽ poſt mor-
tem parentis reuertentem poſſe rumpere
teſtamentum, reſpõdet huiuſmodi incom-
modum hic conſiderari non poſſe, q; certo
conſtituatur filium apud hoſtes diem ſuum
obiiſſe. Plura ſi quis deſideret, is adire pote-
rit eundem Anton. Fabrum loco allegato,
& Boetium Eponem *n. 7.* pene eodem mo-
do diſtinguentẽ, & alios interpretes copio-
ſius de hac re differentes, quam quæſtio pa-
rum fructuoſa concedit.

§. Ille caſus.

SVMMARIA.

1 *Hypotheſis præſentis caſus cũ dubitandi rationibus.*
2 *Filius vel nepos vno caſu inſtitutus, & alio caſu natus rumpit teſtamentum.*
3 *An nepos generalib. verbis inſtitutus minime rumpat teſtamentum, ſi viuo patre ſuo, qui tamen mox ante teſtatorem decedat, naſcatur.*
4 *Argumentum a ſufficienti partium enumeratione iure noſtro non repudiari.*
5 *Declarata verba Scæuolæ in præſenti §.*
6 *Quare Scæuola in ſua enumeratione nullam mentionem fecerit formulæ Aquilianæ.*
7 *Auctoritate Iuliani Iuriſconſulti coniungi diuerſa legum capita, pro conſeruatione teſtamenti.*
8 *An de mixtis caſibus quis pronuntiare poſſit, cum vnus Iudex deſignatus eſt, vt de certæ quantitatis cauſſis pecuniariis cognoſceret, alter vero, vt de rebus pupillaribus diſceptaret, & vtraque qualitas concurrat.*
9 *Quid obtineat datis diuerſis iudicibus, tam in perſonalibus quam realibus actionibus, ſi poſtea mixta actio occurrat.*
10 *An probationes ſemiplenæ coniungi poſſint.*

CVm prouiſio Galli Aquilii ad illum ne-
potem pertineat, qui poſt mortẽ teſta-
toris natus ſit, hac noſtra lege in principio.
Legis autem Velleiæ primum caput de illis
loquatur, qui viuo auo, mortuo autem filio
editi ſint, atque ſuorum locũ ſtatim nanci-
ſcantur: alterum vero caput de his diſſerat,
qui nati tempore teſtamenti patrem præ-
cedentem habebãt, qui primum locum ſui
heredis obtinebat, & forte † accidiſſet vt 1
quidam teſtamentũ conderet, filio, deinde
nepote inſtituto, & nepos viuo ad huc filio
in hanc lucẽ prodiiſſet, qui tamẽ ante teſta-

torē deceſſiſſet,& poſtea auus teſtator viam
vniuerſæ carnis ingreſſus eſſet, & quærere-
tur vtrum hic nepos recte inſtitutus foret,
non facile ICti hanc diſceptationem diri-
2 mere potuerunt. Etenim cum ex † doctrina
*l. commodiſsime 10 ff. de liber. & poſth. hered. in-
ſtit.* is qui vno caſu inſtitutus eſt, alio caſu na-
tus, præteritus cenſeatur, & hic nepos ſub il-
la conditione inſtitutus videatur, qua ſuus
naſceretur, viuo patre, qui primum gradum
& per conſequens ius ſui heredis ſolus obti-
nebat, huius vitæ vſuram accepiſſet, non po-
tuit iudicari ea cōditione natus eſſe, qua ſcri
ptus erat. Accedit quod ſi fingamus illū ge-
neralibus verbis inſtitutū eſſe, ſi filius meus
ſui heredis loco eſſe deſierit, nepotem inſti-
3 tuo, adhuc tamen † inſtitutio videatur vi-
tioſa, quod auctoritate legis eſſet deſtituta,
vt oſtendit hic Scæuola ab enumeratione
partium, quod argumentum in iure noſtro
4 non eſſe † reſpuendum edocemur *ex l. filius
28. ff. de lib. & poſth. here. inſt. Idē Inſti. de delict.
quæ ex quaſi maleficio naſcuntur.* Etenim o-
ſtendit illum ad primam partē legis Velleiæ
nō pertinere, ꝙ eo tēpore, quo naſcebatur,
non eſſet ſuus, quodque lex Velleia, id cum
ſua forma, & conditione permiſiſſet: ſubne-
ctit deinde, quod ad poſterius caput quoq;
non recte referatur, quod illud loquatur de
his, qui iam nati erant, quique ſuccedendo
rumpere teſtamentum poſſent, niſi inſtitu-
ti eſſent, cuius definitio non eo pertineret,
vt ius & facultatem inſtituendi induceret,
ſed vt vetaret rumpi teſtamentum, id eſt, vt
propoſita prouiſione curare poſſet, vt teſta-
5 menta rata manerent. Et quamuis † verba
Scæuolæ obſcuriora videātur, maxime dum
dicit, *Poſteriore capite non permittit inſtitui, ſed
vetat rumpi, neue ob eam cauſſam minus ratum
eſſet quod ſuccedit. Porro procedere debet, vt vti-
liter ſit inſtitutus, quod nullo iure potuit, qui non-
dum natus erat,* tamen nihil prohibet hæc ea-
dē verba conuenienti interpretatione illu-
ſtrare. Senſus enim illorum eſt cōſilium le-
gis Velleiæ ſiue ſcopum, non eo ſpectare,
vt poſteriori capite permitteret inſtitutio-
nem nepotum iam natorum, quippe cum
nulla lex exſtaret, quæ ceſſante cauſſa incer-
titudinis huiuſmodi nepotes inſtitui prohi-
beret. Sed quia eadem lege cautum fuerat,
vt nepotes in locum ſui heredis ſuccedēdo,
ad exemplum poſthumorū rumperent te-
ſtamentum, vt huiuſmodi periculū ſubmo-
ueretur, & teſtamenta conſeruari poſſent,
oſtendit rationem, qua illud teſtator conſe-
qui queat, vt ſcilicet nepotes ſub ea condi-
tione inſtitueret, ſi ſuorum loco eſſe cœpiſ-
ſent. Hoc enim caſu teſtamentum rumpi
vetabat, vt hic *& l. 2. hoc tit. l. ſi quis filium, C.
de inoff. teſt.* Non ſufficit itaque ad vitandum
hoc periculum, vt nepos inſtitutus ſit, ſed o-
portet quoque, vt vtiliter ſit inſtitutus, id eſt,
recte, & ſecundum præſcriptam formam &
fines ipſius legis. Porro, teſtator huius legis
terminos non conſeruabat, qui ex poſterio-
ri capite eum inſtituere vellet, qui nondum
tempore teſtamenti natus eſſet. Obiecerit
fortaſſe † quis hanc collectionem Scæuolæ 6
ex eo vitioſam cenſeri, quod in partium e-
numeratione de formula Aquiliana nullam
mentionem faciat, item quod nō obſerua-
uerit quod quamuis ſingula legis capita non
ſuffragarentur: diuerſum tamen eſſet, ſi duo
eiuſdem legis capita miſceremus, vt ex pri-
mo ſufficiat illum poſt teſtamentum natum
eſſe: ex ſecundo vero, quod poſt mortē pa-
tris in locum ſui heredis ſucceſſerit. Sed ob-
ſeruandum eſt propterea Scæuolam de ſen-
tentia Aquiliana nihil comprehendiſſe, ꝙ
manifeſtum eſſet hunc caſum ad eandem
formulam non pertinere, cum proponatur
viuo teſtatore natus eſſe. Porro, quę de con-
iunctione duorum capitum commemo-
rantur, animaduertit Scæuola, & oſtendit
auctoritate Iuliani eo rem reuocatam eſſe,
vt cum † hæc duo capita vere cōtribui non 7
poſſint, quod hic nepos eo tēpore quo ma-
ter eum peperit, non ſit natus ſuus, tamen
per modum rationis & benignioris inter-
pretationis coniungerentur, & hoc modo
legis definitio fauore teſtamenti cōſeruan-
di propagaretur. Quamuis enim IC. non
habeat auctoritatem legis condendæ, *l. 1 ff.
de legib. l. 1. l. cum de nouo, item l. fi. ſupr. eod. tit.*
tamen non prohibetur alios caſus ſupplere,
qui eandem rationem habeant, *l. non poſſunt
cum aliquot legibus ſeqq. ff. de legib.* quod vſque
adeo procedere animaduertimus, vt etiam
ſi tractetur de legibus correctoriis, hæc tra-
ditio non ſit reſpuenda, vt oſtendi *in authen.
quas actiones c. 8. num. 18. & ſeq. ſupr. de ſacro-
ſanct. eccleſ.*

Hæc meo iudicio iuſta noſtri §. interpre-
tatio eſt, conſequens eſſet, vt de quibuſdam
quæſtionibus maxime an appellatione ſim-
plicium etiā mixtus caſus cōtineretur, non-
nihil differerem, ſed cū illud fecerim in ex-
plicatione *§. & quid ſit tantum, num. 26. & ſeq.*
eadem hic minime repetēda eſſe duco, vn-
de paucis, quid meæ ſententiæ ſit in tribus
caſibus

Digitized by Google

caſibus hic a Doctoribus propoſitis, expro-
8 mam. Quorum † primus eſt, quid iuris ſit, *ſi lege municipali caueatur, vt certus Iudex in caſib. pecuniariis iudicaret, quæ infra centum aureos conſiſterent, & rurſum alius deſignatus eſſet, qui de rebus pupillaribus cognoſceret, & incideret quæſtio de re pupillari, quæque intra quantitatẽ ſuprà commemoratam verſetur, quis hoc caſu diſceptationem huius controuerſiæ vindicare poſſet?* Statuimus enim non eſſe præuentioni locum, vt quidam arbitrantur; ſed generi per ſpeciem derogari, *l. in toto 80. ff. de regul. iur. c. ſtuduiſti, de officio delegati.* quod Iudex rerũ pupillarium hanc cognitionem ſibi vindicare poſſit, cum hæc videatur eſſe mens legiſlatorum, qui pupillis in dãdis iudicibus fauere ſolent, ne temere ab aliis diſtringantur, *l. cognitio, ff. de eo, cui mandat. eſt iuriſdictio.* Et hanc opinionem communem eſſe conſtituit Alciat. *hic n. 9.*

9 Altera quæſtio eſt, † *quid obtineat, ſi imaginemur alium Iudicem deſignatum eſſe, qui de perſonalibus actionibus cognoſceret, alium aũt qui de realibus, & emergere cauſſam, quæ mixta ſit, cui huius rei cognitio ſit decernenda?* Sunt qui putẽt vtrumq; Iudicẽ coniunctim debere cognoſcere, arg. *l. 1. ſupr. de offic. præfect. annon.* ſunt contra, qui ſingulos per ſe hanc diſceptationem vindicare poſſe cõſtituant; adeo vt locus ſit præuentioni. Ego exiſtimarim intereſſe an ſint Iudices ordinarii, an vero delegati: vt delegatis cognitio mixtarum cõtrouerſiarum cum præiudicio ordinariæ iuriſdictionis non competat, arg. *c. Rudolphus, & c. ſignificauit, de reſcript.* ꝙ reſcripta non ſint extendenda interpretatione, gloſſ. *in c. 1. de reſcript. in 6.* & regulariter appellatione ſimplicium mixta cauſſa non contineatur, vt oſtendimus in *d. §. & quid ſi tantum, nu. 26. & ſeq.* Porro in iudicibus ordinariis arbitrarer minus offenſionis cõtrahi, ſi dicamus vtriſque iuriſdictionẽ competere, arg. *d. l. 1. ſupr. de offi. præfect. annon. & c. paſtoralis. ext. de reſcr.*

10 Tertia quæſtio eſt, † *an probationes, quæ per ſe plenæ non ſint ad conſtituendam fidem coniungi poſſint.* Quæ res meo iudicio ſatis apertam definitionem habet ex *l. 3. §. eiuſdem, ff. de teſtib. & c. ſi. ext. de ſucceſſ. ab inteſt.* Qua de cauſſa cum hæc quæſtio alio potius pertineat, non exiſtimaui mihi committendum, vt hunc §. prolixiori commentatione onerarẽ. Finem itaque facio, ſi admonuero repudiandã hoc loco lectionem vulgatam, & ſequendã auctoritatem Florentini textus, vt non ſcribamus, *Ille caſus indifficilis eſt,* ſed, *ille caſus in difficili eſt,* vt loquitur etiam Vlpian. *in l. 4. §. 1. ff. de hered. inſti.* & Triphonius *l. in confirmando, ff. de confirmatione tutorum,* in dictione *facili,* quemadmodum cum dicimus aliquid eſſe in procliui, vel non eſſe.

§. Final..

Summaria.

1 *Iuliani ſententiam de commiſcendis duobus capitib. receptam eſſe.*

2 *Deficiente conditione inſtitutionis, ipſam quoque inſtitutionem perimi.*

3 *Nodus difficilis, quomodo inſtitutio nepotis in caſu hic propoſito qui viuo teſtatore adhuc emancipatus eſſet, valere potuerit.*

4 *Nepotẽ inſtitui poſſe ſub hac conditione, ſi pater ſuorum loco eſſe deſierit.*

5 *An emancipatio vitiet inſtitutionem, ſi nepos eo caſu inſtitutus ſit, quo ſuus heres eſſe cœpiſſet.*

6 *Diſtinctio Raphaelis Cumani & Aretini intereſſe vtrum nepos poſtquã ſucceſſiſſet in locum parentis, emancipatus eſſet, an citeriori tempore.*

7 *Sufficit conditionem ſemel impletam fuiſſe, quamuis ante mortem teſtatoris defecerit.*

8 *Deſignatus locus & Academia in qua auctor hæc commentaria conſcripſit.*

QVamuis Scæuola contra deciſionem ipſius Iuliani hactenus ita argumẽtatus ſit, vt vix exprometeret, quid ſuæ ſententiæ eſſet, tñ hic † ingenue fatetur, Iuliani defini- 1
tionem receptam eſſe, vnde etiam inde naſcentem quæſtionem, quid iuris ſit ſi hic nepos emancipetur, an tunc fiat neceſſarius heres, an deniq; voluntarius dirimit, oſtendẽs hunc voluntariũ heredem effici. Contrariũ videbatur, ꝙ inſtitutus eſſet eo caſu, quo locũ ſui heredis ſubiſſet. Certum † aũt 2
eſt, deficiente cõditione inſtitutionis perimi quoq; ipſam inſtitutionem, *l. 1 & tot. tit. de inſtit. & ſubſtit. ſub cond. fact. l. vnic. §. ſin autem, infr. de cad. tollend.* aliud tñ ex ſuppoſitione definit ipſe Scæuola, ꝙ nedum heres fiat, ſed etiam heres voluntarius ex quo emancipatione ſuus heres eſſe deſinat, *Inſt. quib. modis ius pat. poteſt. ſol. §. præterea, itẽ §. emancipati. Inſti. de her. quæ ab inteſt. defer.* & cõſequenter quoq; ceſſet neceſſitatis ratio, *§. ſui, Inſtit. de her. qual. & differ.* Sed reliquus adhuc ſcrupulus eſt quem antea iniecimus, non videri conditionem impletã, ex quo hic ſuus heres non ſit factus, & ꝓpterea totã inſtitutionem defeciſſe. Nodus † ſane difficilis eſt, de quo 3
etiam multa diſputantur in explicatione §. *& quid ſi tantum, nu. 89. hac lege.* Ponderatis itaque omnium pene ſententiis, conſtituo eum vix retexi poſſe, niſi ponamus inſtitutionem ad eum modum factam, qui in §. *præcedenti, hac lege,* inſinuatur, ſi filius meus

Digitized by Google

4 ſuorum loco eſſe † deſierit, nepotē inſtituo, hæc enim verba cū ſimpliciter prolata ſint, non habent incluſam qualitatem ſuitatis, vt contra Bartolum *d.* §. *& quid ſi tantum, n.89.* Doctores noſtros defendere oſtendi: Porro, ſi ſtatuamus verba inſtitutionis ita cōce-
5 pta fuiſſe, quod ſi nepos ſui † heredis loco eſſe cœperit, eundē heredem inſtituo, plus difficultatis erit ad periculū, quod inde exſiſtere poſſet, depellendū. Etenim verba textus, *quæremus tamē, cum recepta eſt Iuliani ſententia, an ſi naſcatur nepos viuo patre ſuo, deinde emancipetur, ſponte adire poſſit hereditatem.* præ ſe ferre videntur, quod nepos natus & etiam emancipatus ſit viuo patre ſuo, vt hūc textum exaudiunt multi Doctores, quos recenſet Boet. Epo *hic n.6. & 7.* Qua de cauſſa dici non poterit, hūc nepotem vnquam ſuum fuiſſe. Torquet hæc cōſideratio noſtros Doctores inſigniter, vt videre licet apud Paulum Caſtrenſ. *hic n.2.* Alciat. *n.1.* Alex. *n.18.* Iaſon. *nu.16.* ita vt varias ſolutiones comminiſci cogantur, quib. omiſſis amplecten-
6 dam conſtituo † conciliationem Raphaelis Cumani *hic nu.6.* Franc. Aret. *nu.63.* Franc. Conan. *commentar. lib. 10. cap. 4. nu. 15.* Boet. Epon. *hic n.7.* qui plures in hanc ſententiam laudat, quod §. noſter intelligendus ſit ſecundum caſum in præcedenti §. propoſitum, vt ſcilicet ponamus nepotem viuo quidem filio natū, ſed poſtea illo e medio ſubducto, ius ſui heredis nactum & tandem emancipatum fuiſſe: vnde conſtat conditionem euentum ſuum habuiſſe: ſed reliqua adhuc erat diſceptatio, an hæc qualitas etiam
tempore mortis requireretur. Multos † e- 7
nim in huiuſmodi opinione fuiſſe, apparet *ex l. ſi quis heredem 7. ſupr. de inſtit. & ſubſt.* vbi Iuſtinianus inanē hanc ſubtilitatem benigniori interpretatione ſubmouit. Idem in præſenti caſu igitur probandum eſt, vt ſufficiat, quod nepos in ius ſui heredis ſemel ſucceſſerit, quamuis poſtea emancipatus ſit.

Et hæc pro explicatione tam intricatæ legis ſuffecerint, quam vt in principio motam eo conſilio aggreſſus ſum, vt inde pendentes quæſtiones Codicis diſſoluerem vel illuſtrarem: deinde, ne ea quæ ab aliis ardua exiſtimantur, temere detrectaſſe viderer. Exarata autem ſunt omnia, inuocato diuini nominis atque immortalis Dei, quē omnis gratiæ fontem & parentem cuncti agnoſcere debēt, auxilio, ſubciſiuis horis, ita tn̄, vt lectionibus meæ profeſſionis, quam in cele-
berrima † Academia Metropolitanæ ciui- 8
tatis inclyti Ducatus Franconiæ, cui Wirceburgo nomen eſt, primo in Digeſtorum, deinde Codicis enarratione ſuſcepi, reſponderent. Abſoluta & prælo comiſſa die 17. April. Anno Domini 1606.

FINIS.

Digitized by Google

INDEX RERVM ET VERBORVM IN COMMENTARIO D. PETRI GILKENII IN CODICEM CONTENTORVM.

Prior numerus paginas, poſterior ipſa Summaria denotat.

A.

A Particulari vniuerſaliter cõcludere non debemus. 80.33

A pupillis ad minores tunc recte argumẽtamur, quando eadem eſt ratio. 551.10

A proprietate verborum non facile diſcedendum eſſe, niſi euidens cauſſa interueniat. 619.7

Ablatiui duo an abſolute poſiti, ſemper conditionem contineant. 505.32

Abſentia diuturna quæ intelligatur? 208. 15

Abſurdum videri ſi temere ICtos carpamus, a quibus tota auctoritas interpretum pendet. 72.22

Abſurdum eſt, tales ad teſtimonium admitti, quib. imperari poſſit? 117.4

Accuſatio alicuius maleficii, an per inſtrumẽta alicuius maleficii impleri poſſit? 151.3

Actio, quam quis abſens nanciſci poterat, an ex eo ſublata videatur, quod ſtatim rem ratã non habuit. 22.5

Actori vel reo an liberum ſit illa capita, quę ipſum onerent, in editione omittere. 229.14

Actione quis ſine ceſſione, quæ alteri quæſita eſt, experiri non poteſt. 22.3 (130.2

Actor fundamentum ſuæ intentionis probare debet.

Actione qua quis arrhas controuerſas conſequi poſſit? 249.15

Actionem ex mutuo naſcẽtem, quare legislatores ſpeciali nomine non diſtinxerint, vt ceteras actiones? 17.9

Adiectio diei vel conditionis nonnullas obligationes vitiare ſolet. 410.4

Aduerſa pars citanda, ſi tempore productionis quædã obiicere velit. 279.3

Adminicula principalis delicti per ſcripturam impleri poſſunt. 151.6

Aduerſarius ſi inſtrumenta ſubtraxerit, ſufficit ad fidẽ allegationis noſtræ faciendam, probatio furti & iuramenti oblatio. 225.10

Æs alienũ filiũ, patris nõ eſt, nec patris filii. 73.27

Ætas quibus modis probari poſſit? 116.13

Ætas quando in iudicium deducitur reſpectu actus futuri, illi incumbit probatio, qui ætatẽ deducit ad impediendum actum. 161.9

Idem ſi quis ſe iuſtæ Ætatis eſſe contendat ad aliquod, de quo quæratur officium vel baneficium, ipſi incũbit probatio. ibid. 10

ex officio de Ætate adhuc inquirere poteſt inquiſitor poſt electionem. 116.12

Agnati in legitimatione filii an citandi ſint? 678.231

Agnatorum mentio quorſum in reſcriptis pertineat? 679.214

Agnitio debiti a filio facta præcedit exceptionis allegationem. 286.7

Agnomen quibus caſibus in cognomẽ conuerſum ſit? 123.5

Ambigua eiuſdem rei exempla vbi arbitrio iudicis plurimum deferendum. 105.41

Amici an a teſtimonio ferendo repellendi ſint. 160.3

Amicitiæ definitio. 160. 4

Amicitia ex minus honeſta conſuetudine contracta ſuſpecta eſſe ſolet. ibid. 7

Amicitia leuis non repellit quem a teſtimonio, cum lege diuina proximum diligere videamur. ibid. 8

Amico conciliato quando credendum. 191.18

Amiſſionem inſtrumenti non nocere contrahentibus, opus tamen eſſe aliis probationibus. 225.1

Anni editio in ipſis inſtrumentis facienda eſt. 218. 14

Antimonia notata inter L. 1. §. per contrarium, ff. de dote prælegata, & l. 1. § item ſi heres. 73.29

Apocha vel rationes pro ſcribente an fidẽ faciãt. 105.18

Appellatione poſſeſſionis aliquando dominium ſignificatur. 102.1

Appellatione ſuffragii quid contineatur, 52.3

Appellatione ſponſionis an nuda conuentio contineatur. ibid. 4

Appellatione dignitatis, epiſcopatũ non contineri, & quare. 95.20

an Appellatione probationis confeſſio comprehendatur. ibid. 21

Appellatione probationis an iuramentum cõtineatur. ibid. 22.

Appellatione pendente nihil temere innouãdum. 12.2

Appellatione reſidui nonnunquam totum contineri. 471.1

Appellatione ſimpliciũ mixta cõtineri videnẽ, cũ volũtas teſtatoris hoc ſuadeat, & vnde illa colligaẽ. 675.28

Appellatione dotis aduẽtitiæ quid contineatur. 211.4

Appellatione nominis quid contineatur. 396.3

Appellatione reſidui totũ non continetur, quãdo inde tertius læderetur. 471.12

Appellatione filii etiam nepotem contineri, & an id fiat ex proprietate ſermonis.291.3
Appellatione perfectionis quid Bartol. complectatur. 383.13
Appellatione ſimplicium, regulariter quod mixtũ eſt, non contineri, idque diuerſis iuris auctoritatibus & exemplis comprobatum.675.26
Aproniani Senatuſconſulti diſpoſitio q̃ fuerit.483.3
Arbitrio iudicis cõmitti, an amicorum teſtimonia admittenda, an non ſint.160.6
Arbitrium huius rei an cauſſa ardua vel non ſit, iudici relinquendum.164.42
Arbitrio iudicis relinquendũ, quæ conditiones ad cõſtituendam ſemiplenam fidem neceſſariæ ſint.105.53
Argumentum a contrario ſenſu leges abrogare non ſolet.379.4
Argumentum a minori in iure noſtro frequens. 200.5
Argumentũ a contrario ſenſu non eſſe admittendum, quando aliqua abſurditas inde naſci poſſet.164.39
Argumentum a coniugatis non procedere, quando nõ eadem vtrobique ratio eſt.72.25.
Argumentum a comparatione belli & peſtis nõ procedere, quando diuerſa ratio interuenit. 399.17
Argumentum a ſufficienti partium enumeratione iure noſtro non repudiari.741.4
Argumenti deſcriptio.25.4
Argumenta, vt in iure noſtro modo generaliter modo ſpecialiter accipiantur, non eſſe nouum.ibid.5
Arrhæ quorſum pertineant.249.1
Arrhis interpoſitis, an aliquid differentiæ ſit inter contractum in ſcriptis, & non, item an perfectus ſit, an minus.ibid.4
Arrharum datio continet argumentum concluſionis factæ.249.11
Aſſertio tabellionis quem ſanæ mentis fuiſſe, quem effectum habeat.356.6
Aſſertio morientis aliquid ſibi deberi aſſerẽtis, an præſumtionem aliquam obtineat.115 2
Aſſertiones nouæ per teſtes poſt publicationem dictorum confirmari poſſunt.134.42
Aſſeueratio nuda quid differat ab ementita profeſſione.125.1
Aſpectus corporis quem maiorem vel minorem arguere poteſt.116.12
Aſſeuerationem parentis & profeſſionẽ continere præſumtionem pro filio.125.4
definita quæſtio, An mille aureis mutuo datis, ſi æſtimatio creuerit, vel ſe remiſerit tantundem, an plures vel minores numero ſoluendi ſint, cum argumentis. 35.49.&51
Auth.bona damnatorum, non confirmare teſtamenta eorum, qui damnati aut proſcripti ſunt, aut in ſimili cauſſa verſentur, vt bona confiſcari potuerint.312.4
Auus nepotibus dementibus ſubſtituere non poteſt, qui in patris poteſtatem recaſuri ſint.575.44
Auus ſi in teſtamento ſuo ita loquatur: filiũ meũ Gaiũ & eius liberos heredes inſtituo, an filii cũ patre concurrant, an demũ poſt mortẽ eius admittantur.663.9

B.

Beneficia tutorum & curatorum.163.2
Beneficia Principũ ita interpretari non debemus, vt inde aliqua iniquitas naſcatur.679.243
Bona filii emancipati, ſi viuo parente minuantur, is hãc iacturam ſarcire non cogitur.325.2

C.

Captus ab hoſtibus in ſeruitute eſt, & propterea ſuorum loco eſſe deſinit.726.1
Caſus fortuiti in his, quę in genere debentur, liberationem adferre non ſolent.34.3
inter Caſtrenſe peculium differentia, & quaſi caſtrenſe, ſi de teſtamenti ſolemnitate tractetur.381.2
Comparatio literarum vim ſemiplenæ probationis obtinet.ibid.11.
Cauſſa præſcriptionis an ſufficiat ad condictionem tribuendam.58 9.
Cauſſa Senatuſconſulti Macedoniani.284.1
Cauſſam religione ſacramenti ſimul finitam, prætextu periurii non reſuſcitari, & rationes.ibid.3
Cautela qua teſtis ſecundo repetitus, ſi dubitet, ne incidat in aliquod periculum, vti poſſit. 215.9
Cautela ab auctore tradita, qua quis ſpurio conſulere poſſit.471.8
Cautela, qua filius donationem a patre factam in tuto collocare poſſit, vt ſibi curet conferri primam tonſuram.298.55
Cautela ad excludendum fiſcum vel illos ab inteſtato, vt quis non capienti palam ſubſtituat.471.4
Cautela aduocatorum Spirenſium, quod in omnib. actib. iudicialib pene reſpondeãt, ſe amplecti aliquid extra proteſtationem, vnde inuaſerit.229.10
Cautelam abundantem non nocere.410.2
Cautio Mutiana in quibus caſibus non ſit neceſſaria. 491.22
Certa quæ per rerum naturam ſunt, non tamen ſtatim iudici explorata intelliguntur.59.8
Ciceronis opinio in Topicis reprehenſa.65.15
Circumſtantię ex quibus negatiua circũſcribitur, ſunt qualitas, quantitas, locus, tempus, implicatio orationis affirmatiuę. 145.13
Clericus an a iudice laico diſtringi poſſit? 254.99
Cleric' an a iudice laico diſtringi ex cauſſa falſi teſtimonii poſſit.189 9
Cæco facile imponi poſſe, & propterea maiorem cautelam in eius teſtamento adhibendam.367.1
Cæci inter teſtamentum & aliorum differentiæ. ibid. 2
Cæcus teſtamentum in ſcripturis condere non poteſt. ibi. 3
in Cæci teſtamẽto an formalia verba requirãtur, quod teſtes propterea conuocarit, vt ſine ſcriptis teſtamẽtum faceret.ibid.4.
Clauſula derogatoria, de qua in hac noſtra auth. quando neceſſaria videatur.432.5
Clauſula præcedens maioris ſolet eſſe efficaciæ, quam illa, quæ ſequitur.604.3
Clauſula in fine poſita ad præcedentia non refertur, ſi inde legum aliqua antiquatio naſceretur. 619.6
Clauſula codicillaris teſtamento adiecta repetitionem ab inteſtato an cõtineat, etiam in perſona poſthumi ardua quæſtio.619.23
ſub Clauſula vulgaris ſubſtitutionis, ſi heres non erit, duo caſus comprehenduntur, ſi noluerit aut nõ potuerit.472.13
Clericus an ſine diſtinctione de omnibus bonis, nedũ eccleſiaſticis, ſed etiã patrimonialibus per teſtamentum diſponere poſſit.381.5
Clerici negligentes fructibus beneficiorum mulctati poſſunt.80.18
Cæci teſtamentum an ex eo vitietur, quod inſtitutio facta

Digitized by Google

facta ſit poſt legata & fideicõmiſſa?diuerſæ Doctorũ ſententiæ.367.9
Cognominis appellatio duplicem ſignificationem ſuſtinet.393.6
Collatio locum habet, quãuis diuiſio & auctoritas Iudicis interceſſerit.323.1
Collatio ſecundum hanc cõſtitutionem locum habet, ſiue quis inteſtatus deceſſerit, ſiue teſtamentum reſciſſum ſit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aut querelam inoff.teſtamenti, 338.6
Collatio condito teſtamento, iure Digeſtorum & Codicis locum non habuit, ſed per Nouellam Iuſtiniani demum inducta eſt.295.11
Collationis in materia nõ ſpectari debere quãti res empta ſit, ſed quanti valeat tempore collationis 345.8.
Collationi vt locus eſſet, quæ iure veteri neceſſaria fuerint, cũ filius ſuus cum emancipato ſuccederet.324.15
Collatio locum nõ habet niſi inter deſcendẽtes. 324.39
in Collationis cauſſa an neceſſarium ſit, vt liberi ex primo capite ſucceſſionis admittantur?325.45
Collationi vt locus ſit, præterea requiritur, vt tractetur de ſucceſſione illorum liberorum, quibus legitima portio debetur.ibid.48
Collationi locus non eſt inter filios naturales.ibid.49
in cauſſa collationis neceſſarium eſt, vt titulo vniuerſali non peculiari ſuccedant.ibid.50
Collationes locũ non habent inter aſcendentes & tranſuerſales.324.41
Collectarius quis intelligatur.51.8
Collegia quę ſpeciali priuilegio ſubnixa nõ ſunt, acquirere ex teſtamento non poſſunt.481.1
Collegia illa, quæ ad bonum finem contracta ſunt, non prohiberi quo minus acquirant.ibid.3.
Commiſſarius fines mandati ſeruare debet.253.37
Commiſſarius iuſtã excuſationẽ admittere cogitur, alias receptio nullius momenti eſſet.254.89
Commiſſarius an teſtes inuitos cogere poſſit?ibid. 90
Cõmiſſarius an vices ſuas alteri cõmittere poſſit? ibi.102
Cõmiſſarius conſtituto die cãm euocationis & cõſtituti diei aperiet, & ſi quid per proteſtationem ab altera partiũ allegabitur, id rotulo ſuo inſeret.253.49
Commiſſario ab omni inciuili percuntatione abſtinẽdum.ibid. 19
Criminoſus an ſit, a teſte ſciſcitari an poſſit.ibid.60
Commiſſarii ſi duo conſtituti, vnus ſine altero audientiam accommodare non poteſt, idem ſi ſine adiũcto id faciat.253.38
Cõmiſſariorum in deſignatione q̃ requirantur. 252.23
Commiſſi pœna non profitenti, an infligi poſſit?80.41
inter Commiſſionem an aliqua ſit differẽtia in meliori forma, & commiſſionem in optima forma.253.84
Commiſſio tranſmittendi, item articuli ſuper quib. teſtes audiendi ſint, vna cum directorio.ibid.40
Vnde articuli ſumendi.ibid.41
Nomina teſtium edenda.ibid.42
Producẽti, aduerſæ parti & teſtib. certũ diẽ & locum, quo honeſte deflectere poſſint, eſſe aſſignãda.ibid.43
Cõmiſſionis literæ in originali exhibendę ſunt, ſi partes hoc deſiderent.253.44
Caſus in quo cõmiſſarius id facere non cogitur.ibid.45
Si pars aduerſa ex ineuitabili aliqua cauſſa venire non potuerit, idq; doceat, examen in aliud tẽpus differtur. ibid.46
Quid ſi longius ſpatiũ intercedat, an ex officio iniũgere poſſit, vt per procuratores compareant.ibid.47
Dubiũ non eſt, id partes per procuratorẽ poſſe, modo illi mandatũ ſuæ conſtitutionis exhibeant.ibid.48
in Commiſſionibus petendis quis complecti debet in quam rem, & in quo puncto, in quos articulos huiuſmodi commiſſarii deſiderentur.253.24
in Commiſſione decernenda cauſſæ cognitio neceſſaria eſt.ibid.25
ſub Commiſſione communi de audiendis teſtibus non contineri ocularem loci inſpectionem.253.85
Si pars in petitione ſua hoc deſideraſſet, & commiſſio in cõmuni forma ſecuta fuiſſet, an ad ocularẽ inſpectionem Commiſſarius procedere poſſit.ibid.86
Commodatarius damnũ quod fortuito caſu contingat in re commodata, non præſtat, niſi hoc promiſerit. 281.1
An ſatis ſit, quod quis generaliter in ſe periculum ſuſceperit?ibid.2
Commodum & periculum rei pertinet ad dñm.34.5
Comparatio inſtrumẽti priuati aliis adminiculis deſtituta, ſemiplenam probationem duntaxat conſtituit. 275.21
An idem procedat in rationibus atque epiſtola, diuerſæ Doctorum ſententiæ?ibid.22
Comparatio an plenam fidem faciat ſi manus epiſtolæ negetur?105.55
Comparationi an adhuc locus ſit mortuis teſtibus, qui inſtrumento adſcripti ſunt?274.11
Comparatio plenam fidem facit, ſi publicũ inſtrumentum ſit, de quo controuerſia eſt.ibid.12.& 13
Quid obtineat, ſi inſtrumentum ſit priuatum, & partium atq; trium teſtium ſubſcriptionem habeat, qui in fata conceſſerint.ibid.14
Comparationis remedio vti quando ſoleamus.274.1
Comparatio duntaxat ex illis inſtrumentis facienda, q̃ publica ſint aut priuata, cũ ſubſcriptione teſtiũ.ibi.2
in tali Collatione quæ conditiones requirantur.ibid.3
Compromiſſum ex multis cauſſis ſolui poſſe.214.1
Conciliatio l.6. ff. de teſtam.tutel. & præſentis conſtitutionis. 291.4
Conciliationi legum, quantum fieri poteſt, ſtudẽdum. 26.22
Conciliatio cum l.falſa demonſtratio, ff.de cond.& demonſtrat.477.7
Conciliatio cum l.creditor, de pignor. actio. & ibidem excuſſa Bart.& aliorum diſtinctio.279.11
Concluſio duob.modis accipi poteſt pro renũtiatione, & totius cauſſæ, quoad partem, abſolutione.134.16
an Condictio certi generalis in his, quæ põdere, numero & menſura conſtãt, certa ratione proponi poſſit, qua condictio ſpecialis locum non habeat.17.11
Condictio certi ſpecialis mota videtur in dubio, & quare.ibid.12
Cõdicere nõ poteſt, qui reuera debet, pẽdente iudicio, ſoluẽs, ſiue condẽnetur poſtea, ſiue abſoluatur.58.14
ad Condictionem indebiti requiritur rei ſolutio.58.3
Item, vt id ab imprudente ſit factum.ibid.4
Præterea, vt res ſit indebita.ibid.5
Condictionem indebiti contra illum dari, cui res ſoluta ſit.59.30
Condictio indebiti illi competit, qui ſuo nomine rem ſoluerit.58.26
Condictionem certi an quis ex numeratione pecuniæ alienæ acquirere poſſit?22.5

Conditio difficilis, aut quæ inſtaurationem facti non recipit, etiam viuo teſtatore impleri poteſt. 495.13
Conditio quæ tractum habet, ſi vtriuſq; vtilitatem reſpiciat, heredis & legatarii, mortuo herede legatum annuum non euaneſcit. ibid. 13
Conditio perſonæ id nonnunq̃ concedere ſolet. 54.10
Conditio, ſi filius meus ex Alexãdria in Italiam reuertatur, eundem heredem inſtituo, an habeatur pro conditione caſuali. 501.12
Condictionis indebiti effectus. 59.33
Conditio omnem diſpoſitionem, & conſequenter etiam legatum ſuſpendere ſolet. 677.177
Conditio perſonæ ante omnia ſpectanda 105.33
Conditio mixta ſi deficiat, quid hoc caſu ſtatuendum ſit. 495.18
Conditio delinquentis melior nõ debet eſſe, quam qui iure aliquid faciat. 134.29
Conditio, quæ in dando conſiſtit, an mere poteſtatiua cenſeri debeat. 495.3
Conditione poteſtatiua deficiente, legatum quoque perimitur, quamuis facto alieno quis parere prohibitus ſit. ibid. 9.
Cõditionẽ difficilem ſemel impletam eſſe ſufficit, quãuis ante mortem teſtatoris cauſſa mutetur. 519.3
Cõditiones promiſcuæ poſt mortem teſtatoris impleri debent, & ratio. ibid. 1
Conditiones, quæ cœlibatum inducunt, pro nullis habentur 504.1
Conditioni voluntariæ in forma, quæ præſcripta eſt, parendum eſt ſecundum Doctores. 675.58
Conditionis ad effectum ſufficit, ſi vel momento extiterit. 505.14.
Conditiones, quæ præſumtæ teſtatoris voluntati debeantur. 491.11
Conditione poteſtatiua deficiente, inſtitutio vel legatũ quoque exſpirare ſolet. 495.14
Conditionis effectus in eo conſiſtit, vt in euentum ſui ſuſpendat omnem obligationem. 491.23
Conditionalis oratio, in dubio diſpoſitionem cõtinere non ſolet. 505.27
Conditiones, quæ in non dando, aut non faciendo cõſiſtunt, per cautionem Mutianam implentur. 491.21
Conditiones ratione materiæ, circa quam verſantur, quomodo diuidantur. 491.13
Conditiones faciendi vel dandi, ſi conferantur in perſonam heredis vel legatarii, plerunque poteſtatiuæ appellantur. ibid. 14
Cõditiones poteſtatiuas an heres implere poſſit? ibid. 15
Conditionum effectus dandi & faciendi ſeruis, quibus libertas relicta eſt, propoſitarum. ibid. 16
Conditiones quæ pendent ab euentu incerto, caſuales appellantur. ibid. 17
Conditiones, quæ in factum noſtrum & alienum concipiuntur, mixtæ vocantur, & effectus huius conſiderationis. ibid. 18
Cõditiones, quæ in factum noſtrum collatæ ſunt, quædam dicuntur faciles & promiſcuæ, quædam vero difficiles, cum exemplis. ibid. 19
Conditiones intereſſe an plures adſcriptæ ſint, an vna, item an coniunctim, an vero diſiunctim? 491.24
cum Conditionibus quæ affinitatem habeant. ibid. 25
Conditionum contraria. ibid. 26
Conditionum nonnulla aut vera, nonnulla falſa ſiue imaginaria. 491.1
Conditionum falſarum varia exempla. ibid. 2.
Conditionum ſpecies an præcedens diſtinctio contineat. ibid. 3
Conditionis definitio. 191.4
Conditionum aliæ ſunt efficaces, aliæ vero non efficaces. ibid. 5
Conditionum exempla, quibus lex effectum denegauit. ibid. 6
Conditiones ratione formæ diuiduntur in expreſſas & tacitas. ibid. 7
Conditiones tacitæ quib. cauſſis accepto ferãtur. ibid. 8
Conditionem tacitam natura negotii quando inducat, ibid. 9
Conditiones quæ requirantur, vt Maced. Senatuſconſultum locum habeat. 184.3
Conditionis cauſſa ſi culpa legatarii mutata ſit, legati commodum ipſi auferetur. 519.5
Conditiones, quæ tractum temporis habent, perſeuerantiæ conſilium exigunt. ibid. 6
Conditione poteſtatiua, caſu fortuito deficiente, maxime ſi mora interceſſerit, legatum perimitur. 495.4
Conferri quemadmodum filio debet, ita etiam ipſius heredi, ſi filius ante deceſſerit, admiſſa bonorũ poſſeſſione 337.1.
Confeſſio ſine certa cauſſæ expreſſione, nullius momẽti eſt. 10.6
Confeſſio actis comprehenſa idoneam probationem criminis continet. 151.7
Confeſſio extraiudicialis, quando plenam fidem facere intelligatur. 120.14
Confeſſio precibus inſerta, etiam abſente parte fidem impetrat. 499.2
Confeſſio in iudicio facta paratam exſecutionem habet. ibid. 10
Confeſſionem non eſſe proprie probationem, per quæ argumenta & auctores inferatur. 95.18
Confeſſio in teſtamento facta reuocari poteſt cum relatione fabulæ anilis. 115.8
quid obtineat, ſi actor certo modo, quamuis nõ plene ſuam intentionem probauerit, & concurrat talis confeſſio, ibid. 9
Confeſſiones & præſumtiones an proprie probationes dici poſſint. 95.17
Coniecturæ, ex quibus pater donaſſe libros vel nõ donaſſe conſtituitur, 298.56
Coniecturæ, ex quibus quid in furore actum videatur 572.6
Coniecturã diuturnæ ſterilitatis cum aliis adminiculis coniunctam, non eſſe omnino ſpernendam. 125.19
de Contraria teſtatoris voluntate cum appareat, ceſſat coniecturata definitio iuris. 484.20
Connexa quæ reuera ſint, quæ ſeparata. 105.43
Conſilia ſaniora e ſenibus ſolere proficiſci, idq; exemplis illuſtratum. 80.4
Conſiliarii an arduis negotiis adhibendi. ibid. 3
Conſobrini perſona ſemper honeſta cenſebitur, ſi tractetur de honeſtate matrimonii. 499.3
Conſuetudo inſcribẽdi neceſſitatem, remittere poteſt 80.3
Conſuetudo Germaniæ in datione vnius numi, qui auctoramenti locum obtineat 249.13
Conſuetudine vel ſtatuto an illud introduci queat, vt minor numerus teſtium ſufficiat. 402.5
Conſuetudo & familiaritas perpetua, ſuſpectos teſtes facit. 157.5

Digitized by Google

Conſuetudine loci induci poteſt,vt aliud ſignũ imprimi queat.404.7
Conſuetudo teſtatoris in cauſſa demonſtrationis ſpectanda,niſi aliæ coniecturæ præualeant.477.8
Conſuetudo noſtræ ætatis cum priſca illa deſignatione non conuenit.393.7
Conſtitutio pœnalis etiam refertur ad ea,quæ plane eãdem rationem habent.610.38
Conſtituta quæ recens ſunt, interpretationem etiam a iure recipere poſſunt.252.17
Conſtitutio Iuſtiniani nõ eo pertinet,vt illos filios muniat, qui grauiorem ingratitudinis culpam contraxerint,ſed ne paſſim ex minoribus cauſſis filii ab hereditate parentum ſubmouerentur.610.41
qui Contendit aliquem nõ ſanæ mentis fuiſſe,cum teſtamentum faceret,id probare debet.516.4
Contractus quando in ſcriptis valere aut abſolutus eſſe debeat? 244.1
Contractus in ſcriptis quis dicatur.ibid.2
Contractus ſi ſimpliciter celebratus ſit, an vna pars aliã compellere poſſit,vt de cõuentione interpoſita ſcripturam confici curet? ibid.11
Contractus quando abſolutus eſſe videatur, vt pœnitẽtiæ amplius locus non ſit.ibid. 12
in Contractibus vtriuſque contrahentis animus ſpectatur.505.26
in Contractibus vtriuſq; partis conſenſum ſpectari, in teſtamentis ſolam teſtantis voluntatem. 521.12
Contractum irritum vel inſtrumentum minus ſolẽne reddimus, ſi illa, quæ moribus recepta ſunt, omittamus.218.11
Contumacia non reſpondentis,an pro confeſſione habenda ſit.279.8
Contutor ſe illa exceptione tueri poterit,quod alter tẽpore depoſitæ adminiſtrationis ſoluẽdo fuerit.103.5
Creditor non cogitur cõpenſare id,quod ipſi relinquitur cũ ære alieno,niſi teſtator illud expreſſerit. 480. 1
Quid ſi debitum excedat relicti quantitatem.ibid.2
Credere,quid ſecundum Iuriſconſultos ſit? 1.4
Creditor quando intelligatur fidem ſingulorum in ſolidum ſequi,& ibidem excuſſæ quatuor cauſſæ in hac lege relatæ.24.3
Creditor ſi ſuccedat,quõ intelligatur confuſio fieri, & qua ratione,ſi debitor heres pro portione fiat.73.31
Crimina quæ ſcripto contrahuntur, per inſtrumenta probari poſſunt.151. 5
Culpa filii quando nepoti noceat.733.26

D.

DEbitor an liberetur interitu rei, ſi eodem modo apud alium peritura erat.34.24
Deceptus dolo,ſi aliud remedium neglexerit, non habet actionem de dolo 65.24
Debitor ille, cuius conditio mutata non eſt, ſuſpectus allegari non poteſt.54.5
Declarata l.chorus,§.fin.ff.de legat.3.677.171
Declaratus §.repetitis.Inſt.de ſeruil.cognat.676.102
Declarata l.peto,§.fratre.ff.de legat.2. 663.13
Definitio generalis eſt,nos debere potius veritatem inſpicere,quam ipſam ſcripturam.281.3
Definitio omnis iuris eidem cognitas exceptiones admittit.676.74
Definitio q̃ amplecti debeamus id,quod teſtator veriſimiliter reſpõſurus videbatur, locum nõ habet, vbi verba certa ſunt, aut ſi formæ loco aliquid præſcriptum eſt.ibid.75
Delegatus Principis an ſententiam ſuam de iure ciuili exſequi poſſit? 154.94
Delegati iudices ex nuda diffidentia recuſari poſſunt. 253.28
Delegatus iudex an mulctam infligere poſſit? item an corporaliter coerçere? 91
in Delictis non euentus,ſed cõſilium ſpectatur.452.19
Deficiente conditione inſtitutionis, ipſa quoq; inſtitutio perimitur.743.2
Dementem illum non intelligi, qui obtuſioris ingenii ſit.372.4
Demonſtratio falſa ſub deſignatione ſanguinis nõ nocet,ſi teſtator non errauerit.396. 4
Demonſtratio quamuis falſa non vitiet legatum, tamẽ ſi de contraria voluntate teſtatoris appareat, aliud probandum eſſe.477.1
Demonſtratio ſi finalẽ cauſſam contineat,eaq; falſa deprehendatur,vitiaret diſpoſitionem 120.12.
Demonſtratio quando ius ſanguinis & per conſequens cauſſam final. continet, tunc deficiente huiuſmodi cauſſa,deficit & diſpoſitio.472.12
Demõſtratio quotieſcunq; neceſſitudinis cauſã continet,detecto errore, diſpoſitio quoque corruit,idque exemplis illuſtratum.477.5
Denuntiatio,quæ ventris nomine fit, aliis facienda nõ eſt, quam his, quos proxima ſpes ſucceſſionis contingit.678.233
Deportatio quando non eſt eiuſdẽ effectus,cuius mors naturalis,tũc ſubſtitutio in caſum mortis in deportatione locum non habet.675.52
Deportatione aufertur ius ſucceſſionis ex definitione iuris ciuilis,non autem naturalis.677.138
Deportatio ante tẽpora Auguſti cognita nõ fuit. 459. 16
Deportationis cauſſa cum morte non cõparatur niſi in caſibus,quibus id ſpecialiter iure definitũ eſt ſecundum nonnullos.675.54
Deportatus a Principe reſtitutus, etiam illa bona auocare poteſt,quæ medio temporis ſpatio a fiſco in alium tranſlata ſunt,ſecundum multos.677.147
Deportati,tanquam peregrini, non poſſunt capere ex teſtamento.459.1
Deportatum ſi quis inſtituerit, cui illa hereditas deferatur.459.40.
Deportatum & exſulem poſſe teſtari de his bonis, quæ extra territorium quæſita ſunt.ibid.37
Deportatus quis eſſe intelligatur.ibid.33
ſi Depoſitiones repetitæ inter ſe pugnent, an priori, an poſteriori,an deniq; neutri credendum ſit.215.13
Deſcriptio ſubſtitutionis pupillaris.551.4
quæ requiſita ſint pupillaris ſubſtitutionis.ibid.5
Deſignatio talis non valet, ſi quis teſtatori dicat, ſi me heredem eſſe velis, ſtringe manum meam,& ille hoc fecerit.367.20
Deum verum lumen eſſe, & vt principium & finem omnia complecti.80.49
Diariũ tabellionis an fidem aliquam impetret? 244.10
Diſcrimen magnum eſſe inter dictantem & ſcribentẽ teſtamentum.439.2
Dictio,palam,quam ſignificationem admittat.435 3
Dictio poſthumus,an per aſpirationem,an vero ſine ea ſcribi debeat? 637.1
Dictio,iuſta,in qua ſignificatione accipi debeat,diuerſæ Dictorum ſententiæ, vt prima fronte apparet. 383.17

Digitized by Google

Dictio,poſthumus,an ex ꝓpria ſignificatione illũ duntaxat deſignet,qui poſt mortem patris natus? 638.10
Dictionis.ſecundum, an illa natura eſſe intelligatur, vt diſpoſitionem conditionalem inducat.521.6
Dictionis alternatiuæ natura atq; effectus.504.1
Dictiones accipiendæ ſunt ſecundum naturam cuiuſq; rei de qua agitur.383.14
Dictum teſtis valet,qui inde ſe ſcire cõmemorat, quod rem diario adſcripſerit.452.15
Differentia inter legata & contractus ſub conditione, & ratio.321.6
Differentia inter pronepotem ſuum, & emancipatum ratione acquiſitionis,& aliorũ onerũ. 676.117. & 126
Differentia inter iuramentum principalis perſonæ & heredis ipſius,& cauſſæ 13.7
Differentia inter commiſſarios ad examinandos teſtes & arbitros iuris.253.29
Differentia inter donationem cauſſa mortis, & legata, & fideicommiſſa 356.32
Differentiæ tredecim inter filios ſuos & emancipatos ordine comprehenſæ,quæ adhuc ſaluæ ſint.324.38
Dignitas perſonarum ad auctoritatem decretis,& conſiliis probandam plurimum momenti habet.80.5
Dilemma Hotomanni,quo euincere conatur domino aut patri naturalẽ obligationem non acquiri.72.19
Diligentia ambitioſa ſuſpecta eſt.66.96
Digniores teſtes præponendi videntur, ſi ſimilitudo remotior ſit.174.49
Dignitatis ratio haberi non poteſt,ſi magnus excedentium numerus ſit.ibid.44
Diploma Imperatoris, vbi filii naturales legitimi conſtituuntur,cum pater alias proles iuſtas habeat, nullius eſt momenti, niſi Imperator de his mentionem fecerit.678.223
Directorium ſi ad vnum articulum pertineat, teſtes interrogari ſuper alio articulo non poterunt, vt in exemplo poſſeſſionis & proprietatis.253.53
Diſceptandum de his non eſt curioſe, quæ non multũ expediunt.729.11
Diſpoſitio expreſſa tũc maiorem vim habet, cum illud diſerte cantum eſt.524.96
Diſpoſitio in legatis & fideicõmiſſis præcedẽs, ſequẽtẽ quoad portiones legatas attinet,non declarat. 554.10
Diſpoſitio quando dicatur eſſe præpoſtera.444.1.
Diſpoſitioni legis & beneficio Principis nonnullę tacitæ conditiones inſunt.677.168
in Diſpoſitione teſtamentaria,mens & conſilium teſtatoris,ante omnia exquirenda ſunt.514.1
Diſpoſitioni generali ſtandum, quoad de exceptione doceatur.524.10
Diſpoſitionis ratione ceſſante,cur nõ ceſſet ipſa diſpoſitio.364 10
Diſtinctio inter legata & inſtitutionẽ,vt hic totũ compenſari debeat,illic autem id contrarium ſit.480.3
Diuerſitatem non vno & eodẽ modo cõſiderari, ſed ex diſtinctione varios caſus complecti & deciſiones. 229.18
Diuitiæ ſine virtutis ornamentis ſæpe hominem obruunt.174.33
Diuitiæ vel paupertas quotieſcunque pro fundamento intentionis allegantur, fides huius rei implenda eſt. 103.8
qui Docet ſe tempore iudicii minorem eſſe, conueniẽter docet ſe tempore contractus talem fuiſſe. 116.2
Doctorem ſenem iuueni regulariter præferendum, cũ ſua moderatione.35.32
Doctores & Profeſſores iuriſdictionẽ habere, ſed ſtudioſum habere ius eligendi.81.82
Domeſticum teſtimonium non ex cõſanguinitate, ſed ex vnitate ſubiectionis definiendum.164.23
Domeſticum teſtimonium in cauſſa religionis non repellitur.ibid.24
Domeſticus qui tempore cõtractus erat, ſed poſtea talis eſſe deſierit,repelli non ſolet.157.8
Domeſticos ad ferendum teſtimonium idoneos non eſſe ex conſtitutione iuris ciuilis & naturalis.157.1
Domeſtici qui ſint.ibid.2
Domeſticos tribus modis accipi poſſe.ibid.3
Domeſticos an quis cogere poſſit ad teſtimonium contra dominum ferendum.873.1
Quemadmodum quis non cogitur inſtrumẽta propria contra ſe edere, ita etiam illos domeſticos, qui vi imperii ſui continentur.ibid.2
Domeſtici teſtimoniũ quibus denuntiari poſſit, & quibus non?ibid.3
Dominii quæſtio in his,quæ pondere,numero & menſura continentur,referri poteſt.32.4
ad Dominii probationem ſufficit.ſi conſtet de conditionibus leg.cum reos, C. de probat. propoſitis contra venditorem.19.9
Dominii ius auctoritate legis confirmatũ fuit.678.219
Dominus qui ſemel fuit, adhuc Dominus eſſe præſumitur.130.3
Donantis affectionem in omni liberalitate conſiderari.339.11
Donatio ad pios vſus deſtinata, ꝓ cauſſa impulſiua haberi non poteſt.314.12
Donatio,quæ in filium ob merita confertur, an ſtatim valeat,nec confirmatione mortis indigeat.335.2
Donatio ſimplex,quæ filiofam.dum adhuc in ſacris eſſet,data fuit a parente,an conferri debeat.279.5
Donatio propter nuptias an in ſpõſos facta ſit, an vero ſponſas,nihil intereſt.338.8
Donatio,quam filius in emancipatione cõſequitur, an in cauſſa inſinuationis habeatur pro donatione ſimplici,an vero pro donatione ob cauſſam.339.25
Donationem ſimplicem non conferri,niſi in duob.caſibus 345.22
Donationem piis cauſſis deſtinatam effectum ſuum requirere.314.7
Donationes, quæ ſtatim valere ſolent, an in ea cauſſa ſint,vt collationem inducant? 298.28
Dos a patre data prolibus ex matrimonio procreatis,an ad eum reuertatur 515.25
in Dotis repetitione an legitima ætas filiæ requiratur. 315.30
Diſceptatio de dote an apud eccleſiaſticum Iudicem, an vero ſecularem moueri debeat?ibid.31
Dotẽ nõ eſſe cõferendã eo caſu, quo pater in diuiſione patrimonii,lõge amplius filio q̃ filiæ reliquiſſet.311.5
Dotis dationẽ non continere merã liberalitatẽ. 297.24
Dubiam iure ciuili interpretationem quę habẽt, ex auctoritate iuris canonici confirmari ſolere.208.9

E.

EMancipatus an vſumfructum bonorum ſuorũ conferre cogatur.349.6
Emancipatio an vitiet inſtitutionem, ſi nepos eo caſu inſtitutus ſit,quo ſuus heres eſſe cœpiſſet. 743.5

Digitized by Google

Emancipatos etiam donationem propter nuptias atq; dotem conferre debere,& ratio.3 3ñ. 5
. non intereſſe vtrum hæc profecta ſint a linea paterna, an vero materna.ibid.4
Emancipati duntaxat eam donationem conferre coguntur,quę proceſſit ab his perſonis,de quarum ſucceſſione agatur.ibid.5
Enodatio §.neq; illo,No . 18. 676.125
Epiſcopus iurat propoſ , non tactis ſacroſanctis Euangeliis.174.21
Epiſtola ſemper loqui dicitur.120.5
Epiſtola pro ſcribente pręſumtionem aliquam an obtineat? 105.56
Epiſtolam fidem contra ſcribentem impetrare. ibid. 54
per Epiſtolas nõ induci cauſſam quaſi poſſeſſionis conſanguinitatis contra Bart.& alios,ſed inde naſci quãdam præſumtionem.120. 8
Error Heluidianorum hæreticorum & Eunominianorum notatus. 726. 5
Error in nomine appellatiuo vitiat legatum. 393.15
Error etiam circa heredis inſtitutionem interueniens, teſtamento præiudicare non ſolet.396.1
Error cauſſidicorum, qui diebus feſtis teſtes audiunt, exiſtimantes ad iudicii cauſſam duntaxat iuramentum pertinere. 201.14
Error aliquando ius facit. ibid.15
Error in nomine vel ſimili deſignatione non nocet. 393.2
Error nominis an teſtamentum vitiet.393.8
Error ſi in tota deſignatione committatur, teſtamentũ nõ ſubſiſtet,aliud ſi in parte demõſtrationis fiat.ibi.9
Error huiuſmodi an etiam noceat in teſtamento nuncupatiuo.ibid,10
Error nominis an in teſtamento cæci illud vitiet? ibi.11.
ſi erretur in deſignatione diœceſis,vel ciuitatis, ipſum reſcriptum periclitabitur,& quare. ibid 12
Error nominis proprii craſſior eſt, quam vt tolerari debeat ibid.13
teſtatoris, vel tabellionis quot teſtes requirantur ad errorem probandum.396. 8
Euidẽtia quæ ſunt per ſe,nulla probatione indigẽt. 95.7
Eunuchi quibus aſcribendi.366.1
Eunuchos Principibus fuiſſe in deliciis,& propterea teſtandi ius meruiſſe.ibid.2
Examen an ex eo periclitetur, quod iudex interrogatoria aut omnia,aut pro parte nõ propoſuerit.253.25
Examinandi teſtes munus quibus committi non poſſit. 235. 35
Exceptio ita regulam non confirmat,vt caſus eadem ratione ſubnixos excludat.610.35
Exceptio confirmat regulam.65.10
Exceptiones aliquot admiſſa illa opinione, quod arrhis intercedentibus pœnitentiæ locus ſit.249.14
Exceptio non excludit caſus, in quibus vrgentior ratio interueniat.575.37
Exceptio non numeratæ pecuniæ an certo caſu poſt biennium obiici poſſit.24.12
Exceptio prima ſi materia ſubiecta fœminis non conueniat.ibid.49
Exceptio ſecunda ſi ſeparatim de vtroque ſexu cautum ſit.ibid. 50
Exceptio tertia ſi verſemur in materi odioſa.ibid.51
Exceptio non numeratæ pecuniæ an contra confeſſionem admittatur.200.4
Exceptiones nonnullæ a Felino conſideratæ, quæ tamen repudientur.100.13
Exceptiones,quod ſi præſumtio ſit iuris,& de iure aliud æquitas ſuadeat.281.5
Exceptiones declarant regulam.610.27
Exceptiones contra perſonas teſtium etiam poſt publicationem fieri poſſe.215.14
Exceptiones quæ ante litem conteſtatã proponi ſolent, etiam ante litem conteſtatam probari poſſunt.208.17
Exceptionem obiiciens an actoris intentionem confiteri videatur.130.7
Excipere quis non prohibetur contra illum,ſi vitia teſtis ex poſt facto detecta ſint.191.24
idem quoq; probandum ſi ratio diuerſitatis aſſignari poſſit,idq; exemplis demonſtratum.ibid. 25
Excipere nemo prohibetur contra perſonas teſtium,& illud etiam publicatis teſtibus probare.135.50
Excipere non prohibetur aliquis contra dicta teſtium. 191.21
Excipiendi ius an poſt publicationem teſtiũ dicta producens amittat.191. 22
Excuſſus §. nullam, conſtitutione. 676. 126. 122
Excuſſus §. vlt.part. 3.Ordinat.Spirenſis, c.15.252.5
Excuſſa definitio c.prudentiam,§.adiicimus,ext.de off. delegat.675.48
Excuſſum Ordinationis Spirenſis.part. 3.c.16.252.16
Exempla,in quibus locus & tempus negatiuam orationem circumſcribant.145. 17
Exempla,in quibus ex probatione affirmatiuæ orationis naſcatur iuſta probatio negatiuæ.ibid. 18
Exemplum inſtrumenti hoc modo agniti plenam fidem impetrare. 279. 9
Exemplaris ſubſtitutio etiam tacitam pupillarem complecti videtur.575.47
inter Exemplarem ſubſtitutionem & pupillarem ſigillatim excuſſæ differentiæ.ibid.48
Exheredatio ſi inſtitutionem & ſubſtitutionem præcedat,filius ab omnibus ſummotus intelligitur.604.1
Exheredatus an mortuo comparetur? 733.18
Exheredatio an poſt mortem filii facta valeat, ſi filius coheredem habeat? 733.5
Exheredatio conſulendi animo facta, etiam iure hodierno procedit 610. 17
Exheredationis ad confirmationem an ſufficiat, quod heres doceat filium ingratum fuiſſe, quamuis cauſſa teſtamento adſcripta non ſit.609.6
Exheredatio huiuſmodi, filius ſubſtantiæ meæ alienus eſto, valet.606. 3
Expenſæ non petitæ, vel fructus qui ex officio iudicis adiudicari poterãt,nõ poſſunt alio iudicio peti. 65. 26
Explicata l.hominem,ff.mandati. 34. 9
Explicata l.fideicommiſſa,§.ſi cui,ff.de legat.3.675.57
Explicata l.meminimus,C.de ſuis & legit.hered.676.123
Explicata l.peto,ff.de legat.2. 505. 38
Explicata l.Titius,§.Lucius,ff.de lib.& poſth.hered.inſtit.674. 8
Expoſitio l.ab exheredati,§.fin.de leg.1.ibid.9
Expreſſa vulgaris ſubſtitutio quibus verbis fiat? 542.4
ſubſtitutio tacita,an ſub pupillari comprehẽdatur.ib.5

F.

Factum cuiq; ſuum non alteri nocere debet.9.1
Factum cuiq; ſuum nõ alteri nocere debere.678.136
ex Facto parentum filii innocentes, lædi non debent, 125.13

INDEX.

Facultas teſtamenti faciendi,& ex teſtamento capiendi, an ſit iuris ciuilis,an vero iuris gentium?459.2

Fideicommiſſa vniuerſalia, an etiam ſub huiuſmodi verbis comprehendantur.602.42

Fides accommodatur non teſtimoniis, ſed teſtibus in cauſſis criminalibus.151.4

Filia ad collationem vrgeri poteſt,etiamſi teſtamentum interceſſerit, ſi plus compendii ſenſerit per bonorum poſſeſſionem.333.3

Filia, quæ dotem promiſſam non recepit, liberatur a collatione, ſi fratribus pro portionibus hereditariis hanc obligationem remiſerit.311.1

Filia omittens inſtitutionem de ſe factam, legitimam portionem an ab inteſtato petere poſſit? 542. 3

Renouata quęſtio pręcedentis legis,an Filia non conferens nemine opponente repelli poſſit. 334.1

Filia,quę dotē & donationē ſimplicē meruit,an vtrumque in cauſſa inæqualitatis conferrē cogatur?345.23

Filia ſi intra 25. ætatis annum matrimonium inuito patre contraxerit,an exheredari poſſit?610.26

Filia,teſtamento inſtituta ex minori parte quam fratres, an dotem conferre cogatur. 331.6

Filia ſua dote & aliis relictis ſi contenta eſſe velit,ad collationem vrgeri non poteſt. 338.1

ſi aſpiret ad ſucceſſionem paternam,an vtrumq; conferre cogatur.ibid.2

quid probandum ſit, ſi legatum vel fideicommiſſum antea ex interuallo relictum fuiſſet. ibid. 3

in Filio legitimo quod ſtatutum ſit, an ad filium naturalem proferri debeat? cum dubitandi & decidendi rationibus.514. 4

Filia,quę in poteſtate erat tempore mortis,dotem conferre debet ex conſtitutione Diui Pii. 311.1

Filiæ præteritæ antiquitus teſtamentum non vitiarunt. 647.44

Filius cur patrem ex his criminibus, quæ contra patriā, vel rempublicam ſunt,accuſare poſſit? 610.24

Filius,qui pecuniam ad ſe miſſam,vt libros emeret,diſſipauerit, an ad collationem eius quantitatis vrgeri poſſit?314 2

Filius vel nepos vnico caſu inſtitutus & alio caſu natus, rumpit teſtamentum.741.2

Filius emancipatus non confert dotem, quam pro filia dedit, niſi tempore collationis dos ad illum reuerſa fit.321.4

Filius, quamuis emancipatus, ea, quæ poſt mortem parentis acquirit, conferre non cogitur: tamen ſi illud acceperit, quod antea ſub conditione debebatur, aliud obtinebit.ibid.5

Filius, cui aqua & igni interdictum fuit, vel qui deportatus erat, ſi poſtea reſtituatur, an recuperet locum priſtinum?677.133

Filius emancipatus an ad collationem donatorum librorum compelli poſſit? 298.50

Filiusfamilias qui in poteſtate parentis eſt,teſtamentum facere non poteſt. 356.7

Filius deferendo iuramētum, parentis cauſſam deteriorem reddere non poteſt.9.2

Filius an peculium dicatur acquirere.72.32

Filius impenſam cum doctoris laurea inſignirētur,pręſtare non cogitur.298. 64

Filiusfamilias an de his bonis teſtari poſſit, in quibus pater nullum vſumfructum habet.379.1

Filiusf. cōſentiēte patre ad pias cauſſas teſtari pōt.356.29

Filiusfamilias conſentiente patre, etiam mortis cauſſa donare poteſt. ibid.30

Filiusfam.ſi publice pro patrefam. habebatur, ceſſat remediū SC.Maced. & quid publice intelligatur.ibid.1

Filiusfamilias ſub mixta conditione inſtitutus, an in euentum deficientis conditionis, ſecundum hodierna iura exheredari poſſit.510.11

Filius emancipatus,in quibus caſibus de dolo duntaxat poſt rei interitum teneatur.314.10

Filiusfamilias clericus an teſtari poſſit.381.4

Filius proditor patriæ an a patre ſuo propterea exheredari poſſit? cum argumentis dubitandi.610.19

Filiofamil. quo tempore nuptiæ contrahendæ ſint, ſecundum Ariſtotelem.514.2

Filiumfa. ne quidem ad pias cauſſas teſtari poſſe.356. 24

Filiusfam.ne quidem conſentiente patre teſtamentum facere poteſt.356.20

Filius, qui arua, & vineas paternas laboribus ſuis excoluerit, an mercedem nauatæ operæ poſtulare poſſit? 345.16

Filius a matre pręteritus an legata & fideicommiſſa pręſtare cogatur.619. 8

Filius an quis ex eo cenſeri debeat,quod quis illum in ſtudiis aluerit?125.24

Filius an ex cauſſa exheredationis ſuorum loco eſſe deſinat?733.13

Filius an ſaltem naturaliter poſſideat.72.12

Filius quod aliquis ſit, triplex probandi ratio, neceſſaria, probabilis & præſumtiua.125.7

Filius illius eſſe intelligitur, qui matrimonio contracto inter Titium & Mæuiam, ex illa naſcitur.125.8

idem ſi natus ex vxore Titii in domo mariti, ſimul cōhabitantibus, & vicinis ſcientibus.ibid.9

Filius ex eo recte exheredatus, quod accuſatorem patris aduocatione, vel teſtimonio ſuo inſtruxerit.610. 23

Filius etiam exheredari poteſt a patre, quod vxori ipſius, ſiue matri, ſiue nouercæ manus intulerit.610. 21

Filius in dubio in poteſtate cenſetur.324.21

Filius qui apud hoſtes eſt, impune præteriri poteſt 733.3

in eadem cauſſa nepotes & pronepotes fuerunt.ibid.4

Filius iniuria afficitur, ſi honore paternæ inſtitutionis defraudetur. 546.32

Filius emancipatus nepotes aut pronepotes, qui ſui ſint, non excludit. 676. 120

Filiis emancipatis ius prætorium adhuc patet, de ciuili vero remedio magna inter noſtros Doctores controuerſia eſt.ibid.121

Filius, qui in poteſtate ſit, ſaltem ex aliqua parte heres inſtituendus eſt, neq; in formula Aquiliana exheredationi locus eſt. 733.1

Filius iuſtus cenſetur, quamuis mater antea diu ſterilis fuiſſet.125.18

Filii qui in poteſtate parētis ſunt, quæ ratio ſit, quod ex mutuo contractu duntaxat naturaliter obligentur. 72.5

Filii legitimati, & iuſto matrimonio quæſiti, in quibus par ius habeant, & in quibus differant.678.229

Filii naturali iure, & communi gentium conſenſu, parentibus parere debent, & rationes.72. 8

Filii curiæ oblati legitimi redduntur, quamuis exſtent proles, ex iuſto matrimonio procreatæ.678. 217

Filii naturales beneficio Principis donati, an pro veris & legitimis haberi debeant?ibid. 228

Filii

Digitized by Google

Filii cum parente ex vulgari ſubſtitutione, an vero iure fideicommiſſi admittantur. 663.5
Filii naturales ad beneficiũ §. ex imperfecto, C. de teſt. nõ ptinent, ſecundũ magis probabilẽ ſententiã. 424.28
Filii in hac verborum conceptione: ſi frater meus heres inſtitutus ſine liberis deceſſerit, Titium ſubſtituo: an ſint in conditione, an vero in diſpoſitione cum vtilitate huius inueſtigationis. 505.7
Filii qui per oblationem curiæ legitimi ſunt facti, agnatis & cognatis non ſuccedunt. 679.238
Filii vel parentes in cauſſa teſtimonii an ex eo approbati videantur, quod contractui ex communi conſenſu adhibiti ſint. 164.25
periculoſa quorundam cautela. ibid. 26
quid ſi, cum teſtes producerentur, pars aduerſa tacuerit. ibid. 27
an in cauſſa ſtatus admittendi ſint. ibid. 28
Filii legitimi, ſi tractetur de legitimatione naturalium filiorum, an vocandi ſint? 679.246
Filii in conditione poſiti ſubſtitutum vincere non dicuntur, ſed ipſe ſubſtitutus deficiente conditione, non admittitur. 505.17
Filio exheredato ſi quædam legata adſcripta ſint, an hęc conſequatur. 620.46
Filio teſtamenti factio quare denegata fuerit. 356.12
Filios videri eſſe in diſpoſitione, ſi teſtatur eos fideicommiſſo obſtrinxerit. 505.35
Filios emancipatos ex edicto prætoris omnia bona ſua contuliſſe, exceptis caſtrenſibus. 29.55
Filios legitamatos reſcripto Principis, non habere ius retractus. 679.240
Filium iuſtum illum cenſeri, quem quis vt filium tractauit. 125.20
Filios & nepotes naturales non excludere ſubſtitutum. (515.16
Filios plus iuris antiquitus habuiſſe, quam nepotes, etiam ex maſculino ſexu deſcedentes. 607.3
Filii & filiæ, item neptes emancipatæ excludunt parentes & agnatos, item ſuccedunt cum filiis & filiabus in poteſtate. 676.118
an admittantur iure ciuili, an vero prætorio? ibid. 119
Finis & principia quo tendere, & à quibus incoare docti debeant. 81.51
quid iuris ſit, ſi ſpurius vel alius, qui capax non erat, ſolus inſtituatur, an Fiſcus admittendus ſit, an heredes ab inteſtato 471.5
Fœminæ cur non ipſo iure munitæ ſint, ſed iure actionis. 293.2
Forma adeundæ hereditatis iuris ciuilis eſt, non autem aditio. 459.25
Formam & ſubſtantiam ipſius rei vel diſpoſitionis, ſæpe ex ipſa concluſione metimur. 443.6
Formam ſententiæ in verbis condemnationis aut abſolutionis non conſiſtere. 676.86
Formulæ generalibus verbis conceptæ, ad confirmationem ſui, ſpecialis cauſſæ expreſſionẽ requirunt. 10.8
Frater ſi poſt mortẽ parentis pecuniã viuo parente mutuo ſumtã ſoluat, pro portione hereditaria repetere poterit ſecundum lectionem receptam. 72.2
Frater an pro fratre teſtimonium ferre poſſit, diuerſæ ſententiæ. 164.31
Frater ſororem ſuam in cauſſa capitali accuſans exſilii pœna afficiendus. 164.38
Fratres impuberes ex tali conditione inuicem ſubſtitui non videntur. 585.5
nõ videtur veriſimile, quod frater fratris ſui filiis alienandi poteſtatem concedere voluerit, & fratri proprio denegare. 505.23
Fratres ſi cohabitent, teſtimonium illorum repudiatur. 164.40
Frater ad defenſionẽ fratris innocẽtiæ admittitur. ibi. 41
Francigenarum appellatione qui contineantur. 356.15
Fructus medio tempore percepti an præſtãdi ſint. 59.34
Fundorum nomina deſtinatione noſtra conſtituuntur, minuuntur, augentur. 521.5
antiquitus controuerſum fuiſſe, an furioſus, qui dilucida interualla haberet, teſtamentum facere poſſit in furoris intermiſſione, idq; per Iuſtinianum hac conſtitutione ſublatum. 372.5
etiam teſtamentum furioſi vno contextu confici debet, vnde non valet, ſi partem condiderit, quamuis poſtea aliam partem adiiciat. ibid. 9
Furioſus cur nullum negotium contrahere & per conſequens teſtari nequeat? 372.1
quid obtineat in mente capto. ibid. 2
Furioſus quis eſſe intelligatur? ibid. 3
Fuga alicuius, quando vim ſemiplenę probationis complectatur. 4.12
Furioſus ſi ſanæ mentis factus teſtamentum condiderit, prior ſubſtitutio plane exſtinguitur. 575.54
Furioſus ſemel an ſemper furioſus eſſe cenſeatur? 372.10

G.

GEnus per rerum naturam interire non ſolet. 34.4
Generare non poſſe amplius a qua ætate quis dicatur. 125.17
Genus quando commiſcetur cum ſua ſpecie, reſoluitur in particularem ſignificationem. 527.19
Gradu quãto quis propiori eſt, tanto dilectior eſſe cenſetur. 477.9
Gradu quo quis propiori eſt, eo delectior eſſe cenſetur. 505.28
Gratia Principis aliquẽ omnibus reſtituentis, nõ complectitur ea bona, quæ poſt deportationem a fiſco ex cauſſa venditionis in alium translata ſunt. 677.162
Grauitas & dignitas teſtium, qui produci debent, vlteriorem productionem aliquando admittit. 155.57

H.

HEres quomodo voluntatem defuncti probare dicatur. 408.10
Heres in teſtamento cœci, nedum per nomẽ, ſed etiam per dignitates & indicia deſignandus videtur. 367.7
an hoc ſit neceſſitatis, an vero conſilii? ibid. 8
Heres ſi agnouerit defuncti volũtatem minus ſolemnẽ eandem quoq; implere cogitur. 408.7.
Heres ſi vnus ex re certa nuncupatus ſit, detracta eiuſdem rei mentione perinde habebitur, atque ſi pure heres inſtitutus eſſet. 483.3
Heres an ſi vni legatum ſoluerit, vel per ſtipulationem addixerit, ceteris ſatisfacere cogatur. 408.16
Heres, qui perſonam legatarii ſemel pro ſe probauerit, eandem contra ſe improbare non poteſt. 459.10
an idem quoq; in codicillis admitti poſſit? ibid. 11
Heres teſtatoris, religioni quid ſe debere iurantis, ſtare debet. 115.3
Heredi per modum retentionis ſuccurritur, cum illud æquitas ſuadeat. 73.37
Hereditatis emolumentum cui deferatur inciſo teſtamento. 455.

Digitized by Google

Hereditas non adita non tranſmittitur. 505. 22
Heredes teſtatoris coguntur probare filios exheredatos ingratos fuiſſe. 609. 4
Heredes ad inteſtato admittendi non ſunt, quoad ex teſtamento hereditas deferri poteſt. 542. 3
Hereditatem iuris noſtri conditores aſſi comparauerunt, & quare. 483. 1
Homicidiū qui cōmiſit, ſi poſtea furore corripiatur, an vltimo ſupplicio nihilominus puniri poſſit? 372. 17
Honeſtatis tres gradus conſtituendi, ſi inculpatæ ſint vitæ, diuitiæ accedant, ſi in dignitate aliqua poſiti ſint. 174. 32

I.

IGnoranti culpa imputari nequit. 66. 54
In facto proprio non admittitur ignorantiæ allegatio. ibid. 55
Imperator clericis denegare poteſt, quæ ſunt ſecularis iuriſdictionis. 441. 4
Imperator contra legem generalem non facile reſcripta concedere ſolet. 134. 37
Imperator filium naturalem etiam poſt mortem parentis legitimare poteſt, ſi pater teſtamento illud petierit. 677. 150
Imperator Comiti Palatino rem excutiendam, non negligendam relinquit. 679. 252
Imperator in præiudicium agnatorum, in feudalibus filios naturæ reſtituere poteſt. 678. 222
Imperatori & qualibet dignitate ac poteſtate præditis viris, tam hereditatem quam legatum relinqui poſſe. 408. 1
Imperator Iuſtinianus quare hæc verba, *Sempronius Plotii heres eſto*, benigna interpretatione adiuuanda duxerit. 488. 6
Imperatores quomodo intelligantur, omnia iura ſcire. 411. 7
Imperatorem nunquam ſolum intelligi, & propterea probationem ſemper ſaluam eſſe. ibid. 3
Imperatorem non videri vno & eodem verbo infinitas leges, multis vigiliis excogitatas, ſuſtuliſſe. 676. 109
Imperitia coheredum, iuriſdictionis formam, quæ ratione collocationis obtinebat, mutare non pōt. 323. 2
Quo remedio quis hoc aſſequi poſſit. ibid. 3
Imperfectio dupliciter cōſiderari poteſt, vno modo ratione legis, talem ſolemnitatem cōmuniter requirētis, alio modo reſpectu vnius cum altero. 424. 8
Imperitus iudex vel commiſſarius an admittendi ſint. 253. 33
Id quod natura nō concedit plane impoſſibile eſt. 145. 7
Improbato more iurans punitur. 120. 4
Imprudentia Regis Agidis qui Leotychidem filium eſſe negarat, & pœnitentia ductus id reuocare conatus eſt. 120. 18
Impuberem non poſſe teſtari. 364. 1
an Impubes nunc temporis exheredari poſſit. 552. 48
Incertis perſonis iure veteri nihil relinqui potuit. 646. 14
Indebitum quot modis aliquid dicatur. 58. 6
Indicia an aliqua ſint indubitata, & luce clariora. 151. 8
Indicia in criminalibus non ſufficere, vel præſumtiones communes. 156. 2
Indictionis quoq; deſignatio in omni inſtrumento neceſſaria eſt. 218. 13
Ingratitudinis cauſſas non ſatis eſt teſtamento inſeruiſſe, niſi inter quatuordecim noua conſtitutione relatas contineatur. 609. 12
An præter quatuordecim cauſſas ingratitudinis, aliæ ſimiles aut grauiores admittendæ ſint? in vtramque partem diſputatum. ibid. 13
Ingratitudinis cauſſæ nominatim teſtamento inſerendæ ſunt. 609. 5
Inimicitiæ quamuis capitales non ſint, tamen teſtimonii pondus minuere ſolent. 191. 17
Inimicus an prorſus a teſtimonio repellendus ſit, an vero tempore diſputationum id ſeruandum ſit. 133. 5
Inſinuare quid, item quid aperire, quid deniq; publicare. 411. 2
Inſinuationem incongruam, & publicationem nullius eſſe momenti, non prohiberi tamen quem competenti inſinuatione huic errori ſubuenire. 441. 7
Indirecte permitti non debet, quod directe non conceditur. 51. 2
Ingenuitas an per teſtes ſolum probari nequeat? 150. 1
Inſtitutio an heredis ſit iuris gentium, vel iuris ciuilis? 459. 24
Inſtitutio eius non vitiatur qui vxorem affinem appellauerit. 480. 1
Inſtitutio ipſius Iacobi an vitioſa fuerit, quum Iſaac Eſau eſſe exiſtimauerat? 396. 3
Inſtitutio an valeat ad hunc modum concepta, inſtituo heredem eum, quem in ſchedula apud talem præſulem depoſita, deſignaui. 435. 4
Inſtitutio an propterea vitietur, quod coniuncta ſit cum maledictis. 477. 13
Inſtitutio heredis incertis coniecturis committi non debet. 488. 11.
Inſtitutum ex re certa, ſi alius ſimpliciter heres inſtitutus ſit, non poſſe recte conferri cum legatario, aut herede, ſed medium quoddam ius obtinere. 485. 9
Inſtitutio hæc quam vim habeat, Sempronius heres eſto. 488. 1
Inſtitutionis verbum, quemadmodum in lege noſtra accipiendum, an pro herede, qui primo gradu ſcribitur, an denique pro ſubſtitutione. 646. 34
Quid obtineat, ſi ſimpliciter inſtitutus, hereditatem repudiet, an ei, qui ex certa re ſcriptus eſt, hereditas accreſcat. 485. 6
Quid ſi in ipſa heredis inſtitutione duntaxat ſcriptum ſit, *Lucius*, ſine adiectione horum verborum, *heres eſto*, an inſtitutio valeat? 396. 5
Inſtitutus in re certa quare propria auctoritate illam rem apprehendere poſſit? 483. 15
Si quis filium vt extraneum heredem inſtituat, an talis inſtitutio admittenda ſit. 477. 12
Quæ requirantur vt inſtrumenta exhibita fidem feciſſe dicantur. 279. 1
Inſtrumenta exhibenda ſunt in termino ad probationē conſtituto. ibid. 2
Inſtrumentum minus ſolemne qui producit, is nō cenſetur tale inſtrumentum vt ſolemne probaſſe. 191. 23
Inſtrumento publico hactenus fides accommodatur, quoad quis contrarium doceat. 132. 1
Inſtrumento, ſi nihil ſit ꝙ repugnet, ſtandum eſſe. 235. 6
Inſtrumenta domeſtica ſine aliis adminiculis fidem non impetrant. 104. 1
Inſtrumentum inter alios conſcriptum, illi, quem tenor ſcripturæ non deſignat, ſuffragari non poteſt. 144. 6
Inſtrumentum ex eo labefactari non poteſt, quod vnus ex teſtibus ſe recordari neget. 236. 29
Inſtrumētū ex quib. cōiecturis ſuſpectū reddatur. 150. 7

Inſtru-

Digitized by Google

Inſtrumenta domeſtica, an vim ſemiplenæ probationis habeant. 4. 10
Inſtrumentorum varia ſignificatio. 218. 2
Inſtrumentum ex eo labefactari non poteſt, quod vnus ex teſtibus ſe recordari neget. 230. 29
Inſtrumenta ſingula, aut quid argumenti contineant, protocollo adſcribendum. 219. 25
Inſtrumentum nihil prohibet in vnius perſona verum eſſe, quod tamen falſum ſit in perſona alterius, idque exemplis illuſtratum. 228. 5
Inſtrumentum ſi dubitetur cuius manu ſcriptum ſit, ſolum tabellionem manum ſuam agnoſcentem hanc controuerſiam dirimere poſſe. 235. 5
ſi ex ſolemni numero vnus duntaxat reclamet, adhuc Inſtrumentum corruere, ſecundum receptam Doctorum opinionem. 235. 8
Inſtrumentum cum accipitur de ſcriptura, quæ ad probationem pertinet, diuiditur in publicum & priuatum. ibid. 3
Inſtrumenta publica quæ dicantur. ibid. 4
Inſtrumenta publica an in pergameno ſcribenda ſint? 219. 30
Inſtrumētum totū a tabellione conſcribi debet. ibid. 23
Inſtrumentum publicum triplicem ſcripturam plerunque admittere ſolet. 244. 17
Inſtrumentum ſi amiſſum ſit eius contractus, qui ſcripturam ad ſui ſubſtantiam requirit, duo neceſſaria ſunt, vt probemus inſtrumentum amiſſum eſſe, & rem ad eum modum, quem allegat, interceſſiſſe. 225. 3
Inſtrumenti reproductio ſi deſideretur hoc modo agnitū, & id amiſſum dicatur, quæ probatio hoc caſu de amiſſione requiratur. 279. 10
Præcipua requiſita ex quibus Inſtrumentum publicum conſtare debet. 218. 5
Inſtrumentum an ex eo corruat, quod teſtis omnium ſolemnitatum non recordetur? 225. 9
Inſtrumento deinde fides imponenda, & quomodo illud intelligendum. 279. 4
Inſtrumenti falſi non ſolum concinnatores, ſed etiam qui ſcientes illo vtuntur, pœna l. Corneliæ puniuntur. 228. 1
Inſtrumento huiuſmodi qui vtitur, ex quo alius falſi condemnatus eſt, an is eadem pœna teneatur. ibid. 2
De tenore Inſtrumenti ſubtracti ſi controuerſia ſit, an iuramentum ſufficiat. 143. 4
Inſtrumentorum fidem eandem vim habere in exercendis litibus, quam depoſitiones teſtium. 235. 1
Intellectus l. quæ ſub conditione, §. quotiens, ff. de condit. inſtit. ſecundum interpretes, & alius ſecundum auctorem. 495. & 4
Intellectus l. quotiens, §. tantundē, ff. de hered. inſt. 521. 8
explicata l. 2. §. fin. ff. eod. tit. ibid. 9
Interpretatio l. ſi ita ſtipulatus, ff. de verborum obligat. 521. 10
Intellectus l. ſi quis Attio, ff. de vſufr. accreſ. 599. 15
Intellectus l. quotiens. ff. de hered. inſtit. 597. 13
Intellectus l. 1. §. fin autem, ff. eod. tit. ibid. 14
Intellectus l. ſeruus communis, ff. de donat. inter vir. & vxor. 139. 12
Intellectus horum verborum, *cetera namque firma permanent.* 620. 41
Intellectus l. ſecunda, §. ſed ſi extraneum, ff. de vulg. ſubſtit. 552. 24
Interpretatio l. coheredi, §. cum filiæ, ff. eod. tit. ibid. 25
Intellectus §. ſi quis igitur deſcendentium, Nouel. 118. 676. 115 & 118
Intellectus l. quoniam, C. de inoff. teſtam. 501. 6
Interpretatio l. ſcimus, §. cum autem, C. de inoff. teſtam. ibid. 7
Intellectus §. fin. huius noſtræ legis. 505. 29
Intellectus horum verborum illam duntaxat inſtitutionem valere, quæ ex verbis concipi poſſit. 663. 12
Intellectus l. Papinianus, §. ſed nec impuberes, ff. de inoff. teſtam. 566. 33
Intellectus l. militaris, §. veteranus, ff. de teſtamen. milit. 445. 10
Intellectus l. ſi mater, ff. de vulg. ſubſtit. 552. 20
Intellectus l. 1. §. ſciendū, ff. de ſuis & legit. hered. 733. 16
declarata l. qui in aliena, §. interdum, ff. de acquir. vel vel amit. hered. ibid. 17
Intellectus l. 1. §. ſi filio, ff. ad Senatuſconſultum Tertulli. 677. 157
Intellectus l. ſi vt patronus, ff. de iure patron. 677. 169
Intellectus l. fin. hoc noſtro tit. ſecundum Bart. 674. 14
Intellectus horum verborum, *quod clericis opprobrium ſit, ſi velint ſe oſtendere peritos diſceptationum forenſium.* 441. 5
Intellectus noſtræ legis ſecundum Fulgoſium & Donelium. 604. 4
Intellectus l. pen. ff. de lib. & poſth. hered. inſtit. 735. 7
excuſſa l. fin. ff. de cond. inſtit. ibid. 8
expoſitio Bartoli, Baldi & Cumani. ibid. 9
Intellectus l. fin. ff. mandati. 676. 77
Intellectus horum verborum, *ſine impedimento l. Velleia,* ſecundum gloſſ. Bart. & alios Doctores. 606. 1
Intellectus c. 2. & c. peruenit, de teſtib. cog. 104. 14
Interpretatio l. quotiens. infr. de naufrag. lib. 11. 164. 15
Intellectus l. neque, de teſtam. 120. 9
Interpretatio l. epiſtola, de pact. 120. 10
Intellectus l. iubemus, de liberal. cauſ.
explicata l. ſeruitutes, §. ſi ſublatam, ff. de ſeruit. vrban. præd. 677. 178
Intellectus l. ſi duo, §. fin. ff. de iureiur. 4. 1
Intellectus l. quæ pater, 50. ff. famil. erciſc. an ſcilicet exaudiri debeat de his rebus, quæ tempore collationis extant? 298. 49
Intellectus l. antepenult. ff. de teſtib. 214. 4.
Intellectus auth. ad hæc, de vſur. 32. 6
Intellectus §. poſthumus, Inſtit. de legat. ſecundum Baldum, Mynſing. Duaren. 646. 6
Intellectus l. 1. §. ſi ſit filius, ff. de coniung. cum emancip. liber. 324. 7
Intellectus l. cum de indebito. 100. 9
Intellectus leg. 3. §. pœna, ff. quod quiſque iur. in alterū ſtat. 191. 10
Intellectus l. per hanc, de temp. appel. 134. 30
Intellectus l. filio, §. fin. ff. de liber. & poſthum. hered. inſtit. 739. 8
Intellectus horum verborum, ſecundum Bartolum, quod teſtes non poſſint tali officio fungi, interpoſito velo, pariete vel aulæis. 402. 2
Intellectus l. 1. §. Pomponius, ff. de Carbonian. edict. 396. 5
Intellectus l. ſi fundum per fideicommiſſum, 92. §. ſi Titio, ff. de legat. 1. 495. 23.
Intellectus l. 1. C. de fideicom. 408. 19
Intellectus l. in teſtamento, ff. de teſtament. libertor. ibid. 20

Digitized by Google

Intellectus verborum: de his autem quæ interlita ſiue ſupraſcripta dicis,&c. 404.8
Intellectus l.ſi non mortis,ff.de inoffic.teſtam.196.6
Intellectus horum verborum, *qui in vtero eius ſit, qua iure noſtro vxor eſſe non poteſt.* 646.17
Declarata l.conficiuntur,§.1.ff.de codicil. 646.26.
Noua declaratio l.Lucius,§.Lucius Titius,ff.de leg.2.reiectis aliorum interpretationibus. 599. 11
Intellectus l.ſed ſi accepto,ff de iure fiſci.459.18
Intellectus horum verborum: *ne quid ſane prætermiſiſſe credamur.* 412.19
Intellectus l.nutu,ff.de legat.3.570.22
Intellectus l.penult.ne de ſtat.defunct.118.3
In quibus rebus filii patrem ſequantur.118.4
Intellectus l.cum proponas,ſup.de hered.inſtit.675.43
Intellectus cap.1.de teſtib.cogen.252.9
Intellectus §.& hæc quidem,Nouel.115.620.39
Intellectus l.cum mater,ff.de inoff.teſtam.619.15
Excuſſus verus ſenſus l.ex facto,17.§ ſi quis rogatus, ff. ad Senatuſconſultum Trebel.reiectis aliorum explicationibus.515.17
Intellectus l.hereditas,infra de his quibus vt indignis. 459.45.
Intellectus l.fin. infra de edict. Diui Adrian. tollend. 389.14
Intellectus l.ex parte,ff.de verb.oblig.675.53
Intellectus l.ſi qua militi, §.1. ff.ex quib.cauſſ.maior.in integrum reſtit.677.165
Declarata l.fin.ff.de hered.inſtit.619.18
Enucleatio l.ab inteſtato,ff.de iure condicil. ibid.19.
Intellectus l.Lucius, §. qui habebat, ff. ad SCtum Trebell.484.17
Intellectus §.quinimo,Inſtit.de milit.teſtam. 575.7
Intellectus l.ſi ita quis inſtitutus fuerit, ff.de hered.inſtit.646.25
Intellectus l.cum iudex,de ſentent.& interl.omn.iudic. 12.4
Intellectus l.Titius,14. ff. de condit. & demonſtration. 495.10
Intellectus l.quod Principi,ff.de legat.2.367.3
Intellectus l.debitor, 59. ff.ad SCtum Trebellianum. 75.36
Intellectus l.6.ff.de pecul.legat.72.21
Intellectus l.quod dicitur,12.§.1.ff.de lib.& poſth.hered.inſtit.644.7
Intellectus §.fin.Inſt.de vſu & habitat,459.11
Intellectus l.Titia,ff.ſolut.matrim.324.23.& 25
Intellectus l.præſidis, 34. ff.de rebus credit. ſi cert. pet. 51.3
Explicatio l.generaliter,§.ex teſtam.ff.de fideicom.lib. 619.25
Intellectus l.ſed etſi quis,§.quæſitum,ff.ſi quis caut.iud. ſiſt.cauſſ.fact.non obt.281.6
Excuſſa interpretatio gloſ.in l.quæ fortuitis,C.de pign. act.ibid.7
Intellectus horum verborum, quod oblatas preces ſecundum voluntatem defuncti idoneis teſtibus approbare poſſit.412.8
Intellectus l.fundum,ff.de nouationib,34.8
Intellectus l.ſi pater Seuerianam, ff.de cond.& demonſtrat.495.20
Intellectus horum verborum, quamuis vigoris non emerſerint veſtigia.364.11
Intellectus l.2.quemad.teſt.aperiant.339.20
Intellectus l.ſi quis in ſuo,§.legis,ſup.de inoff.teſt.an nimirum alias leges permittentes,quod poſthumus exheredari poſſit abrogauerit.607.12
Intellectus l.Pomponius,15.ff.de neg.geſt.22.6
Intellectus l.1.ne filius pro patre.291.2
Intellectus l.teſtium,de teſtib.279.12
Intellectus l.3.§.ex his apparet, ff.de iniuſt.rupt. & irrit. fact.teſtam.638.17
Intellectus authent.bona damnatorum,352.12
Intellectus l.qui ex liberis,§.fin.ff.de bon.poſſeſſ.ſecun. tab.445.12
Intellectus l.qui cum plures, ff.de vulg. & pupil. ſubſtit. 599.10
Intellectus horum verborum, *qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, qui ei ſuus heres futurus erit*, & ibid. excuſſæ diuerſæ interpretationes.717.8.& 10
Intellectus l.Lucius,ff.de hered.inſtit.646.27
Intellectus.l.cum in teſtamento,ff.eod.tit.ibid.28
Intellectus l.etiam,§.ſi libertus, ff.de bonis libertorum. ibid.29
Intellectus l.coheredi, §.fin. ff.de vulg.& pupill. ſubſtit. ibid.30
Intellectus l pen.ff.de reb.dub.393.14
Intercedendi verbum quam late pateat.293.3
Intereſſe inter contractum, qui conſenſu partium reſoluatur,& illum, qui requirat actum traditionis retro factæ,antequam reſcindi poſſit.249.12
Intereſſe inter obligationem, quæ inter patrem & filiũ contrahitur, & illam, quæ aliunde originem ſumit. 72.10
Intereſſe num tabellio interroget,an perſona ſuſpecta. & an ſanus,an æger.ibid. 8.& 9
Interpretatio,quæ nos ad iuris regulas reducit,plauſibilis videri debet. 566.30
Interpretatio l.3.§.fin.ff.de lib.& poſthum.hered.inſtit. 488.12
Interpretatio l.penul. ff.de legat.1.ſecundum varios auctores.646.10
Interpretatio l.aufertur,ff.de iure fiſci.477.11.
Interpretatio l.vir vxori,ff.de dote prælegata.31.10
Interpretatio l.maximum vitium, §.ſancimus,C.de liber.præterit.61.103
Interpretatio l.vter ex fratribus, ff. de condit. inſtitut. 495.19
Interpretatio l.fideicommiſſa,§.hæc verba,ff de legat.3. 505.33
Interpretatio non eſt capienda, vt nouæ conſtitutiones Iuſtiniani ſuperfluæ dicantur.524.5
Interpretatio l.heredes, §. cum ita, ff. ad Senatuſconſultum Trebellianum,adiectis aliorum ſolutionibus. 585.6
Interpretatio l.ſi deportati,de legat.3.466.46
Interpretatio l.qui filium, § 1. ad SCtum Trebellian. 515.18
Interpretatio l.2.C.de inoffic.donat. ſecundum Cuiac. 297.18
Interpretatio in dubio ea facienda eſt, quæ nos culpa aut perfidia liberet.65.34
Interrogari an quis ſuper exceptione aduerſarii poſſit. 253.74
Interrogatio illa an admittenda ſit,quod quis corruptus ſit,vel pretio accepto teſtimonium ferat.253.67
Interrogatio alicuius, an teſtator ſe heredem inſtituere velit,non valet.367.19

Interro-

Digitized by Google

Interrogatorium, an quis ſit ſpurius, an conueniens ſit, 253.68
Interrogationes quæ receptæ videantur, ib.69
Interrogatoria vnde formanda ſint, & ratio. 253.52
Interrogatoria exhibita diligenter excutiet, & quę ſunt impertinentia, vel reſponſionem non mereantur reſecabit, 253.51
circa Interrogatoria an aliquid differentiæ ſit inter ius canonicum & ius ciuile, 253.57
Interrogatoria captioſa non admittenda cum exemplis, 253.72
Inuidia nulla eſt, ad patrem reuerti, quod ab eodem ꝑfectum eſt, 72.9
Imperator inuito patre beneficium impartiri non ſolet, 678.206
Inuocatio domini in omni inſtrumento publico deſideratur, 218.10
Iſidorũ diſt. 1. loqui de illo iure ciuili, quod liberos, qui erant in poteſtate, duntaxat vt ſuos ad ſucceſſionem admittebat, 459.28
Intentionem ſuam quiſque probare debet, 100.1
Iudex teſtes aures ipſius offendẽtes coercere põt, 189.3
Iudex competens etiam teſtes punire poterit, ib.4
Iudex competens quis intelligatur in cauſſa publicationis, 411.3
Iudex quo caſu litigantes extra prouinciam, ad fidem inſtrumentis imponendam mittere poſſit, 252.2
Iudex ſi certum tempus ad teſtes producendum cõſtituerit, an ſatis ſit, quod citra diſpoſitionem intra tẽpus iurat, 201.16
Iudex quid ſi terminum probationi præfixerit? ib.17
Si tempus conſtitutum ſit ad producendum teſtes & examinandum vtrumque impleri debere, ib.18
Idem ſi tempus deſignatum ſit ad probandum, & probatum habendum, ib.19
Iudex an alteri examen teſtium cõmittere poſſit, 252.6
Iudex pecuniam fœnebrem dare non poteſt, 51.4
An idem in perpetuo magiſtratu admittẽdum ſit, ib.5
An extraneis fœnebrem dare queat, ib.6
Quid ſi palam & bona fide illud faciat, ibid.7
Iudices & collectarii pecuniam fœnebrem in cauſſis ꝓhibitis exercentes, qua pœna puniantur, 51.9
Iudex ex officio teſtem ſemel approbatum poteſt reiicere, 191.26
Iudex ex circumſtãtiis ſtatuere poteſt, vt perſona principalis præſentiam ſui facere cogatur, 15.3
Iudex ex officio ſi pars id omiſerit interrogatoria concipere poteſt, 253.55
Iudex nõ prohibetur ab aliis teſtibus inquirere de vita & conditione alicuius ex conteſtibus, 253.62
Iudex quo caſu ipſos teſtes de criminibus propriis percontari poſſit, ib.63
Iudex etiam ob nimis inciuilem percontationem iniuriarum conueniri poteſt, ib.64
Iudici arbitrarium eſt, an iuramẽtum in cauſſa probationis allegati impedimẽti ſufficiat, an vero alia probatio requiratur? 254.105
Iudicialis auctoritas largitionibus contaminanda non eſt, 51.1
Iudiciorum vſus varia genera interrogationum induxit, generalia, præliminaria & ſpecialia, 253.58
Iuliani ſententia de commiſcendis duobus capitib. recepta eſt, 743.1
Iura ẽt publica, iuri gentiũ accepto ferẽda ſunt. 459.23
Iura, quæ tractum temporis habent, mutata cauſſa mutationem quoque recipiunt, 677.173
Iura negligentibus non ſubueniunt, 65.28
Iurandi forma quæ ſeruetur pro tribunali Spirẽſi, 174.4
Iurandum eſt per numen diuinum tactis ſacroſanctis Euangeliis. ib.5
Iurandum eſt ſuper tota çauſſa, de qua cõtrouerſia agitatur, 174.8
Iurare quis facto temere de alieno non cõpellitur, 13.6
Iuramenti in formula recte comprehendi, quod veritatem non ſit celaturus, propter dona, munera cõpendia, gratiam, odium, amicitiam, metum, 174.16
Iuramenti cõditio circa futura obſeruationem eius requirit, ib.8
Iuramentum ſemel delatum an & quando quis reuocare poſſit? 11.1
Iuramenti declaratio tacitam conditionem adiunctam habet, vt aut ſtatim præſtetur, aut ex interuallo, ſi nõ ſit mutata voluntas, ib.2
Iuramenti conditione deficiente, quomodo iudex ſententiam ferre potuerit, ib.3
Iuramentum qui poſtulat ab alio veritatis, prius de calumnia iurare debet, ib.1
Iuramentum hoc quibus perſonis remittatur? ib.2
Examinata lectio l.34.5. final. ff. de iureiur. ib.3
Iuramentum an in fine examinis præſtari poſſit, 174.21
Iuramenti forma quod teſtes præſtare ſolent, 253.79
Iuramentum an locum habeat, ſi quis in ſeruitutẽ vindicetur, cũ auctorib. & argumẽtis id aſſerentiũ, 8.1
Iuramenti religio non prodeſt, quæ ex conditione delata non eſt, 3.7
Iuramentum an actori deferendum, an vero reo eo caſu, quo actor ſemiplene intentionem ſuam probarit & reus exceptionem ſuam ſemiplene, 4.15
Iuramenti conçeptio quæ de iure iure ciuili locum habeat? 173.2
Iuramentum cum defertur, perſona domini exigitur, & rationes, 15.1
Iuramenti pars aduerſa neceſſitatem remittere poteſt, 174.18
Iuramentum temere, vbi timor periurii verſatur, deferendum non eſt, 13.8
Iuramentum recuſari poteſt, quando iurantis conditio hoc modo deterior reddi poſſit, ib.9
Iuramentum ſuppletorium locum non habet, in cauſſis magni præiudicii, 8.4
Intellectus l. fin. ſupr. de tranſact. ib.5
Iuramentum rite delatum recuſans, pro conuicto haberi ſolet. 13.1
Iuramentum aliud aſſertorium, aliud promiſſorium, cum deſcriptione, ib.9
Iuramẽti aſſertorii varia genera, calumniæ, malitię, purgationis, item deciſionis, ib.10.
Iuramentum deciſorium, aliud voluntarium, aliud neceſſarium, aliud autem iudiciale, ib.11
Iuramentum iudiciale quid differat a voluntario & neceſſario. ib.12
Iuramentum an ille recuſare poſſit, qui pecuniam debitam ſolus ſoluit, cum antea eandem ſolus accepiſſet, & ibidem excuſſæ variæ reſponſionis formulæ, ib.11
Iuramentum recuſari poteſt, ſi quis non iurauerit de calumnia, ib.12
Iuramentum ſi quis ſemel delatum reuocet, amplius id deferre inuito non poteſt, ib.13

Digitized by Google

Iure ipſo qui munitus eſt, ad inofficioſi querelam aſpirare non poteſt,50 1.8
Iure ciuili nihil certi conſtitutum, quando teſtes producendi ſint,252.18
Iuriſiurandi religio non prodeſt, quando res eſſet cum alieno damno quam deferentis coniuncta,5.6
Iuriſiurandi definitio ſecundum Hoſtienſem,1.5
alia definitio Weſenbecii & Cuiacii,ib.6
difficultas circa propoſitas definitiones,ib.7
Iuriſiurandi diuiſio,ib.8
Iuriſiurandi religio an contrahatur, etiamſi ſpecialis mentio Dei non fiat, ſed alia religionis verba interponantur,174.7
Iuriſiurandi religio omnib.teſtib.incutiẽda eſt,173.1
Iuris depoſitionem nõ ferre, vt quis ad petitionem aduerſæ partis ex teſte q̃rat vtrũ reus ſit alicuius publici criminis, veluti homicidii,adulterii,&c.253.65
Iuriſperiti eligendi, & quot numero,274.5
ſi inter partes hoc conueniat,etiam vnus ſufficere poteſt,ib.6
Ius fraternitatis natalib.vel adoptione cõtrahitur, non ſocietate,351.5
Ius ſemel exſtinctũ regulariter non inſtauratur,677.172
Ius fraternitatis ex mutua compotatione contrahi non poſſe & effectus huius conſiderationis,477.6
Ius diuinum,quod filius iuſtus duntaxat heres ſit,quomodo exaudiendum,678.224
Ius ciuile ex naturali ratione nonnullis teſtamenti factionem denegare poſſe,459.19
Ius ſui heredis per ſubſtituti dationem an tollatur,543.27
Ius etiam illa quę ſunt impoſſibilia fingit,ſi ęquitas hoc ſuadeat,24.11
Ius ſuccedendi in locum parentis & rũpendi teſtamentum auitum,an poſthumi nepotes habeant auctoritate legis Velleiæ,diuerſæ Dd.ſententiæ,739.4
Iuſtam ſententiam intelligi abſolutum arbitrium de omnibus rebus ſuis,383.15

L

LEx quando interpretatione ſua cõditionem tacitam conciliet,491.10
L. ſi pœnæ 19.§.1.ff de cond.indeb.dare condictionem quod aliquid negotii ſit geſtum,& facto interpoſito non ſit quod retineatur, 65.38
Lex Velleia cur ſit promulgata,737.3
Lex Velleia tũc demũ teſtamentũ rumpi vetat,quo nepotes in filiorũ locũ ſuccedẽtes inſtituti ſint,606.3
L.41.§.1.ff.de cond.indeb.item l.quod ſi nulla,60 ff.de leg.1.deferri condictionem incerti, quod interceſſit animus obligandi,65.39
Leges correctorię non reſpuunt illam interpretationẽ, quam eadem ratio natura ſui concedit,610.39
Lege effici non poteſt, vt is, qui nulla bona in ciuitate reliquit,heredes habeat,726.15
L.pater filium, an antiquata ſit per auth.ex teſtamento hoc tit 324.30
L.Velleia,etiam ad poſthumas pertinet a maſculis procreatas,732.10
L. commodiſſime,duntaxat in vno caſu,non autem altero corrigitur,645.6
Legari incertis perſonis & per conſequens ciuitatibus non potuit teſtamento,483.2
Legari ciuitatibus potuit,quę adornatum ipſius vel inſtructionem pertinerent,483.4
ciuitatibus ex noua conſtitutione Imperatoris Leonis indiſtincte Legari poteſt,483.5
Legata & fideicõmiſſa an collationis legi ſubiecta ſint, 344.3
Legata quomodo nutu relinqui poſſint,505.30
Legata aut fideicommiſſa non conferri,334.3
Legatarii morte ante impletam conditionem legatum quoque exſtinguitur,495.11
Legatum ſecundum cõditiones infra ſcriptas relictum non propterea vitiari, quod poſtea nullæ conditiones adiectæ ſint,511.1
qui non iudicio ſed fortuito caſu ad commodum hereditatis peruenit,Legato vel fideicommiſſo onerari non poteſt,505.361
Legatum conditionale euaneſcit, ſi conditio mere caſualis deficiat,495.22
Legata & fideicommiſſa an ſecundum iura hodierna,ſi filios mater per ignorantiam præterierit, præſtanda ſint,619.16
Legatum alicui adſcriptum, ſi monaſterium ingrediatur,an perimatur,ſi poſtea inde recedat,519.4
Legatum non perimitur, ſi teſtator deficiente cõditione,rem nihilominus relicturus erat,495.17
Legatum nihilominus debebitur,ſi facto vel culpa eius cuius intererat conditionem non implere quis impediatur,459.16
Legatum quod Auguſtæ relictum ſit, ea mortua cur exſpiret,367.4
Legato accepto an quis totum compenſare cogatur, argumenta in vtramque partem,481.4
Legatarios in teſtamento teſtes eſſe poſſe,185.7
Legatarius, qui peculium conſequitur tenetur in omnem euentum ad onera ſiue iure deductionis, ſiue cautionis,735.30
an Legatarius,ſi de ipſius legato dubitetur, teſtis eſſe poſſit,439.7
in Legitimatione filiorum etiam eorum conſenſus requiritur,678.211
Leges ſolent ſubuenire, vel non temere repugnare, vbi æquitas hoc ſuadet,72.18
Leges ita accipiendæ ſunt,vt aliquid controuerſi componant,65.36
Leges facilius ſuppletionem recipiũt, quam diſpoſitio priuatorum,676.76
Legem 12.tab. iuſgentium cõfirmando teſtamenta cõprobaſſe,nihil autem de nouo induxiſſe,459.20
Legitimatione omni in adhibendam eſſe cauſſæ cognitionem,679.249
Legitimus filius, auctoritate iuris diuini duntaxat heres ſit,678.189
Libellus alternatiuus procedit,ſi dubium ſit, quæ actio competat,729.12
Liberationẽ ad cõſequendam an ſufficere videatur, ꝙ quis pecuniam prohibitam inferre paratus ſit,34.17
Liberi ex conſuetudine inceſta, vtrum a Comite Palatino legitimari poſſint,679.254
Liberi non ſunt, qui contra formam humani generis conuerſo more procreantur,644.4
Liberis emancipatis munus collationis non obeſt, 324.1
Liberi viuo parẽte nullam certam ſpem hereditatis habent,678.221
Liberorum pronuntiatione quid contineatur,551.9
Liberum cuique eſt, vt innocentiam ſuam apud iudicem magis vigilantem oſtendat,228.6

Liberti

Digitized by Google

I N D E X.

Liberti ſtatus non mutatur ſi illum filium in teſtamento teſtator appellet,ſed tamen in cauſa dubię probationis illa res momentum habet,120.16

Libertus ſi putabat,ſe operas ex promiſſione debere,illas præſtitas repetere nequit,58.13

Libro mercatoris credendum mediocri in cauſſa,ſi cōditiones requiſitæ concurrant,105.34

Libri mercatorum an ſemiplenam fidem contineant, vt in ſupplementum quis iurare poſſit?105.28

Libris mercatorum,iudicis arbitrio committitur,an & quanta fides accommodanda ſit,105.31

Libri parochorum etiam ad probationem ætatis proſunt,116.14

Literæ quibus quis frater appellctur,ſi ad eum mittantur,qui in quaſi poſſeſſione eius iuris ſit,onus pbādi in eos qui contrarium aſſerant,reiicient,120.21

Locus ſubſtantialis quis dicatur,404.10

Locus,vbi quid geſtum aut contractum eſt,exprimendus,218.16 (677.137

Lucrū facilius aufertur, q̃ quod re ipſa iam partū erat,

M

Maieſtati Imperii dignam vocem, ſe legibus alligatum profiteri,393.1

Maſculis an maior portio relinquenda fuerit,quam fœminis,607.5

Malitia an ætatem ſupplere queat,364.9

Maſculinū genus regulariter concipit fœminū,647.48

Maſculini ſexus perſonas & agnatos antiquitus ſtudio propagandæ familiæ atque nominis filiabus præferri ſolitos,143.1

Mater cū alio ſi in adulterio miſceatur, an ſi infans natus mariti eſſe cenſeatur,125.11

Mercatorum libro quibus in caſibus innitendum ſit, ſi ſumma petita ſit magna,105.35

ſi rei euidētia aſſertionem Mercatoris cōmēdet, ib.36

ſi ex conſuetudine plena fides huiuſmodi libris adhibenda ſit,ib.37

Mater non auditur quę neget aliquem ex ſe cōceptum, quem antea pro filio agnouerat,120.17

Mater ſubſtitutum excludit,ſi coniecturæ hac lege cōprehenſæ concurrant,524.7

Mater a filiis ex noua conſtitutione Iuſtiniani omnino inſtituenda,575.38

Menſis & dies quoque comprehendendus,215.15

Mentis perturbatio per aliquot horas,aut dies contingens,non inducit hanc pſumtionem,vt in dubio intelligatur quid in alienatione mentis feciſſe,372.16

Metu compulſus ad promittendum, ſi is ſponte ſoluat amplius agere non poteſt,65.31

Miles quamuis filium legitima portione fraudare poſſit,non tamen in dubio id voluiſſe cenſetur,566.31

Milites citra expeditionum ſolemnitatem domi agentes,etiam teſtamētum ſolemne debent facere, 381.2

Miles deportatum inſtituere non prohibetur,459.38

Miles idemque filiusfamilias non pertinet ad Senatuſconſult.Macedonianum,292.10

Miles nedum intra tempora pubertatis,ſed etiam poſtea directe ſubſtituere poteſt,neque admittendam fideicommiſſi interpretationem, cum argumentis in hac cauſſa ponderatis,565.13

Militibus quare conceſſum ſit, vt adhibeant minorem numerum,399.16

Militarium varia eſſe genera.298.61

Minor viginti quinque annis, qui tamen pubes ſit, quod nullum cōtractum ſine tutore inſtituere poſſit,cum tamen teſtari queat,quid cauſſæ ſit,356.34

Mixta ſubſtitutio quid,542.10

Minor ſi dolo deceptus,teſtamentum fecerit,quid iuris ſit,364.15

Monachi quo caſu cū mortuis comparentur,676.83

Monachus an in teſtem adhiberi poſſit, pugnantes doctorum ſententiæ,186.5

Mortuo ſimilis eſt is,qui neq; ſcribere,neq; articulate loqui poſſit,452.2

quid ſit articulate loqui,452.3

Mortuo herede ſimpliciter inſtituto,vel illo remoto,is q ex certa re inſtitut' eſt,vt heres admittitur,484.21

Memorabilia quędam exempla mutorum & ſurdorum qui omnia aut pręcipua mentis cogitata perſcribere potuerint,aut per ſigna indubitata demonſtrare, & alios intelligere,375.5

an Miles mutus & ſurdus teſtamentum facere poſſit, ibid.6

Minor, qui teſtificata didicit in integrum reſtitui deſiderans,auditur,134.40

In teſtamentis non eſſe neceſſaria momēta verborum, 407.3

an Momentanea ſint in conſideratione,644.4.& 6

Mora ſemel exſecutione facta purgari nequit,495.8

Mulier ſi poſt mortem mariti ſui ſtatim nuptias contraxerit & deinde ſeptimo, nono aut decimo mēſe pariat, cui hic partus adſcribi debeat, diuerſæ doctorū ſententiæ,647.60

Mulieribus cur in ipſa interceſſione ſuccurratur,291.1

excuſſa ſententia quorundam Doctorum,an munera quæ ſponſæ ab amicis ipſius ſpōſi donata ſunt, cedant ſponſæ,338.9

an Mutus & ſurdus natura ad pias cauſſas teſtari poſſit, pugnantes Doctorum ſententiæ,375.8

an Mutus & ſurdus donare poſſit,376.15

an Mutus & ſurdus nutu relinquere legata & fideicōmiſſa queat,ib.16

vtroque vitio natura laborantem non poſſe,ib.17

quid ſi caſu vtramque facultatem amiſerit,ib.18

Mutum & ſurdum antiquitus non potuiſſe teſtamentum condere,quamuis caſu in huiuſmodi calamitatem incidiſſet,375.2

Mutus & ſurdus natura an a Principe impetrare poſſit, vt teſtari queat,diuerſæ Doctorum ſententiæ,ib.3

Matrimonio an iungi queat is,qui a natiuitate vtrumque vitium contraxit,376.10

N

Naturam mutui deſiderare,vt res in eadem bonitate reddatur,35.27

excuſſa multorum ſententia an in cauſſis criminalib' Negatiua probationem recipiat,145.19

Neceſſitas ibi nulla prætexi poteſt,vbi quis liberam habet alio modo inſtituendi facultatem,663.18

Neceſſitatis & periculi habenda ratio eſt,199.6

Neceſſitudinis verbum late patet, & complecti agnationem & cognationem,120.1

Negatiuæ an præterea alius modus ſit probādæ orationis,& quid in diſcuſſione obtineat,145 20

Negatiua infinita nullam probationem admittit, quā confeſſionis,ib.21

Negatiuæ orationis probandæ onus illi incumbit, qui fundamentum ſuæ intentionis in negatiua conſtituit,ib.22

Digitized by Google

Neotericorum ſententia tam multis, illiſq; diuerſis actionibus ſubuenientium, abſurda, 65.17
Nemo de titulo ſuæ poſſeſſionis docere cōpellit, 130.5
Nemo poſitione vti poteſt, q̄ ſemel negauerit, ib.6
Nemo ex ſuo delicto actionem aut liberationem nanciſci poteſt, 143.2
Nemo adeo obliuioſus cenſetur, vt proprii nominis non meminit, 488.2
exempla clariſſimorum virorum, qui memoria lapſi ſunt, vel in delirium inciderint, ib.3
Nepos quamuis in eū caſum inſtituatur quo filius heres non ſit, non propterea ſequitur idem teſtamentum ſine inſtitutione filii valere, 647.38
an Nepos iam natus, viuo patre ſuo ſed ab hoſtibus capto, recte inſtituatur. 741.1
Nepos qui poſt mortem aui & patris poſtquam is heres extiterit, genitus ſit, auo non agnaſcitur, 663.7
an Nepos generalib. verbis inſtitutus minime rumpat teſtamentum, ſi viuo patre ſuo, qui tamen mox ante teſtatorem decedat, naſcatur, 741.3
Nepotes & pronepotes in ſpem ſucceſſionis viuere, & propterea parenti meliorem fortunam inuidere nō debere, 677.153
Nepotem & pronepotem filio eo caſu præferēdos, quo de voluntate Principis non conſtaret, ſi is verbo indulgentiæ vſus eſſet, ib 153
Nepotē inſtitui poſſe ſub hac conditione, ſi pater ſuorum loco eſſe deſierit, 743.4
Nepotes, quorum parens iam rebus humanis exemtus eſt, an ſub conditione caſuali vel mixta inſtitui poſſint, 501.9
Nepotes iam nati an ſubſtitutum excludant, cum auctoribus, qui id defendant, 515.13
Nepoti ex iuſto matrimonio nato, vitium paternum, ꝙ ſpurius ſit, an in cauſſa ſucceſſionis noceat, 726.16
quæ dicta ſunt de Nepotibus, etiam locum habent in pronepotibus, 514.5
Nomen filiifamilias exſpectata morte parētis bonum nullo modo reddi, 284.2
Nomen Imperatoris in omnibus inſtrumētis publicis præponendum, 218.12
Nomina heredum in teſtamento nuncupatiuo voce ipſius teſtatoris exprimenda, 452.6
quod Noſtrum eſt ſine facto noſtro nobis auferri non debet, 679.239
Notarius adiunctus ex ſolo iuramento poteſt recuſari, 253.32
Negligentia notata noſtrorum doctorum, qui negent Francigenas filios ſuos in poteſtate habere, &c. 380.8
Notatio verbi poſtliminium, 938.6
Notæ quamuis in aliorum teſtamentis tollerentur, tamen in teſtamento inter liberos diuerſum eſt, 43 L.1
Nouationem plerunque per ſtipulationem contrahi, 26 23
Numerus teſtium videtur eſſe de forma ſubſtantiali ipſius teſtamenti, 406.2
Numerum pluralem aliquando in ſingularem reſolui contra regulam generalem, 726.12
Numerum minorem teſtium vitiare teſtamentum q̄uis aliqui vi aut dolo prohibiti ſint venire, 399.19
an Numerus minor teſtium tempore contagioſo ſufficiat, 399.9
Numerus ſolemnis teſtiū reſcripto vel priuilegio Principis ita minui poteſt, vt duo ſufficiant, 402.4
Numerus auctoritate contrariæ legis ſolemnis minui poteſt, 417.21
priuilegio Imperatoris etiam hoc inducitur, ib.22
conſuetudine eo rem reuocari poſſe, ib.23
legem municipalem etiam ad hoc proficere ſecūdum multos, ib.24
Nuptiæ an iure Canonico cum conſobrino contrahi poſſint, 499.4

O

Obiiciens teſtem eſſe facinoris ſocium, an de ſe cōfiteri videatur, 186.9
Obligatio indiuidua non redditur, ꝙ plures diuerſas obligationes in vno inſtrumento ſcripſerint, 34.2
Obligatio re contracta, an excedere fines rei poſſit, quę ad aliquem peruenerit, 24.4
Obligatio naturalis an aequiratur patri, an vero patri & filio diuerſæ ſententiæ, 72.6
Obligatio quotiens concepta eſt ſub certa ſpecie monetæ, quæ in ſua forma reſtituenda ſit, non tenetur creditor aliam accipere, 35.33
Obligatio peculiaris aditione non extinguitur, & ratio, 72.3
Obligatio ciuilis ſola ad ius retētionis nō ſufficit, 72.35
Obligationem naturalem ex cauſſa ſucceſſionis per cōfuſionem tolli, ſecundū receptam ſententiam, 72.25
Obligatio naſcitur inter patrem & filium, ſi alter ꝓ altero ſoluerit, 315.19
an monſtrū occidens ratione homicidii teneatur 644.5
Officiū ſuum nemini damnoſum eſſe debet, 100.7
Officium illorum, qui doctrina excellant, 31.50
Omittēs exceptionem qua ſe tueri poterat, non habet euictionis actionem, 65.25
Onus fideicommiſſi quis in dubio irrogare non videtur, 505.24
Oratio diſiunctiua quare in noſtra lege in coniunctiuam reſoluatur, 505 4
Oratio per dictionē, vel, per modū conditionis prolata, an ſit coniunctiua an vero diſiunctiua, 505.2
Oratio indefinita ab homine prolata quando obtineat vim vniuerſalis enuntiationis, 174.10
Oratio negatiua maiorem vim habet quam affirmatiua, 65.14
Oratio negatiua quæ facti ſit, ex circumſtantiis definiri poteſt, 145.12
in Oratione ambigua nō omnia dicimus, ſed id accipiēdū eſt, ꝙ rei de qua quæratur, magis conueniat, 383.11
Oratio quando coniuncta in diſiunctiuam reſoluatur, 663.19
in feudis habetur ratio ordinis, propter naturam ipſius feudi, ib.20
Oratio negatiua eſt duplex, iuris & facti, 145.9
Orationem inter coniunctam & diſiunctam differentia, 663.14
Oppignorationes contra ſtudioſos locum non habent, etiamſi agatur de debito alienæ prouinciæ, 81.55
an illud locum habeat iudicio iam cœpto, ib.56
ſpecialia in cauſſa oppignorationis fauore ſtudioſorū, ib.57
Ordo neglectus vitiat diſpoſitionem, ſi ſubſtantialis ſit, 443.5
Ordo affectionis tunc demum in cōſideratione eſt cū oratio teſtatoris ambigua deprehenditur, 663.16
Ordinis ratio habetur, ſi quis aliquem & eius heredes inſtituat, ib.13

Digitized by Google

INDEX.

P

PArens an naturalibus liberis ad exemplum ſubſtituere poſſit,575.6
Parens cum extraneum inſtituendo agnatos excludere potuerit, non prohibetur idem facere filium naturalem inſtituendo,678.182
an Parens, qui filium inſtituere debet, aut exheredare, exheredationis verbo tanquam formali aſtrictus videatur,606.2
Paragraphus noſter de officio interpretis intelligendus,quo ex ſententia legis Velleię alios caſus ad ſimilitudinem ſuppleat,676.87
Parens filiũ amplius exheredare nõ poteſt,relicta quarta portione iure legati,vel fideicommiſſi,609.2
Parens an teſtamẽtum coram ſolemni numero ſeptem teſtium conditum in non ſolemni voluntate tollere poſſit,432.6
Parentes an certos filios furioſi eligere poſſint in ſubſtituendo excluſis ceteris,575.29
Parentibus non minus pie cõſulendum eſt,turbato ordine mortalitatis,quam liberis,566.29
Parentibus antiquis filii ſine diſtinctione mox vt procedebant,fiebant legitimi,678.185
Parentum pronuntiatione qui contineantur,575.19
ex particularibus nihil recte infertur,619.20
Partus conditionem matris ſequitur,118.
Partum iuſtum non videri qui vndecimo menſe aut vlteriori tempore edatur,647.58
Partus quo tẽpore patris aut matris ſimilitudinem induere,aut adulterium demonſtrare ſoleat,ib.64
Pater an inuitus cogi poſſit,vt filium in ſtudiis alat,maxime ſi cœperit eius voluntate ſtudere,288.7
Pater non cogitur nepotem vna cum filio heredem inſtituere,663.17
Pater adoptando filium naturalem agnatos antea excludere poterat,678.184
Pater an filios inſtituẽdo illum quoq; inſtituere videatur,quem ſe habere neſciat,674.18
Pater an filio legitimato plus relinquere poſſit, quam liberis iuſto matrimonio quæſitis,678.215
Pater ſi pecuniam indebite ſolutam in alendis liberis conſumſerit,an illi teneantur,59.32
Pater filium adoptando,vel arrogando ſpem legitimorum filiorum minuere poteſt,678.220
repetitio regulæ ſupra propoſitæ & exceptionis, quod pater inter liberos,etiam coram duobus teſtibus teſtari poſſit,424.1
Pater an filio impuberi & dementi ad exemplum ſubſtituere queat,575.10
Pater ſi filio certam pecuniæ quantitatem dederit, vt negotiationem exerceret,& filius emolumentũ ſenſerit,cui hoc debeatur filio,an parenti,345.9
Pater filium amplius præterire non poteſt,609.3
Pater ne quis eſſe intelligatur, quot menſium abſentia requiratur,125.15
quid ſi maritus pro valetudine cum vxore cõmercium habere non potuerit,ib.16
Pater quamuis filium proprium ſubſtituat, tamen non intelligitur excludere alterius filii liberos,514.7
Pater an ſubſtituere poſſit, quãuis integram legitimam dementi filio non reliquerit, cum doctoribus & argumentis negatiuæ ſententiæ,575.41
Pater an in dubio merita conſideraſſe videatur,an vero ſanguinis neceſſitudinem,336.7
Pater in dubio non videtur filium nimis multis legatis onerare voluiſſe,619.21
Pater in teſtamento filii militis de peculio Caſtrenſi teſtantis teſtis eſſe poteſt & ratio,164.18.
Parentis teſtimonium non reſpuitur, ſi tractetur de ætate filiorum,ib.19
idem ſi tractetur de matrimonio ex cauſſa ſanguinis impediendo,ib.20
Patris aut filii teſtimonium,an admittendum ſit,quando illis nullum commodum acquiritur,164.21
Pater aut filius quomodo nullum compendium ſentire videantur,ib.22
Pater ex contractu mutui, ne quidem de peculio tenetur,291.1
Pater ex debito filii nõ tenetur,niſi peculio tenus,34.20
Pater teſtamentum pro filio faciens eius matrem excludere poteſt,524.8
Pater ex contractu filii debitor non redditur & quare,572.14
Pater contemplatione peculii extraneo etiam ciuiliter obligatur,ib.15
Pater ad exemplum ſubſtituens matrẽ dementis pterire non poteſt contra multos interpretes,575.35
Patre mortuo ante aditam hereditatem, an filii ex ſubſtitutione ſuccedant,ardua quæſtio, cum deciſione auctoris,505.19
Peculium nomen generale eſt, & commoda & incommoda complectitur, & per conſequens etiam æs alienum coniunctum habet,73.28
Pecunia certo loco definita, ſi perierit, heredis obligatio exſtinguitur,34.23
Pecunia, quæ poſtea cudatur, ſi inferior ſit, & ratione bonitatis,&pretii,creditor illam accipere non compellitur,35.41
Pecunia ſi conſtet eodem pondere & materia, æſtimatio tamen vel augeatur, vel minuatur ante moram debitoris,illud nocet,& prodeſt creditori, ſecũdum plurimos,ib.42
Pecunia non vnde originem habeat, ſed cuius nomine illa ſoluta eſt,ſpectare debemus,22.2
Pecunia argentea an pro aurea, vel contra ſolui poſſit, 35.35
Pecunia numerata non vnde originem habeat,ſpectamus,ſed cuius nomine illa numerata ſit,32.1
Pecuniæ lucro,cõcordia maritalis pręferenda eſt,504.2
Pecuniam meam,qui ſuo nomine erogauit, quibus remediis illum compellere poſſum ad cedendam actionem,22.4
Pecuniam mutuam qui accepit,obligatur,&propterea deſiderare non poteſt, vt cum alio, cui eandem mutuo dedit,experiatur,51.1
Pecuniã qui mutuo accepit,de dominio non tranſlato an excipere poſſit,32.3
Peierans per Deum, diuinum numen fallere non poteſt,Principem poteſt,4.3
Peregrinos duplici in ſignificatione accipiendos,vt extorres & extraneos,459.13
Periculum vbi maius intercedit,ibidem cautius agendum,52.2
Periti iurare coguntur,&qua forma,274.7
Periti in arte non iurant,niſi de illo,quod credant,174.20
Periti ſingulos characteres & ductus bene conſiderare debent,274.9
Peritia in omni commiſſario requiritur,253.36
Perſeuerare quis cenſetur in ea voluntate, quã ſemel expromſit,445.1

Digitized by Google

INDEX.

Perſona locum condictioni indebiti facere poteſt, ſi pupillus, furioſus, fœmina in cauſſa fideiuſſionis, 58.8
Perſonæ domeſticæ de furto ſuſpectæ videntur, 142.3
Perſonæ conditio ſæpe efficit, vt iuramentum recuſari poſſit, vt pupilli, furioſi, &c. ſiue deferentis, ſiue præſtare debentis perſonam ſpectemus, 13.2
Petens reſtitutionem in integrum ratione ætatis, de illa probare debet, 116.1
Pignus qui dederit in ſolidum, an videatur obligationem agnouiſſe, an vero pignore tenus, 286.8
Platea & domus an præter ciuitatem deſignandæ ſint, 219.18
Poſſeſſio non prodeſt, qñ initium vitioſum eſt, 129.6
Pœna extraordinaria quem a iudice ordinario non liberat, 189.7
Pœnas qui extra ordinem dedit, an ordinaria pœna legis Corneliæ de falſis puniri poſſit, ib. 8
Pœnali ex conuentione nemo ad matrimonii legẽ obſtringi poteſt, 499.1
ex poſſeſſione, quem dominum præſumi cum Placentino, 102.2
Poſſeſſione amiſſa etiam actionem nonnunquam dari, ſi id ratio ſuadeat, 65.16
Poſſeſſione amiſſa dari actionem ratione impenſarum ex æquitate ſecundum Martinum, 65.4
Poſſeſſione amiſſa quare quis cõdictionem incerti habeat, l. qui exceptionem, 40. §. ſi pars, ff. de condict. indeb. 65.31
an ceſſante cauſſa quaſi poſſeſſionis nominatio aliquid præiudicii inferat, 120.26
qui transfert poſſeſſionem, quam non debebat, aut in cauſſa, in qua iure compelli non poterat, facit aliquid accipientis, 65.46
Poſſeſſio violenta non præſtat alicui ab onere probationis releuationem, 129.1.
Poſſeſſionem rei debitæ qui ſciens & prudens transfert, licet accipientis aliquid facere videatur, tamen non id transfert, quod condictionem pariat, 65.47
Poſſeſſor omiſſa retentione rem tradens amplius non auditur, ib. 21
Poſthumi quot modis dicantur, 638.20
Poſthumi nepotes, an ante formulam a Gallo compoſitam, inſtitui potuerint, 646.2
Poſthumis alienis an legari antiquitus potuerit, 645.16
Poſthumi quamuis non ſint ſui, tamen illis cõferẽdum eſt, & ratio, 353.1
in Poſthumis maſculis aliud iuris, aliud vero in fœminis fuiſſe, 607.4
Poſthumus an vt præteritus rumpat teſtamentum, diſtinguendum, vtrum teſtamentum oppugnauerit, an minus, 644.8
Poſthumi nepotes vel poſthumi alieni iure prætorio ante formulam Galli inſtitui an potuerint, 647.40
Poſthumus præteritus, & poſtea natus rumpit teſtamentum, quamuis nulla voce emiſſa poſtea deceſſerit, 644.1
Poſthumus alienus ante tempora Iuſtinani iure ciuili non potuit heres inſtitui, 663.5
Poſtliminium non reſtituit, niſi illa iura, quæ quis antea habuit, 729.3
Poteſtas inſtrumenta tranſſumendi ſub communi forma non intelligitur comprehenſa, 553.83
Prænomen quid apud Romanos ſit, cognomen & agnomen, multis exemplis illuſtratum, 393.4
Præpoſteri vitiũ primo a Leone Imperatore in dotib', & nunc a Iuſtiniano generaliter ſublatum eſſe, 444.2
Prærogatiua quam filii habebant, nouella conſtitutione ſublata eſt, 343.4
Præſumitur pro actu qui iam debitam formam habeat, 116.7
Poſt adhibitam cauſſę cognitionem pro actu pręſumitur, ib. 8
an Præſumtio, quod is, qui proprium nomen ignoret, ſanæ mentis non ſit, probationem recipiat in contrarium, 488.4
quid obtineat, ſi pater filii ſui, vel contra filius patris nomen memoria non teneat, ib. 5
Præſumtio, quod ex marito, nõ adultero natus ſit, quibus probationibus, aut præſumtionibus eneruetur, 125.14
Præſumtio quæ ex Epiſtola naſcitur, per aliam pręſumtionem elidi poteſt, 120.13
Præſumtionibus an locus ſit, ſi Iudex ex reſcripto, quid facere iuſſus ſit, ſi probaſſet, 95.24
cauſſa quare prætor bonorum poſſeſſionem in rem emancipatorum filiorum introduxerit, 295.2
quare idem Prætor ius collationis poſtea inuexerit, ib. 3
Prætor nepotes ex fœminis deſcendentes non vocauit ad ſucceſſionẽ eo iure & gradu, quo illos, qui ex maſculis progeniti erant, 607.10
Princeps ẽt in contractib. iure priuati vti ſolet, 593.3
Princeps non intelligitur facile aliquid indulgere cum præiudicio alieno, 677.103
Princeps, ſi de volũtate patris nõ appareat an ex abſoluta poteſtate hoc beneficii impartiri poſſit, 678.197
Princeps cum præiudicio agnatorum filios naturales legitimos efficere poteſt, 677.180
Princeps quæ iura remittere poſſit, 403.5
Princeps an per ſuos ſubditos etiam illa probare poſſit, quæ in diuerſis regionibus aguntur, 160.14
Princeps ius ex interpretatione legis exſtinctum reſuſcitare poteſt, 677.142
Pronepos aut nepos quare cum ſuo patre coniunguntur cauſſæ, 676.94
Poſſeſſio bonorum contra tabulas, an pronepote inſtituto nepoti deferatur, diuerſæ doctorum ſententiæ, 676.95
Principis beneficium quando pleniſſimam interpretationem recipere dicatur, 677.174
Principis auctoritatem non efficere, quo minus teſtamentum reuocari poſſit, 412.17.
Princeps propterea ſibi ius legitimandi reſeruat, vt ponderatis deſiderii paterni meritis, & aliis circumſtantiis ſecum conſtituere poſſit, an voluntati ipſius an minus parendum ſit, 678.191 677.148
Princeps ex iuſta cauſſa illud facere non prohibetur,
Princeps ea, quæ ſunt iuris ciuilis, mutare poteſt, ib. 136
Princeps ex abſoluta poteſtate cõtrarium ſtatuere põt, vt teſtes cognitis teſtimoniis audiri poſſint, 135.58
Priuatio præſupponit habitum, 188.4
Priuatæ rationes, qñ fidem impetrare dicantur, 115.1
Priuilegium an ſit, quod quis venire, & ſecure habitare poſſit, 80.36
Priuilegia cũ iniuria aliena cõcedi non ſolent, 565.15
Priuilegia quod ſtricte interpretanda ſint, quomodo hoc intelligendum, 80.35
Priuilegia ſcholarib. indulta, an ẽt aliis ſcholis competant, q̃ Gymnaſiis ex priuilegio approbatis, 80.16

Pro-

Digitized by Google

Probandi duo genera ſecundum Duarenum, teſtes & inſtrumenta, 95.14
Probatio quid ſecundum Accurſium, ib.2
difficultates & varia argumenta contra diffinitionem, ib.3
Probationes, quotieſcunque concurrunt duæ correctę tunc minor probatio cedet pleniori, 174.39
Probationis inartificialis quot ſint ſpecies ſecundum Ariſtotelem, 95.10
Probationem omnẽ concludentem eſſe debere, 118.1
Probatio exactior in criminalibus quare neceſſaria ſit, 152.1
Probatio ætatis illi incumbit, qui fundamentum intentionis ſuæ in ætate conſtituit, 116.5
Probatio ſemiplena ad illum gradum aſſurgere nõ poteſt, vt probatio dici debeat, 95.16
Probatio impertinens regulariter repudiatur, 132.1
Probationis cauſſa quando commodiſſime ſuſcipi videatur, 252.21
Probatio quibus ex cauſſis acceleranda aliquando ſit, ibid.22
Probationes ſemiplenæ an coniungi poſſint, 741.10
Probationi ante litem conteſtatã regulariter locus non eſt, & rationes conſideratæ, 252.19
Probationem contrariam admittendam eſſe, quamuis tempore elapſo, quis ex L. municipali pro confeſſo habeatur, 352.16
Procurator ſemper mandati actionẽ contra dominum habet, 48.4
Procurator & defenſor regularirer compelli non poteſt, vt iuret, ib.1
nedum ab his, quibus legati compẽdium relinquimus, ſed etiam ab ipſorũ tutorib. relinquere poſſumus, 8.2
Procurator ſi indebitum ſoluerit, quis repetitionem habeat, 59.28
Prodigus quoque teſtamentum facere non poteſt, 372.7
Proteſtatio hęc an in producenda ſcriptura priuata ſuffragetur, quod eandem producat in quantum pro illo faciat, & non aliter, 229.7
Productio ſola an ſine examinatione vel publicatione ſufficiat, 191.3
quid ſi nominatio duntaxat interuenerit, ib.4
Profeſſio quid ſit ex Capitolino, 125.3
Prohibitio expreſſa teſtatoris ius accreſcendi impedit, 483.12
Promiſſio heredis teſtamentum minus ſolemne confirmat, 418.33
Pronepos cum parente emancipato in cauſſa ſuccesſioni coniungitur, 676.113
Pronuntiatione heredis fidicommiſſarius proprie non continetur, 827.21
Proprium Imperii eſt, legibus viuere, & conſequenter ex imperfecto teſtamento nihil vindicare, 393.2
Protocollum quid, 244.14
Publicianam inſtituere non prohibetur, qui in rei vindicatione ſuccubuit, 102.3
Pubertatem veteres ex habitu corporis definiuerunt, 364.2
Pubertatem quare ex annis metiamur, & cur in fœminis reciſius tempus conſtituatur, 364.5
Pubes teſtamentum facere poteſt, ſine diſtinctione, an curatorem habeat, an minus, 364
Publicatio inter diuerſas perſonas facta, non impedit nouam productionem, 134.46
Pupillus mutuo pecuniam accipiẽs, an naturaliter obligetur, diligenter excuſſum cum diſſolutione pugnantium, 58.18
Pupillus iuramentum deferendo, cauſſam deteriorem facere non poteſt, 8.1
Pupillus nullam rerum ſuarum adminiſtrationem habet, ib.2
Pupillus cur mortis cauſſa donare nequeat, 856.3
Publicari teſtamenta quare debeant ratio, 441.1
Publicationem tabellionis ſufficere qui putant, cœlo errant toto, 411.4
Purgatio moræ in conditione poteſtatiua an admittatur, 495.6

R

Ratihabitio mandato regulariter cõparatur, 292.2
Ratihabitio patris impedit Senatuſcõſultum Macedonianum, 292.1
Ratio, quod minor 25. annis adminiſtrare ſua nequeat, & tamen teſtamentum facere poſſit, 364.14
Ratio quod parens filios inſtituere vel exheredare cogatur, 602.2
Rationes contra ſcribententem probant, ſi illas quis agnoſcat, 105.19.
Rationes tutorum & curatorum an plenam fidem obtineant, cum diſtinctione Baldi, ib.23
Recognitio inſtrumenti ab aduerſario facta ſufficit, 279.5
Recognitio tacita an ſufficiat, diuerſæ Doctorum ſententiæ, 279.6
Rector recuſari non poteſt, 81.61
Rectori & vniuerſitati ſi concedatur poteſtas eligendi tabellionem, an vox Rectoris tantum poſſit, quantum totius vniuerſitatis, 599.4
Redigere in mundum quid, 244.15
Regula iuris antiqui heredem heredis, teſtatoris quoq; heredem videri multis exemplis illuſtrata, 488.7
Regula, qui vult conſequens, vult omne neceſſarium antecedens, non procedit, quando certa forma expreſſa eſt. 676.82
Regula vbi in contrarium vrget, ibi ab exceptionib. argumentari non poſſumus, 663.15
Regulæ declaratio, quod verba potius in directa ſignificatione accipienda ſint, 566.34
Relationem eſſe vitioſam tabellionis aut commiſſarii, qui vnum teſtem ita ſcripſiſſe cõmemorat vt alium, conſuetudine tamen quorundam locorum id inualuiſſe videri, 215.11
in Relatiuis vbi eadem ratio eſt, idem ius quoq; defendi debet, 80.25
Relegati teſtamentum facere poſſunt, 459.39
an in cauſſis criminalibus, ſi teſtes in alienæ iuriſdictionis Regione morentur, remiſſioni locus ſit, 252.13
in cauſſis criminalibus remiſſio locum non habet, ſed teſtes ab ipſo iudice audiendi. 252.3
Renuntiare poteſt quilibet iuri ſuo, 72.11
Repetere an poſſit mutuo acceptum quod frater fratri, qui erat in eiuſdẽ patris poteſtate, poſt mortem ſoluit, 58.16
Repeti non poſſunt, quæ pietatis opinione ſoluta ſunt, quamuis indebita, 2.17
Repetita ſæpe non temere, ſed conſiderate videntur facta, 65.21
Reſiduum debiti cum teſtator legat, intuemur tempus teſtamenti, 471.9

de verbo Reſidui quæ dicta ſunt, eadem etiam locum habet in dictione hoc amplius, ceterorum reliquorum, 471.9
Reſpondens ad interrogationem alicuius, an recte inſtituiſſe videatur, 452.7
Reſtitutus a Principe poſt mortem teſtatoris, an recuperet bona iā nepoti aut pronepoti quæſita, 477.143
Reſtitutus ex beneficio Principis an confugere debeat ad remedium prætorium, an vero ius ciuile ipſi patrocinetur, 6 7.140 (297.16
Res a patre filio donata, an peculio adſcribenda ſit,
Res quæq; ex conſummatione nomen & formam accipit, 643.2
Res legata legatario cum effectu non acquiritur, antequam legatum agnouerit, 484.18
Reus an propter qualitatem accuſationis non probatam abſolui poſſit cum dubitandi cauſſis, 10 2.4
Regulariter quem abſolui, ib.5
Reus de exceptione ſua docere cogitur. 100.1
an ſi accuſator ſuam accuſationem impleuerit, & reus defenſionem per totidem teſtes, licet inferiores dignitate abſoluendus ſit reus, 174.35
Reus poſſidens ipſa poſſeſſione ſatis munitus videtur, 130.4
ſi Reus teſtes ab actore productos pro ſe interrogari curauerit, & ita abſolutus ſit, an repellere eoſdem in alia cauſſa poſſit, 195.5
Reus eoſdem teſtes in eadem cauſſa producere poteſt, contra Donellum, ib.6
ſi Reus per duos aut tres teſtes conuictus ſit, condēnatur ex conſtitutione criminali Imperatoris Caroli, 174.41
quid iuris in cauſſa condemnationis, ſi accuſator duos teſtes, reus in cauſſa innocentiæ vel defenſionis, vnū duntaxat haberet, ib.42
ſi actor duos teſtes clericos produceret, reus laicos quid eo caſu probandum eſſet, ib.43
Rei duo pacto quopromittendi fiunt, eodem modo etiam duo rei ſtipulandi, 34.1

S

SCæuola longo temporis ſpatio ante Tryphoniū, Papinianum & Paulum vixit, 324.28
an nuda Schedula parentis ſecundum formam authēticæ, quod ſine conſcripta, abſque teſtium adminiculo valeat, diuerſæ Doctorum ſententiæ, 424.15
ſi Scheda alterius manu conſcripta ſit, quam pater aut mater ſubſcripſerint, quid iuris, ib.16
Scholares quaſi Caſtrēſe peculium non habere, 298.41
an Scholarium appellatione, etiam profeſſores contineantur, 80.23
Scholares nemo recte dicit, niſi nomen ipſius matriculæ vniuerſitatis adſcriptum ſit, 80.7
Scholarium appellatione qui contineantur, 80.6
cytharedi, laniſtæ, præſultores, Scholarium loco habendi non ſunt, ib.17
cur Scholarium nuntii ad priuilegia ſtudioſorum admittantur, ib.28
an idem in famulis quoque admittendum ſit, ib.29
an tabelliones, aut notarii vniuerſitatis in ea conditione ſint, ib.30
ſi Scriptura priuata etiam ſigilli adminiculum habeat, plenam fidem impetrabit, 104.14
quid, ſi neget, ſigillum ſe permittente adiectum fuiſſe, ponderatæ diuerſæ Doctorum ſententiæ, ib.15
ſi Scriptura priuata nullum adminiculum habeat, neq; comparationis, neque teſtium, ne ſemiplenam quidem fidem obtinebit, ib.16
Scripturarum appellatione quid contineatur, 229.2
quid appellatione Schædæ contineatur, 244.13
a teſtibus ſcripturæ fides imponēda, ad minus duobus, 274.4
triplex priuatæ ſcripturæ diuiſio. 104.3
Scriptura priuata, quam quis agnoſcit, fidem plenam impetrat, 104.4
Scripturas diuerſas fidem inuicem ſibi derogantes, ab vna eademque parte prolatas nihil firmitatis habere, 229.1
ſi pater, vt pecunia mutuo daretur, conſenſerit, non eſt locus Senatuſconſulto Maced. 286.3
ſi pecuniam mutuo ſumtam, in rem patris conuerterit, hoc beneficium quoque denegabitur ibid.4
Idem ſi tantam quantitatem quis ſuppeditauerit, quā paterna pietas non recuſaret. ibid.6
Senatuſconſ. Macedon. remedium ceſſat, ſi ad cauſſam neceſſariam pecunia mutuo data ſit, 288.11
Senatuſconſ. Macedon. an procedat, ſi quis patre inuito ad Academiam profectus ſit, 288.4
Senatuſconſulto Macedoniano an renuntiari poſſit, 292.9
an Senectus vel valetudo teſtamenti factionem adimant, 556.1
Sententia capitalis ex ſuſpicionibus ferenda non eſt, 150.2.
Sententia pro teſtamento, libertate dote, eccleſia, in dubio proferenda eſt, 174.45
in re ambigua atque perplexa plerunque Sententiam amplectimur benigniorem, 472.2
non poſſe quem ſeparare, quę certa ratione per ſcripturam coniuncta ſint, 105.44
Sepultura an diſtincte illis denegari debeat, qui mortem ſibi conſciuerint, 352.22
Sequeſtratio locum habet, ſi quis ſe contumaciter abſentet, 54.14
Sequeſtrationis duo ſunt genera, voluntarium & neceſſarium, primum permiſſum, alterum regulariter prohibitum cenſetur, 54.2
caſus nonnulli, in quibus ſequeſtratio permiſſa ſit, & primo, ſi de re mobili controuerſia, & perſona ſuſpecta ſit. ib.3
quando iudex ad ſequeſtrationis conſilium procedere poſſit, 54.12
ſi quis prouocet ab exſecutione ſententiæ, per ſequeſtrationem periculo occurritur, ib.13
ſi timor ſit, ne debitor res controuerſas profundat, admittitur ſequeſtratio, & an id dilapidatio fructuum impetrare poſſit, 54.8
propter contumaciam non cauētis permittitur ſequeſtratio, ib.9
Sequeſtratio in quibus permiſſa videatur caſib. 54.15
quamuis ſequeſtratio regulariter prohibita ſit, non tamen idem probatur in deſcriptione, ib.16
Sermo generalis generaliter accipi debet, 524.11
Serui ad perhibendum teſtimonium idonei non ſunt, & cauſſæ, 186.2
cur Serui ad teſtamentum admitti non ſoleant, 386.8
Seruus naturaliter obligatur, & ſolutum a ſe manumiſſo, repetere non poteſt, 58.11
Seruus quare teſtandi ius non habeat, 459.21

Seruis

Digitized by Google

Serui & hæretici nullum priuilegium, quare audiendi non ſint habent, 164.16
Sigillum contractui ſciens vel cauſſa approbandi adiiciens, ſibi præiudicat,50.6
Signum vniuerſale reſtrictionem recipere, ſi de contraria voluntate appareat, vel aliqua abſurditas huiuſmodi interpretationem conſecutura ſit,344.6
Simulata pro infectis haberi ſolent,24.13
Simulatio omnis, vel ex parte vnius contrahitur, vel vtriuſque, cum exemplis,281.20
Simultas ſiue inimicitiæ, quæ poſtea interceſſerint, eleuat teſtimonii auctoritatem, 191.15
Socii & participes criminis a teſtimonio repelluntur, 186.6
an Socius ad exonerationē ſocii in crimine audiri poſſit, diuerſæ Doctorum ſententiæ,186.7
Solemnitas quando pactis priuatorum tolli poſſit, aut minus,214.3 (417.30
in piis cauſſis teſtamenti Solemnitas non conſideratur,
in omnibus ditionibus, quæ Pontifici parent, ſufficit parochus cum duobus teſtibus,ib.31
Solemnitas tangendi ſacroſancta Dei Euangelia, conſuetudine remitti poteſt, 174.6
Solemnitas, quæ in hac publicatione requiratur,ib.2
Solemnitas nuncupandi hæredis, an etiam in teſtamēto nuncupatiuo ſublata videatur,545.1
Solemnitas teſtamenti non verſatur arbitrio teſtantis.389.9
Solemnitas c. præſentium, de teſtib. in 6. non vſque quaq; obſeruatur.263,50
Solon non fuit primus auctor teſtamenti, ſed ille, quod iuris gentium erat, legis auctoritate confirmauit, 459.31
Solutio vnius ex pluribus, qui in ſolidum obligati ſunt, & reliquos liberat,24.7
Solutionem obiiciēs, an fateri intentionem aduerſarii videatur,100.3
ſi quis in epiſtola aliquam ſororem nominet, an id ſufficiat ad probationis contrariæ onus ipſi iniungendum, 129.9
Species vtriuſque conſenſu æſtimata poteſt conuerti in cauſſam mutui,32.1
an ſtatuta, vel leges municipales auctoritate Rectoris, vel Principis confirmata, ſine cōſenſu ipſius reſcindi poſſint,412.18
apud quem Studioſus conueniri poſſit,81.58
intellectus horum verborum apud dominum, vel magiſtrum ſtudioſi, vel Epiſcopum ciuitatis,ib.59
ſi Studioſus merces munificas cum ſuis rebus commiſceat, an deprehēſus omnibus rebus mulctari poſſit, an vero quæ vectigali obnoxiæ erant,80.44
an Studioſi cenſendi ſint, qui lectiones non frequentant,ib.9
cauſſæ, quod Studioſi & Profeſſores Rectorem Vniuerſitatis vbique bene conſtituant,81.62
Studioſi nullum portorium, aut vectigal ſoluere coguntur,80.38
an Studioſus etiam a nudo profeſſionis facto, vt ſcilicet ſua indicet, liber ſit,ib.40
Studioſis, qui in ſua patria ſtudiis inuigilant, an priuilegia deneganda ſint, cum auctoribus, qui hoc defendant,ib.20
Studioſi an omiſſo medio, ad Imperatorem prouocare poſſint, diuerſæ Doctorum ſententiæ,81.52
diſtinctio auctoris,ib.53
tres cauſſæ, quare ſtudioſi ante ceteros beneficiis ornādi,ib.54
Subditis minor fides in cauſſa teſtimonii accommodatur, 160.17
Subſcriptio tantum valet, atque ſi ſi quis totum inſtrumentum manu propria ſcripſiſſet,50.5
qui ſe tanquam teſtem ſubſcribit, non obligatur propterea,10.1
ſi ſe ſimpliciter ſubſcribat & fideiuſſor ſit, obſtringitur, ib.2
an ſi poſt multa inſtrumenta vna Subſcriptio tabellionis ſubiiciatur, illud ſufficiat pro confirmatione omnium,34.3
Suffragii ratio noua lege Iuſtiniani ſublata,52.5
quib. perſonis facultas ſubſtituendi deferatur,575.18
qui ad exemplum Subſtitui poſſint,575.26
an exheredatis liberis ad exēplum ſubſtitui poſſit,575.9
ſi pater & mater ſuperſtites ſint, cui ſubſtituendi facultas competat,575.21
Prodigo etiam recte ad exemplum ſubſtituitur,ib.15
idem etiam procedit in muto & ſurdo,ib.16
Simpliciter verſatis item phreneticis non recte ad exemplum ſubſtituitur,ib.17
Subſtitutio quo iure introducta,527.2
Subſtitutus ſub hac conditione, ſi quis ſine liberis legitimis deceſſerit, an etiam citari debeat,679.147
ſi teſtamēto clauſula codicillaris adiecta ſit, an reciproca Subſtitutio fideicommiſſariam contineat,536.23
Subſtitutionis exemplaris definitio,575.5
diuiſio in expreſſam & tacitam ſubſtitutionem exemplarem,ib.4
Subſtitutio hæc in quibus perſonis locum habeat,ib.5
Subſtitutiones reciprocę in ſimplices plerunque reſolui poſſunt,535.5
Subſtitutiones reciprocæ in ſimplices reſolui non ſolent, ſi perſonarum inæqualitas interueniat,535.6
Subſtitutio ſub nomine collectiuo, veluti fratres aut filios fratris mei ſubſtituo, etiam pro portionib. pręcedentis inſtitutionis facta intelligitur,533.4
Subſtitutio compendioſa commiſceatur cum reciproca ſubſtitutione, an inæqualitas perſonarum effectū eius impediat,535.8
Subſtitutio reciproca duobus impuberibus facta, an exſpiret, ſi vnus ex filiis poſtea emancipetur,ib.9
Subſtitutio pupillaris an tacitam vulgarem complectatur, & ibidem examinata præſens conſtitutio,488.5
Subſtitutio ne dum expreſſa, ſed etiam tacita ius accreſcendi excludit,ib.15
Subſtitutio reciproca, an militarem ſubſtitutionē contineat,536.26
ſi inęqualitas duntaxat ſit ratione ætatis, reciproca ſubſtitutio impeditur,535.12
idem ſi duo impuberes ex inæqualibus portionibus inſtituti ſint,ib.13
Subſtitutio reciproca quaſi pupillarem continet, ibid. 14
quid iuris ſit, ſi vnus ex filiis ſit impubes, alter autem pubes, & furioſus, an tunc reciproca ſubſtitutio pupillarem & quaſi pupillarem contineat,ib.15
Subſtitutio reciproca, quo nomine a ceteris ſubſtitutionibus diſtinguatur. 535.1
Subſtitutio reciproca an fideicommiſſariam complectatur,536.19

Subſtitutio reciproca codicillis facta, an fideicõmiſſariam cõtineat, cum auctorib. qui id defendant, ib. 20
ſi teſtator alium pupillariter ſubſtituerit, vulgaris ſubſtitutio pupillarem non continebit, 542.24
Subſtitutionis directæ ſpecies quinq; ſecundum gloſſam Bart. & alios, 527.23
Subſtitutio tacita pupillaris ceſſat, quotieſcunque de contraria voluntate teſtatoris apparet, 541.26
Subſtitutio vulgaris quid, 542. 2
Subſtitutio tacita pupillaris an matrem excludat, 523. 1
Subſtitutio reciproca matrem regulariter excludit, 530.29
Subſtitutio in genere ſumta recte in vulgarem & obliquam diuiditur non autem ſpecialem, 527.15
Subſtitutionem ſi Titius heres non erit, Seius heres ſit, non ſolum hæc duo capita cõplecti, ſi heres eſſe non potuerit vel heres eſſe noluerit, ſed etiam expreſſo vno caſu, aliter tacite ſecundum doctores intelligitur 625.46
Subſtitutio tacita pupillaris, & fideicommiſſaria in perſonis imparibus locum habere non ſolet, 527.17
Subſtitutio vulgaris quibus verbis concipiatur, 542.12
Subſtitutionis effectus vulgaris, ib. 13
Subſtitutionis diuiſio in directam, & obliquam an admittenda ſit, cum auctoribus & argumentis affirmatiuæ ſententiæ, 527.11
Subſtitutio pupillaris extraneo facta, an vim habeat vulgaris & fideicommiſſariæ ſubſtitutionis, 552.18
Subſtitutio pupillaris quib. modis extinguatur, 575.49
Subſtitutio quæ exheredato fit anomala, 527.8
Subſtitutio exemplaris ſine aditione hereditatis paternæ ſuſtineri non poteſt, 575.5
Subſtitutionis exemplaris effectus, vt omnia bona & aduentitia in heredem transferat, ib. 46
Subſtitutio in eum caſum, quo quis moreretur, an ſtatim admittẽdus ſit, ſi is vitam monaſticam amplectatur, 675.51
Subſtitutio pupillaris vnde originẽ ſuam habeat, 551.1
Subſtitutio vulgaris pupillarem tacite complectitur, 675.42
Subſtitutio in caſum facta, ſi filius non naſcetur, etiam illo caſu admittitur, quo natus intra pubertatem decedat, 675.44
Subſtitutio pupillaris, an etiam in teſtamento paterno imperfecto fieri poſſit, 552.43
Subſtitutio pupillaris an ex eo confirmetur, quod pupillus emancipatus poſtea adoptetur, ib. 39
Subſtitutio exẽplaris furioſo fieri poteſt, repudiata ſententia Angeli, 575.14 (542.4
Subſtitutionem vulgarem tacite complecti pupillarem
Subſtitutio facilius inducitur quam inſtitutio, quę nullo fundamento nititur, 646.31
differentiæ inter Subſtitutionem, quæ fit impuberi, & illam quæ fit minori 25. annis, quamuis teſtamẽtum facere nequeat, 5[illegible].15
Subſtitutus in caſum mortis ſtatim admittitur, ſi is ordinem mendicantium ſuſceperit, 675.56
Subſtitutus ſub conditione, ſi vterque impubes deceſſerit, admittendus non eſt ante mortem vtriuſque, 583.2
Si lege municipali mentio fiat ſubſtituti fideicommiſſarius ſubſtitutus non excluditur, 527.22
Subſtitutus ſi hereditatem adierit, & tempore aditionis liberos habuerit, ſubſtitutus plane excluditur, 505.17
ſi inſtitutus ſub hac conditione hereditatem adierit, filios tamen non habuerit, adhuc ſubſtitutus excluditur, ib. 18
Subſtituti propriis nominibus vocati ex æqualib. portionibus admittuntur, quamuis portiones hereditariæ diſpares ſint, addita ratione, 531.6
Subſtitutio quomodo facta cenſeatur, ſi nomina propria & appellatiua commiſceantur, & hæc, vel illa præcedant, 533.7
Subſtupidi, & ſimpliciter verſati, nihilominus teſtari poſſunt, 364.12
Suſpecta ſcriptura nullam fidem impetrat, 150.8
an Suſpicionis cauſſa per ſolum iuramentum probari poſſit, 54.7
Syllogiſmus l. cũ quid, ff. de reb. cred. quo ordine compoſitus, 35.28

T

Tabellio qui ſolemnitates iure præfinitas omiſerit, an falſi crimen contrahere videatur, 452.16
Tabellio de quibus rebus interrogatus non ſit, inſtrumentum facere non debet, 219.29
Tabellio qui auctoritate Principis conſtitutus non ſit, an inſtrumenta publica conficere poſſit, 218.6
Tabellio in teſtamento vicem vnius teſtis ſuſtinet, 236.27
quid obtineat ſi vnus ſe abfuiſſe dicat, cum illud per alios docere nequeat, ib. 28
Tabellionis ſubſcriptio in omni inſtrumento neceſſaria, 219.21
Tabellionis auctoritas, ſi veram iuris noſtri diſpoſitionem intueri velimus, neutrum teſtamentum in tuto collocat, 389.23
quid obtineat de conſuetudine, ib. 24
ſignũ Tabellionis an ad ſolemnitatẽ pertineat, 219.22
a Tabellione quæ ſcripta ſunt, voluntate teſtatoris ſcripta videntur, 454.22
an ſi poſt nuncupationem a teſtatore factam, Tabellio omnia ſcripto complectatur, illud deſinat eſſe teſtamentum nuncupatiuum, 383.18
Tabellio ſi cum vno teſte inſtrumentum confirmet, quid obtineat, an tunc ad infirmandum inſtrumentum ad minus quatuor neceſſarii ſint, 236.21
Tabellio nedum ſed quilibet ſucceſſor, apud quem protocolla ſunt, ad editionem compelli poteſt, 219.26
inter Tabellionem intereſt, qui ſolus ſit, & eum, qui iudicem & aſſeſſores, tanquam inſpectores & conteſtes habeat, 389.8
Tacita pupillaris ſubſtitutio locum non habet, ſi inæqualitas perſonarum interueniat, 543.20
propter quod vnumquodque tale eſt, illud magis eſt, 480.2
Tempus non eſt idoneum ad tollendum ſolemne teſtamentum, 445.15
Tempus mortis inſpici debere, cum de collatione bonorum agitur, 321.1
idem in quæſtione l. Falcidiæ obtinet, & ſubductione legitimæ portionis, quæ filio debetur, ib. 2
Teſtamento quæ relinquuntur vt filiis iiſdem, non debentur, ſi filii non ſint, 396.1
ad reuocandum Teſtamentũ inter liberos conditũ, an ſemper ſolemnitas in forma cõi neceſſaria ſit, 432.1
Teſtamentum quamuis per nudam teſtatoris pœnitẽtiam non tollatur, tamen aliud eſt, ſi facto inciſionis illud confirmetur, 455.

an Te-

Digitized by Google

an Teſtamentum hoc tollatur ipſo iure, vel ope exceptionis,ib.
Teſtamētum quod natiuitate poſthumi ſemel ruptum fuerit,non reſtituitur,quamuis poſtea ilico deceſſerit,643.3
Teſtamentum ſine inſtitutione ſubſiſtere non poteſt, (406.2
in Teſtamenti prioris emendatione & mutatione, omnia ex integro facienda ſunt,aliud autem eſſe, ſi heredes ab inteſtato ſuccedere velint,445.14
Teſtamētum Principi oblatum fidem impetrat,quamuis non reſponderit,412.16
non omnis interrogatio Teſtamentum vitiat, ſed illa, quæ ſuſpecta eſt,367.21
Teſtamenti forma & ſolemnitas eſt iuris ciuilis,459.27
Teſtamentum paternum imperfectum ratione voluntatis ratum non eſt,424.27
Tredecim conditiones relatæ,quæ in clauſo teſtamento requirantur,417.6
vtilitas inueſtigationis, an Teſtamentum inter liberos proprie teſtamentum ſit,424.9
Teſtamentum precibus inſertum, & Imperatori oblatum,ſine alia ſolemnitate valet,411.1
Teſtator ſi clauſum teſtamentum fecerit, & omnes ſolemnitates teſtamēti ſcripti non adhibuerit, an poſſit valere in vim nuncupatiui,ardua quæſtio,417.7
non ſatis eſt,in Teſtamentis ſeptem teſtes adhibere, & ſimiles ſolemnitates,ſed op⁹ quoq; eſt, vt poſt mortem teſtatoris illud ſuo teſtimonio cōfirment.189.1
Teſtamentum paternum ipſius manu totum deſcribi debet,432.4
Teſtamento capere nihil poſſunt illi, quibus aqua & igni interdictum eſt,459.34
quid obtineat in exſulibus noſtri temporis,ib.35
an in Teſtamento nuncupatiuo teſtimonium hominis minus idonei admittendum ſit,386.14
Teſtamenta quę hodie frequentantur,plerunque ſunt nuncupatiua,435.13
an Teſtamentum imperfectum inter liberos valeat iure teſtamēti, an vero ab inteſtato,an denique cuiuſdam voluntatis,quæ tertium nomen obtinet,424.5
Teſtamenti alia vis eſt,alia codicillorum,406.1
Teſtamentum temporis diuturnitate non vitiatur,ſi omnia ſint ſalua & teſtes incolumes,389.16
Teſtamenti tabulis amiſſis,an tenor teſtamēti per duos teſtes probari poſſit,389.17
Teſtamentū ſi furto ſubtrahatur,an ex eo periclitetur, cum diſtinctione auctoris,403.4
ad Teſtamenti inhibendam factionem ſufficit ꝙ quis ciuitatem amittat,352.10
Teſtamentum a damnatis & ſimilibus perſonis conditum,an cum hodie nemo bene natus ex ſupplicio ſeruus fiat, valeat teſtamentum a damnatis & ſimilibus perſonis conditum,352.5
an Teſtamentum recte conditum valeat? quamuis cōſtet,aliquem furioſum fuiſſe cum auctoribus,qui id defendant,372.14
Teſtamentum facere poteſt in vltimo vitæ diſcrimine conſtitutus,356.5
in Teſtamento nuncupatiuo etiam ſeptem teſtes requiruntur,item vt vno contextu fiat,435.1
in Teſtamento nuncupatiuo heres palam deſignandus eſt,ib.2
Teſtibus in teſtamento legatum, vel fideicommiſſum relinqui poſſe,cum dubitandi rationibus,439.3
ex Teſtamento ante puberem ætatem cōdito, nihil recte poſtulatur,364.7
Teſtamentum a teſtando deducitur, ꝙ vera & vltima mentis & voluntatis noſtræ ſit declaratio,183.2
Teſtamentum ruri coram quinque teſtibus factum valet,417.12
Teſtator dictantibus teſtamentum legatum adſcribere poteſt,439.1
Teſtamenta militū an hodie querelæ ſubiaceant,381.3
Teſtamentum vnum per aliud tollitur, ſi illud perfectum ſit,415.16
Teſtamētum prius, quod clauſulam derogatoriam habeat,per aliud non infirmatur, niſi ſpecialis reuocatio teſtamenti fiat,ib.17
quib.verbis hæc ſpecialis derogatio concipi debeat, ibid.18
Teſtamentum ſi prius iureiurando confirmatum ſit,an per poſterius tolli poſſit,diuerſæ Doctorum ſententiæ,445.19
in Teſtamēto ſeptem teſtes nedum ratione ſolemnitatis,ſed etiam formæ ſubſtantialis requirūtur,389.18
Teſtamenti diſpoſitio non confertur in tempus mortis,ſed ex ſecutionem ipſius,459.29
Teſtator ſi teſtamento cōprehendat alium ſibi non teneri,hæc verba valere in vim fideicommiſſi,115.4
Teſtator ſi ſe ex cauſſa mutui quid debere ſcripſit, non valebit in vim confeſſionis, niſi iuramentum acceſſerit,ib.5
Teſtator ſi bona ſua certo pretio æſtimauit, talis æſtimatio heredibus non nocebit,ib.6
Teſtamentum condere potuit,non ſolum ciuis Romanus,ſed etiā extraneus Romanis ſubiectus, nō tamē illud habuit prærogatiuam Romanarū legū,439.12
Teſtamentum inter liberos an vim clauſulæ derogatoriæ habeat,432.9
Teſtamentum diuiditur in teſtamentum in ſcriptis & nuncupatiuum,402.16
Teſtamentum in ſcriptis, an ſi non habet omnes ſolemnitates, poſſit valere in vim teſtamenti nuncupatiui,435.10
Teſtamentum quando quis intelligatur feciſſe in furoris intermiſſione,372.8
Teſtamentū ex ordinis turbatione non vitiatur,443.1
Teſtamentum facere poteſt etiam balbutiens,407.4
ſi litura in loco ſuſpecto appareat,teſtamentum in poſſeſſorio nullum effectum habet,404.11
an Teſtamentum ex eo corruat,quod teſtator in dictādo ordinem non ſeruarit,443.4
in Teſtamento nedum ſeptem teſtes requiruntur, ſed certæ conditiones,386.1 (386.2
Paria ſunt teſtem non adhibere, vel minus idoneum,
ad Teſtamenti ſolemnitatem requiritur, vt teſtes rogētur,444.1
in Teſtamento nuncupatiuo neceſſarium eſſe, vt teſtes voluntatem teſtatoris exaudiant,417.2
in Teſtamēto in ſcriptis an ante tempora Theodoſii & Valentiniani teſtes cognoſcere voluntatem teſtatoris debuerint,ib.3
Teſtamentum apud iudicem laicum publicari an debeat,ſi clericum inſtitutum ponamus,441.6
Teſtamentorum duo genera, vnum in ſcriptis, aliud vero nuncupatiuum,417.25
Teſtamentum Principi oblatum, & actis inſinuatum, etiam in illa cauſſa videtur,ib.25

Digitized by Google

quid de Teſtamento conditotempore peſtis.ib.26
Teſtamentum militum coram duob.factũ valet,ib. 27
idem priuilegii habent illi,qui tempore expeditionis in hoſtili ſolo verſantur.ib.28
an peregrinantes cauſſa religionis hanc prærogatiuam habeant,ib.29
Teſtamentum iure factum auctoritate reſcripti Imperatorii reſcindi non oportet, 403.1
Teſtamentum an ſit iuris ciuilis vel gentium,ib.2
Teſtamento cur ſeptem teſtes requirantur, non vero plures aut minores numero,403.1
Teſtandi facultas l.12.tab.conceſſa, intelligitur cũ ſua forma & ſolemnitate,406.1
Teſtator cognita morte teſtium, teſtamentum inſtaurare poterit, 389.19
Teſtator eorum, quæ teſtamento comprehenduntur, facile recordari poteſt,334.4
Teſtator ſuum teſtamentum reuocare non prohibetur modo illud ſolemniter fiat, vel apud acta tribus ad minus teſtibus adhibitis,445.5
Teſtator ſi vltimam voluntatem cœperit facere, & antequam conſumaret exſpirauerit,teſtamentum iure codicillorum valere non poteſt,406.3
Teſtator an in dubio intelligatur teſtamentum cõſcidiſſe,an vero caſu fortuito id factum eſſe,456.9
Teſtator adiiciẽdo clauſula codicillarẽ, videtur voluiſſe,vt teſtamentũ valeat omni meliori modo,406.6
Teſtator ſi vnum ex fundo Semproniano, alium vero ex fundo Sciano heredem inſtituerit,quid iuris ſit, 483.2.& 4
Teſtator ſi vnum ex re certa inſtituerit,alium vero ſimpliciter,in amplectenda hereditate præferetur is,qui ſimpliciter inſtitutus eſt.ib.5
Teſtatorem in caſu noſtræ legis,nõ potuiſſe deſpicere, quid poſt mortem ſuam in illo homine, qui omniũ opinione liber habebatur,euenire poſſet, 389.15
Teſtes domeſtici ſi admittantur, nullum indicium faciunt,157.7
Teſtium numerus vbi definitus non eſt,duo ſufficiunt, 52.1
Teſtes omnes ſi in ipſo inſtrumẽto deſcripti aduerſentur inſtrumento,corruet eius auctoritas, 235.7
Teſtis vnius aſſertionem vim ſemiplenæ probationis habere,& de quo teſte hoc intelligendum,4.13
Teſtes eſſe non poſſunt,qui metu alienæ potentiæ a vero deflectere ſolent,160.9
Teſtes qui in eo genere recenſendi ſint,ib.10
an ſubditi alicuius his adſcribi poſſint,ib.11
[illegible] an is qui ab alio productos reiecit, illis contra producentem vti poſſit,191.27
in Teſtem adſcribi poteſt,etiam Græcus, quamuis Latinam linguam non teneat,417.4
Teſtes largitionib.corrupti merito reiiciuntur, 191.19
Teſtes facilius corrũpi poſſe, q̃ inſtrumenta, 3.5
Teſtes an nedum ſententiam inſtrumenti,ſed etiam dicere debeant,quale inſtrumẽtum fuerit, & cuius tabellionis manu conſcriptum,225.8
Teſtibus honeſtioribus potius credendum,174.28
Teſtes quod ſi ſint pares numero, & factum vtrinque probationem admittat,quis obtinere debebit, ibid. 29
Teſtium productio quorſum pertineat,160.1
Teſtes domeſ[illegible], an propterea idonei cẽſendi ſint, ꝙ quis illos contractui adhibuerit,157.12
quid obtineat in domeſticis magnę auctoritatis ex ſententia Baldi & Salyceti,ib.14
Teſtes de re geſta quod interfuerint deponentes,fidem circa ſchedam impetrare, 104.6
item ſi apocham, vel literas priuatas ſubſcripſerint, & manum recognoſcant,ib.7
comparationem hoc caſu neceſſariam non eſſe,ib.8
quod ſi partes chirographum non ſubſcripſerint, ſed duntaxat teſtes,an manum ſuam recognoſcendo,fidem imponant diuerſæ ſententiæ,ib.9
Teſtes quos ſemel producendo approbauit nemo recuſare poteſt,191.1
Teſtes duo an in teſtamento nuncupatiuo patris inter filios ſufficiant,414.11
Teſtamentũ in ſcriptis diſtinctionẽ ſuam recipere, vt vnum ſit apertum,aliud vero clauſum,417.11
Teſtamentum clauſum in cauſſam teſtamenti nuncupatiui conuerti non poſſe & rationes,
ſi quis publicatione facta teſtium dicta cognorit amplius teſtes producere nequit,134.19
an ſola publicatio id impetrare poſſit,ib.20
cum Teſtibus tam inciuiliter non eſt agendum, vt deponendi officium illis cedat in captionem vel periculum periurii, 215.7
Teſtes ſeptem an ſint de ſolemnitate formali,417.13
Teſtes in conſpectu teſtatoris ſuo officio fungi debẽt, 399.4
Teſtes an tempore contagionis in proximo conclaui vocem teſtantis excipere poſſint,cum teſtatorẽ non viderint,ibid.5
Teſtes domeſtici admitti ſolent in caſibus, qui aliis veriſimiliter innoteſcere non conſueuerint, 157.10
Teſtis nullo modo audiendus eſt,ſi conſtet de capitalibus inimicitiis, 191.16
Teſtis non citatus an teſtimonium dicere poſſit, 201. 21
diſtinctio auctoris,ib.22
Tres teſtes etiam hoc caſu caſu ſufficere,& quare, 236. 22
an propter dubitationem, Teſtis circa recognitionem ſigilli,teſtamentum vitietur,359.21
ſi vnus ex Teſtibus ante publicationẽ moriatur, teſtamentum nũcupatiuum deficit, non tam ratione ſolemnitatis,quam probationis, 389.10
Teſtes illi quid probare debeant,qui rei geſtę nõ interfuerunt,ſed inde ſe ſcire contendunt, quod inſtrumentum amiſſum legerint,225.5
ſufficit docere quod teſtis corruptus ſit,quãuis de falſitate nihil probare poſſit, 19.20
Teſtes duo omnibus inſtrumentis adſcribendi, 219. 19
quid cauſſæ ſit,quod cum duo teſtes fidem faciant, hic præter tabellionem duo requirantur,ib.20
non nouum eſt, vt Teſtis ſecundo examinatus expeditius deponat quam antea,&quomodo id fieri poſſit, 215.8
ſi inſtrumentum nullum aliud adminiculum habeat, tunc duo Teſtes qui contrarium deponant, præferendi ſunt,& quid in his requiratur,236.18
ſi inſtrumentum ex depoſitione teſtium aliquid ſubſidii habeat ad infirmationem ipſius,plures quã duos teſtes deſiderari,ib.19
Teſtis ſupernumerarius teſtamẽtum impugnans, illud vacillare non facit,236.15

quid

quid ſi adſcriptus inſtrumento ſe alibi fuiſſe ꝓbet, ib. 15
quid obtineat ſi plures Teſtes ſupernumerarii repugnent, ib. 17
Teſtis repetitus an dicere poſſit ſe deponere prout antea depoſuerat, diuerſæ ſententiæ, 235.6
Teſtis qui per relationem depoſuit repeti poteſt idem, ſi nulla ratione dicta ſua confirmauerit, 215.12
Teſtis reſpondendo vltra ea, de quibus interrogetur, ſe ſuſpectum reddit, 174.13
Teſtis pro vtraq; parte teſtimonium ferre debet, ib. 14
Teſtis non eſt interrogandus de eo, ꝙ credat, ib. 15
Teſtes etiam inuiti compelli poſſunt ad teſtimonium ferendum, & an id etiam in cauſſis criminalibus ꝓcedat, 200.1
quid obtineat de iure canonico, ib. 2
Teſtes an tres vincant inſtrumentum publicum duntaxat vnius teſtimonio confirmatum, 236.20
Teſtes non vinculis coercendi ſunt, ne recedant, ſed ſacramento committendi, 200.4
Teſtes ſubditi, & ſordidioris fortunæ admittendi non ſunt, & quomodo illud accipiendum, 160.15
Teſtes etiam non rogati ad fidem rei geſtæ faciendam ſufficiunt, 200.1
Tres caſus, in quibus teſtes rogati requiruntur, ibid. 2
Teſtis non eſt iudicare de rebus, quæ iuris definitione, contineatur, 197.11
Teſtis nullus in re propria idoneus intelligitur, & rationes, 185.1
Teſtes vt rogentur, an in cauſſa diuortii neceſſarium ſit, 200.3
Teſtibus quando iniungatur, quod teſtimonium antè publicationem cauſſæ non enuntient, 174.17
Teſtes an in cauſſis criminalibus in carceres impingendi ſint, 200.6
nihil intereſſe, an pauci, an vero omnes teſtes legato ornentur, 439.5
Teſtes qui culpa iudicis non plene examinati ſunt, repeti poſſunt, 135.54
Teſtibus ad iudicia venturis, ſumtus ſuppeditandi ſunt 186.1
Teſtes denouo admittuntur, ſi primo ad vnum finem actum ſit mox ad alium, 134.45
Teſtes in ſummario iudicio producti, in ordinario iterum produci queunt, 134.43
Teſtes coram arbitris interrogati, iterum apud iudicē examinantur, ib. 44
Teſtes an ſecundum iuris ciuilis diſpoſitionem ante litem conteſtatam, audiendi non ſint, 208.1
Teſtes ſolent interrogari cuius cōditionis ſint, 188.1
Teſtes adperpetuam rei memoriam recepti, iterum repeti poſſunt, 135.59
Teſtium an ſola productio ſine renūtiatione ſufficiat, 134.13
Teſtium noua prductio poſt cauſſæ concluſionem locum non habet, 134.4
Tempus ſi certum cōſtitutum ſit, intra ꝙ quis probare debeat, elapſo termino amplius non audietur, ib. 5
Teſtes quot neceſſarii ſint, ſi contractus inſtituatur ab imperito literarum, & auri libram excedat, 52.3
Teſtium examine cōmiſſo an auditor ſibi poteſtatem vindicare poſſit inſtrumenta tranſſumendi, 253.81
Teſtium dicta ſi obſcura ſint, admittitur noua illorum productio, 135.52
idem ſi ambigui eſſent articuli ipſius libelli, ib. 53
ad confirmandam probationem a me factam, alios teſtes exhibere poſſum, & quomodo hoc ex audiendum, 135.51
quid obtineat ſi vnus ſe abfuiſſe dicat, cum illud per alios docere nequeat, 230.28 (ſunt, 36.13
Teſtes etiā minus idonei ſua ſigilla recognoſcere poſ-
Teſtis dictorū ſuorū rationem reddere tenetur, 179.3
Teſtes in conſpectu teſtatoris officio teſtimoniorum fungi debent, 402.1
Teſtis ſupernumerarius teſtamentum impugnans illud vacillare non facit, 236.15
Teſtis ſi pronuntiata ſua, nulla congruenti ratione muniat, parum auctoritatis habere poſſunt, 160.3
Teſtes eodem morbo laborātes adhiberi poſſunt, neq; eorum morte teſtamentum corruit, 399.8
Teſtes ſenes & valetudinarii qui intelligantur in propoſita quæſtione, 208.13
Teſtes qui ſint valetudinarii, iudicis arbitrio relinquēdum, & quomodo illud inſtituendum, ib. 14
Teſtium conditio quemadmodum eo tempore inſpicitur, quo teſtamentum ſignatur, ita etiam ſatis eſt, ſi ille adhibeatur, qui communi conſenſu idoneus cēſeatur, quamuis poſtea conſtet ſeruum eſſe, 386.3
quę ſcripta ſunt de ſeruo, eadē ēt locū habent in his qui infamia notati ſunt, & ſimilib. perſonis, ib. 4
Teſtis ſi neget cōditionem ſuam, quod officium ſit aduerſæ partis, 188.2
Teſtimonium ipſius, qui alterius gratiam ſpectare videtur, ſuſpectum eſt, 160.2
Teſtimonium perſonæ, quibus inuitis denuntiari non poſſit, & an id obtineat, ſi veritas aliter inueſtigari nequeat, 200.3
Teſtimonium valet ſine ratione, modò quis de illa non fuerit interrogatus, 197.6
Teſtimonio vnius credendum non eſt, etiamſi dignitate præfulgeat, 174.50
Teſtimonium paternum non repudiatur, ſi quæſtio ſit inter duos filios, 164.29
an idem quoq; in cauſſa criminali admittendū ſit, ib. 30
Teſtimonium ipſius, qui recens domeſticus fuit, non carere omni gratiæ ſuſpicione, 157.9
Teſtimoniis in dubio innitendum, quæ magis ſunt veriſimilia, idq; exemplis illuſtratum, 174.48
Teſtimoniis an quis quæ recepta ſunt apud arbitrum in iudicio ordinario vti poſſit, 214.2
in Teſtimoniis apud arbitros receptis, illud peculiarē videtur, quod poſt publicationem repeti queant, & rationes, 215.5
Timor ſubornationis, in quib. cauſſis ceſ[illegible], ibid. noua teſtiū ꝓductio, ēt publicatis, teſtimoniis conceditur, 135.61 (correctus ſit, 324.57
Titulus de coniungendis cum emancipato liberis an
Titul. de legatis ꝓſtandis, itē de bonorū poſſeſſione cōtra tabulas, adhuc ſaluus eſt, & quomodo illud intelligendum, 620.31
Tranſlatio obligationis quomodo fiat, 293.5
Tranſigens cum aduerſario in cauſſis, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, pro confeſſo habetur, 100.10
Tutelæ actio quando dari ſoleat, 8.3
Tutor nō iuſto teſtamēto datus, confirmationē reqrit, aliud autē obtinere in ꝓſenti teſtamēto ex ſententia gl. ꝙ auctor cōtra alios interpretes [illegible]firmat. 424.10
Tutor nōe ſuſceptę fidei in cauſa legati vel fideicōmiſſi iurare cogitur, & quomodo illud intelligēdum, 8.3

Digitized by Google

Tutor ex perſona alterius qui idoneus non ſit, conueniri poteſt, 103.1
Tutoris auctoritas quod ætati deſit, ſupplere non poteſt, 364.8
Tut...um officio incumbit, vt ſecundum cõditionem pupilli, & facultates, illum alant, 105.26

V

VAſſallus a teſtimonio in cauſſa domini repellendus non eſt, 160.
Vectigal ſoluere cogitur, nullus de his rebus, quas vſus ſui cauſſa infert, 80.39
Vera interpretatio l. Luc. 85. ff. de her. inſt. 505.13. & 15
Verus intellectus d. l. ſi paterfamil. & l. ſequ. examinata prius explicatione Cuiacii, & deinde Alciati, 472.10
Veroſimile non eſſe quod quis ſcribendo filium appellet qui non ſit, 120.20
Verba hæc, ſi ſine liberis deceſſerit, appoſitionem continere videntur, ſi teſtator iuſſerit bona in familia conſeruari, 505.34
Verba conditionalia etiam diſpoſitionem continere, ſi veriſimilia argumẽta voluntatis ipſius teſtatoris interueniant, 505.21
Verba enuntiatiua onus probandi in aduerſarium reiiciunt, 120.19
Verba in dubio in directa potius ſignificatione accipienda ſunt, 488.13
Verba *Quocunque tempore*, quam interpretationem in dicta Ordinatione recipiant, 252.20
Verba quibuſcũq; probationibus reuocari ad intellectum iuris, 225.2
Veriſimilitudinem ex quib. cauſſis definiamus, 174.31
Verbo procurandi, quid apud latine loquentes comprehendatur, 134.28
Verba conditionalia in formula Galli comprehenſa an iure prætorio inſtitutionem continere videantur, 647.41
Verba pluralis numeri in vno non verificantur, 65.18
Verba geminata maiorem vim habent quam ſemel & ſimpliciter prolata, ib. 19
Verbis ex his, *Sempronius Plotii heres eſto*, an Plotius inſtitutus videatur, cum cauſſis dubitandi, 488.9
Verba ambigua ita potius accipienda eſſe, vt vitetur legum correctio, 619.22
Verba generalia interpretationem a ſpeciali definitione recipere, 620.38
Vocabulum *poſthumi* quando in ſtatutis accipiendum ſit in benigniori ſignificatione, 638.14
[Ver]ba hæc, *Imperatore medio, & toto iure quod in ſcriniis, ipſius co...tum eſt*, quem intellectum habeant, aliter, quam hactenus expoſita,
Voluntariæ iuriſdict. quæ ſunt apud aliũ iudicẽ explicari non poſſunt, ſi certus iudex ad hoc deputatus ſit, 441.3
Verba hæc, *ſi antequam filius ab hoſte rediret*, non inferre quod poſtea redierit, & quare. 276.4
Verbum *reſtitutionis*, tunc pleniſſimum videri, cũ quis per modum iuſtitiæ reſtitutus eſt, 677.160
Verba noſtri textus, *vel etiam adhuc illis viuis, poſt mortem aut naſceretur*, quem intellectũ recipiant 726.6
Veteranus quis dicatur, 445.11
Vinum nouum pro veteri ſolui non poteſt, & quid ſi præſtantius ſit, 35.29
pro Vino nouo an vetus inferri poſſit, diuerſæ doctorum ſententiæ, 35.31
Vltimarum volũtatum, multa eſſe nomina, & propterea non obeſſe variationem, 410.1
Vltimæ voluntatis fundamentum in heredis inſtitutione conſiſtit, 393.1
Vniuerſalis enuntiatio ſecundum Dialecticos vniuerſaliter accipienda, 65.12
Violatio, ſiue argumẽti ab aduerſariis moti retorſio, 65. (44
an Violenta eruptio ei, qui antea per violentiam detẽtus fuerat, noceat, 129.7
Virtutibus præditus intelligitur, qui per honorũ gradus ad dignitatem aſcenderit, 174.34
Vitia parẽtũ filiis innoxiis imputari nõ debẽt. 678.183
Vitioſum quod ab initio eſt, ex poſt facto conua[le]ſcere non ſolet, 644.5
Viuus heredem iure noſtro non habet, 663.21
Vnius vxoris complexibus ex præſcriptio Euãgelii inhærendum, 678.188
Vnus ex duobus reis ſi iudicio in ſolidum cum eo agatur deſiderare põt. vt ille prior conueniatur ad quem pecunia peruenit, 24.8
Volentes an, in cauſſa criminali admittendi ſint, 105.35
an Voluntas ſerui in cõſideratione ſit, cui quis ita ſubſtituit, ſi heres eſſe noluerit, 472.14
quid obtineat in perſona filiifamilias, ib. 15
Voluntas nuncupata in teſtamento cæci, nihilominus ſcripto comprehendi debet, 367.6
Voluntas parentis filium inſtituentis, & votum gerentis, vt nepoti ordine præferatur, ſatis iuſta cauſſa videtur, 677.149
Voluntati parentis conſentaneum non videtur, vt temeritas vnius filii ceteris fraudi ſit, 314.8
Vſuræ nudo pacto promiſſæ, & ſolutæ, non poſſunt cõdici, 58.12
Vſuræ in caſu noſtræ legis ex tempore moræ debentur 26.24
Vxor teſtatoris ſi abortum fecerit, teſtamentum ipſius ex præteritione poſthumi non rumpetur, 643.1
Vxor proprie affinis non eſt, 480.2

FINIS.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA

Digitized by Google

1568

Digitized by Google